

# Esboço Crítico sobre a Transição do Estado Social para o Estado Regulador: Contradições e Desafios

João Gaspar Rodrigues\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A intervenção do Estado na economia: do Estado liberal ao Estado social. 2.1 A economia de mercado como substrato sociológico do Estado liberal. 3 A transição para o Estado regulador. 3.1 Etapas percorridas pelo Estado regulador. 3.2 Da irracionalidade do processo de privatização. 3.3 Conceito de regulação estatal. 3.3.1 Regulação económica e regulação social. 3.3.2 Novo paradigma: busca por eficiência e resultados. 3.3.3 Relação entre os valores do mercado e os valores do serviço público. 3.3.4 Dialética entre mercado e Estado. 3.3.5 Estado-providência substituído pela comunidade-providência. 3.3.6 Serviços de interesse económico geral: nova versão dos tradicionais serviços públicos. 4 Instituição de entidades ou agências reguladoras independentes. 4.1 A elaboração processual de normas e a legitimidade das agências reguladoras. 4.2 Controle dos entes reguladores. 4.3 Vícios orgânicos da regulação. 4.4 Técnica versus política democrática. 5 A posição do cidadão e do usuário dos serviços públicos no novo modelo regulatório. 6 Efeitos redistributivos da regulação. 7 Conclusões. Referências.

## 1 Introdução

O mundo tem sido palco de transformações não apenas importantes em seu alcance imediato, mas também na extensão e perdurabilidade de seus efeitos. Dado o contexto de tendências relacionadas com a globalização, os avanços contínuos de tecnologias de informação e uma organização sempre crescente da sociedade civil (com as inevitáveis exigências de eficiência e funcionalidade<sup>1</sup>), interessa-nos analisar, de

\* Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ; Promotor de Justiça do Amazonas; Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo modelo de Estado", Manaus, 1999; "Tóxicos...", Bookseller, 2001; "O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro", Sergio Antonio Fabris, 2007.

<sup>1</sup> Talvez isto, em parte, deva-se à onda democratizante que varreu o mundo nas últimas décadas do século XX (cfr. Robert A. Dahl, *La democracia – una guía para los ciudadanos*, 1999, p. 165). Para o povo, num ambiente democrático "o que comprova a capacidade dos governantes é a eficiência. Não são sempre as qualidades deles que lhes conquistam obediência e apoio, e sim os resultados da acção governamental, os benefícios obtidos para os governados" (Darcy Azambuja, *Introdução à Ciência Política*, Globo, 10. ed., 1996, p. 57). E por um desdobramento lógico, tais interesses e desejos podem influenciar directamente a orientação política e administrativa dos Estados e dos governos, levando-os a inscreverem-se na lógica do sistema (a propósito dos interesses e desejos como factores de motivação humana, vide Samuel Koenig, *Elementos de sociologia*, Zahar, Rio de Janeiro, 1970, p. 54; e como origem do governo: David Hume, *Tratado da natureza humana*, trad. port.,

forma detida e dentro dos limites do espaço temático, a nova concepção conferida ao Estado como decorrência dessas mudanças estruturantes. O objectivo, na verdade, é um pouco mais ambicioso, pois visa analisar a transição do modelo estatal anterior a essas mudanças paradigmáticas para a nova concepção que surgiu destas ruínas. E não se detém apenas em constatar causas e efeitos, mas em apontar as implicações e as caracterizações mais relevantes decorrentes desta nova roupagem jurídico-política.

Buscamos abordar o tema proposto por um prisma crítico, não pelo desejo gratuito e temerário de assumir riscos, mas numa tentativa de enquadrar a questão por uma perspectiva diversa, de auscultar novos argumentos para extrair conclusões que fujam ao padrão, sem menoscar, contudo, a preciosa âncora dos conhecimentos já assentados, no que têm de rectos e justos. Fizemos uma clara opção pelo questionamento ao invés do esquematismo, pela problematização em detrimento da mera descrição, abrindo as questões e as pondo em causa<sup>2</sup>. E renunciamos a seguir passivamente as teses consagradas pela adesão do maior número, buscando uma construção cujos alicerces sejam a qualidade de suas premissas e a verificabilidade de suas hipóteses. Há, claramente, em cada linha escrita, em cada parágrafo elaborado, o tentamen de perquirir a matéria pelos mais diversos ângulos, pois como diz Eduardo Punset “cambiando el nivel desde el que se mira la realidad se hacen visibles cosas que eran invisibles”<sup>3</sup>. E isto, necessariamente, implica numa abordagem multidisciplinar. Daí não ser raro encontrar na bibliografia indicada, lado a lado, num esforço comum de construção teórica, obras de direito administrativo e constitucional, filosofia política, sociologia, ciência política, filosofia, economia, economia política, teoria do Estado etc., numa amálgama de pensadores e estudiosos sob as mais diversas nuanças. O problema foi atacado por todos os lados, sob os mais vivos esforços de análise e compreensão<sup>4</sup>.

---

Fundação Calouste Gulbenkian, seção VII, p. 616).

2 Não fosse a rebeldia dos indivíduos contra as verdades assentes e não teríamos nunca saído do campo da mitologia, em ciência como em religião, diz Austregesilo de Athayde (Mestres do liberalismo, Casa do Estudante do Brasil, 1951, p. 47).

3 Eduardo Punset, *Adaptarse a la marea*, 5. ed., Espasa, Madrid, 2006, p. 32. O que, de certa forma, resgata a filosofia antiga de Epicteto, para quem o que nos perturba, não é a realidade, e sim a opinião ou a ideia que fazemos dela (El manual de Epicteto. Disponível em < <http://www.librodot.com>>. Acesso em 30 nov. 2006).

4 Com uma vontade de compreender os problemas em toda a espessura dos seus múltiplos tecidos e em toda a rede das suas interações, no dizer de Marcel Prélot (A ciência política actual, Bertrand, 1974, trad. de Jonas

Infelizmente, em princípio, nós aceitamos a realidade como ela se nos apresenta, em nome de um realismo instantâneo que consiste em não ver mais do que o que é imediatamente palpável<sup>5</sup>. Costumamos valorizar ou desvalorizar uma ideia, uma representação ou um apanhado doutrinário mais à luz à qual nos aparecem ou são expostos do que conforme o seu valor intrínseco e racional. Neste ponto, estamos com a ensinança hegeliana que diz ser a primeira norma da razão desconfiar da autoridade dos factos. Tal desconfiança constitui o cepticismo legítimo que Hegel designa como o *elemento de liberdade* de todo raciocínio autêntico<sup>6</sup>.

O modelo regulatório implantado em muitos Estados periféricos (ou *países subdesenvolvidos*, para adoptar a terminologia proposta por Arthur Lewis<sup>7</sup>), principalmente, deixou a desejar em muitas de suas fases em função de uma imposição ideológica de países desenvolvidos (através de organismos internacionais pouco representativos e responsáveis em relação aos cidadãos dos diversos países) que frequentemente são tentados a projectar-se a si mesmos nos países em vias de desenvolvimento. O FMI, por exemplo, que em seu afa “globalizante” de disseminar doutrinas de cunho neoliberal nos anos de 1990, acabou por condenar países em desenvolvimento a políticas recessivas<sup>8</sup>.

As engrenagens regulatórias guardam em si ainda, alguns vícios orgânicos (referidos ao longo da abordagem) que inspiram cuidados e estudos mais profundos para uma optimização sempre maior das estruturas vigentes e eliminação de resquícios ideológicos contraproducentes.

---

Negalha, p. 145).

5 Apud René Passet, A ilusão neoliberal, Terramar, 2002, p. 15. O imediato, o dado sensível, é apenas um momento do devir... e não pode existir sem acusar a sua insuficiência. Deste modo, somente pela inteligência supera-se todo sensível ou dado imediato, atravessando-o, integrando-o, transformando-o. Resulta assim, que o conhecimento não é possível sem uma certa autonomia em relação ao imediato (Cfr. J. G. Rodrigues, O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 176).

6 Apud Herbert Marcuse, Razão e Revolução, Paz e Terra, 4. ed., 1978, p. 56. O espírito humano é constituído de tal modo que, em geral, toma posição a respeito dos homens e das coisas mesmo antes de os ter estudado, diz M. Prélot, op. cit., p. 105.

7 Em relatório elaborado (Medidas para o desenvolvimento económico dos países subdesenvolvidos) por um grupo de professores liderados por Arthur Lewis, e apresentado às Nações Unidas em 03.05.1951, pela primeira vez fez-se uso do termo *país subdesenvolvido* (posteriormente, por motivo de diplomacia terminológica, adoptou-se a expressão *país em desenvolvimento* ou *emergente*) – Cfr. Carlos Geraldo Langoni, A economia em transformação, p. 16. Também W. Arthur Lewis, Política económica – a programação do desenvolvimento, Zahar, Rio de Janeiro, 1968, p. 85 et seq.

8 Angelo Segrillo, Do neoliberalismo ao..., Revista Tempo, n. 18, Rio de Janeiro, p. 203. Também Osvaldo Luis Golfe, A crise do Estado contemporâneo, disponível em: <<http://www.rubedo.psc.br>>. Acesso em: 29 dez. 2006 e James Petras, Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa, Blumenau, 1999, p. 317.

Por fim, colocada a matéria no cadinho da análise e da crítica, algumas perguntas naturais e espontaneamente se apresentam: até onde este modelo regulador de Estado, de corte universal, atende às expectativas da coletividade governada ou administrada? O avanço e o predomínio da actividade reguladora com o concomitante recuo da actividade produtora estatal se dá em cima de exigências sociais ou sobre necessidades macroeconómicas da economia de mercado? O predomínio técnico em prejuízo da política democrática consegue manter íntegro o conceito de cidadania lapidado ao longo de lutas seculares?

Armados com os nossos míseros instrumentos de investigação e imersos num mundo que supera a nossa capacidade de entendimento<sup>9</sup>, tentaremos, se não responder de forma conclusiva a estas indagações tão sensíveis e complexas, mas, pelo menos, alinhar elementos com o intuito de destravar uma discussão por uma óptica e uma perspectiva diversas, dentro das dimensões eleitas para tema central deste relatório.

## **2 A Intervenção do Estado na economia: do Estado liberal ao Estado social**

A intervenção estatal na ordem económica e social, na chamada era liberal, era mínima (restrita a alguns serviços públicos indelegáveis). A preocupação dessa forma estatal, cujos primórdios remontam aos fins do século XVIII, era preservar a liberdade das pessoas, e para isso, deveria manter-se distante da vida social, económica e religiosa dos cidadãos. O não-intervencionismo era a regra.

O Estado liberal era essencialmente um gendarme, um juiz e um soldado que se abstinha o mais possível de intervir na matéria económica<sup>10</sup>. Isso porque, como diz Friedrich A. Hayek<sup>11</sup>, o liberalismo reconhece que há certos serviços que por diversas razões as forças espontâneas do mercado podem não produzir ou podem produzir

9 A propósito diz Octávio Ianni: "O globalismo tanto desafia as ciências como as ideologias e as utopias. Os mesmos processos e estruturas de alcance mundial, que abalam os quadros sociais e mentais de referência, abrem um vasto panorama de dilemas e horizontes, no qual se criam e recriam correntes de pensamento de alcance global" (A era do globalismo, Civilização brasileira, 4. ed., 1999, Rio de Janeiro, p. 215). Também Frederico Jayme Katz, Globalização, trabalho e pobreza. Notas preliminares. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

10 Apud Henry Théry, Os grupos sociais: forças vivas?, p. 84.

11 Los principios de un orden social liberal, trabalho apresentado no Encontro de Tóquio da Sociedade Mont Pelerin, Setembro de 1966, p. 186. Disponível em: <<http://www.hacer.org/pdf/Hayek07.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

inadequadamente, e que por esta razão, era conveniente por à disposição do governo uma quantidade de recursos claramente limitados, com os quais pudesse prestar tais serviços aos cidadãos em geral (basicamente de segurança e ordem pública).

A ação do Estado devia reduzir-se à garantia da ordem e da segurança, à função de «guarda nocturno». A preocupação pela felicidade e pelo bem-estar devia ser deixada à livre autodeterminação dos cidadãos<sup>12</sup>. E isso proclamado na forma de dogma liberal por Adam Smith: “É por isso que sem nenhuma intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos naturalmente a dividir e a repartir o capital de cada sociedade entre as diferentes aplicações que se lhes oferecem, da forma mais próxima possível daquilo que é conforme ao interesse de toda a sociedade”<sup>13</sup>.

O liberalismo económico engendra o mundo dentro de uma concepção naturalista que nega toda a relação entre a moral e a economia. Motivo único da ação económica é o lucro individualista; lei suprema, reguladora das relações entre os agentes económicos, era uma concorrência livre sem nenhum limite. Interesses dos capitais, preços das mercadorias e dos serviços, lucros e salários eram pura e mecanicamente determinados pelas leis do mercado. O Estado devia abster-se de toda a intervenção no campo económico. As associações sindicais eram proibidas ou apenas toleradas<sup>14</sup>.

Dogmaticamente, a sociedade (em contraposição ao Estado, que pela concepção liberal é contemplado com receio e desconfiança, daí sua versão *minimalitária*) era tida como o lugar de racionalização dos interesses individuais e por onde era possível converter os egoísmos privados em interesses comuns (*private vices public benefits*)<sup>15</sup>. Mas essa construção teórica encobria a dura realidade: enormes riquezas se acumulavam nas mãos de poucos, as classes trabalhadoras encontravam-

12 R. Zippelius, Teoria Geral do Estado, 3. ed., 1997, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 394.

13 Apud por René Passet, op. cit., p. 38.

14 Papa João XXIII, Encíclica Mater et Magistra, 3. ed. tradução de Avelino Gonçalves, União Gráfica, Lisboa, 1961, p. 09. Como diz Pedro Gonçalves, no período liberal, o exercício dos direitos económicos é remetido essencialmente para a esfera da *auto-regulação negociada*: o direito do Estado limita-se a assegurar as «condições de contexto», a impedir e a reprimir as perturbações da liberdade contratual e do mercado (cfr. Direito administrativo da regulação, em: Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano, Vol. II, p. 536).

15 A respeito desse dogma liberal diria Barrows Dunham: Uma sociedade dirigida pelas vontades individuais, actuando de forma anárquica, será uma sociedade na qual o bem-estar dos homens é em grande parte abandonado ao acaso (O homem contra o mito, Ed. Civilização brasileira, trad. de F. Guimarães, Rio de Janeiro, 1966, pp. 38-39). E da separação entre sociedade e Estado, típica do modelo liberal, diz Marcel Prélot: “Seja onde for que apareça, a separação do Estado-Poder e do Estado-Sociedade é um acidente patológico, muito justamente qualificado de crise do Estado” (Op. cit., p. 80).

se em condições de crescente mal-estar, salários insuficientes, más condições de trabalho (principalmente para mulheres e crianças), etc. Isto gerou uma profunda insatisfação entre as classes trabalhadoras, onde lavrava e aumentava o espírito de protesto e de rebelião, que se faz sentir a partir das actuações proletárias de 1830 e 1848, onde fica claro que as desigualdades e os egoísmos privados, longe de traduzirem-se em benefícios públicos, o que geravam, realmente, eram injustiças e desigualdades cada vez maiores<sup>16</sup>.

No século XX, a igualdade (bandeira retórica do pensamento liberal) é reconhecida como princípio a ser efectivamente implementado pelo Estado, sobrepondo-se à lei determinista da liberdade individual e económica. Agora, por este prisma, o desenvolvimento económico e social não fica ao encargo apenas da iniciativa privada, passa a ter no Estado o seu principal condutor.

Por razões diversas, diz Gianfranco Pasquino, os Governos, democráticos ou não, foram alargando a sua esfera de intervenção na sociedade e na economia. Em consequência disso, tiveram de assumir tarefas anteriormente desempenhadas pela sociedade, construir aparelhos burocráticos maiores, aumentar o nível da pressão fiscal [recursos fiscais que eram absorvidos pela inflação e não geravam um aumento do produto nacional]. Para garantir assistência e protecção aos trabalhadores em caso de doença, de desemprego ou de velhice, para formar uma força de trabalho mais preparada, mas também para criar uma maior consciência de cidadania, os Governos foram pondo gradualmente em prática políticas sociais que culminaram na construção de um Estado social propriamente dito<sup>17</sup>.

O certo é que o Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a Administração ultrapassa definitivamente a sua condição de esquadra de polícia e repartição de finanças. A paz social não se reduz já à ordem nas ruas, pressupõe e responsabiliza a Administração (*a matter of social engineering*) na caminhada para um Bem-estar susceptível de medida, com base nos critérios de determinação do futuro que os conhecimentos técnicos vão pondo à disposição da(s) vontade(s) colectiva(s). Exigem-se do Estado-Administração medidas de

<sup>16</sup> Apud Pedro de Vega, Significado constitucional de la representación política, Revista de Estudios Políticos, n. 44, mar./abr., 1985, p. 34. A questão operária iria ter reflexo em vários sectores da sociedade, inclusive na Igreja, que se manifesta através da encíclica do Papa Leão XIII, *Rerum Novarum*.

<sup>17</sup> Curso de ciência política (tradução portuguesa da obra Corso di Scienza Politica), Principia, 2002, p. 235.

planeamento económico e social, uma intervenção directa e dirigente na economia, um sistema completo de prestações a todos os níveis da vida social<sup>18</sup>.

Durante o século XX, enquanto a despesa pública aumentava de forma sempre crescente, desenvolviam-se programas de segurança social, primeiro quanto aos acidentes de trabalho e depois quanto à doença, à reforma e ao desemprego. O auge destes programas se verifica entre 1945 e 1960 com uma confiança entusiástica na capacidade da despesa pública como meio para reduzir a instabilidade cíclica do capitalismo.

A institucionalização de programas de assistência e de segurança sociais originou a institucionalização do conflito de classes, levando os trabalhadores a aceitar a legitimidade do capitalismo em troca de benefícios materiais (principal base de sustentação do consenso entre capitalistas e trabalhadores), o que aumentou a produtividade e garantiu a harmonia social, através da socialização de uma série de despesas, com vantagem para os capitalistas<sup>19</sup>.

Outras características deste tipo de Estado, além de intervir fortemente na economia e em assuntos económicos, é o fato de corrigir falhas do mercado, potenciar o crescimento e o desenvolvimento, estabilizar a economia e gerar uma ambiente propício para que os cidadãos vivam dignamente (promoção social). Daí também ser designado como Estado de bem-estar social.

Na medida em que o Estado foi se distanciando do modelo liberal, passou a elastecer, sob a justificativa da promoção do bem-estar comum, a noção de serviço público, considerando como tal certas actividades comerciais e industriais, antes reservadas à ordem privada.

No desempenho destas novas funções surgiu a necessidade de criar ou estruturar organizações (de tipo empresarial) para realizar essas actividades. Foram criadas então autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista etc.

Isso gerou uma crise na noção de serviço público, pois a Administração passou a desempenhar serviços sob um regime prevalentemente privado, fazendo com que o regime jurídico perdesse

<sup>18</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Reimpressão, 1987, Almedina, Coimbra, p. 49. Da música ao pão, era o Estado quem fornecia.

<sup>19</sup> Apud Donatella Della Porta, *Introdução à ciência política*, p. 65-66.

a capacidade de delimitar, conceitualmente, os lindes entre serviço público e privado.

Além disso, a hipertrofia estatal para viabilizar o desempenho dessas múltiplas actividades, resultou numa Administração ineficiente, pesada e burocrática, sem condições orgânicas de cumprir o principal objetivo que se impôs ao longo do século XX, a promoção do bem-comum.

Em fins da década de 70 do século XX, este fenómeno de expansão do papel e da presença dos governos apresentou-se particularmente grave e ameaçador, ao mesmo tempo que eles pareciam cada vez menos capazes de fazer frente às suas novas tarefas. O esquema entrou em colapso e muito se falou em crise de governabilidade<sup>20</sup>.

## 2.1 A economia de mercado como substrato sociológico do Estado liberal

Se nos afigura necessário uma pequena digressão com o intuito de analisar, dando *una ojeada a vuelo de pájaro*, na relação, sempre discutida e polémica, entre a economia de mercado e o Estado constitucional democrático ou, mais precisamente, entre o liberalismo económico e o liberalismo político.

É ideia disseminada entre os diversos críticos do Estado, que a sociedade de mercado burguesa era uma espécie de substrato sociológico do Estado constitucional liberal. Que o Estado respondia, em primeiro lugar, aos interesses dos produtores e dos comerciantes. Se fosse assim, todavia, os partidários da economia de mercado seriam os defensores mais seguros e confiáveis do Estado liberal (quando o Estado social passou a tomar forma e contornos mais definidos com a política do *New Deal*, de Roosevelt e a nova teoria macroeconómica de Keynes<sup>21</sup>). Não o foram<sup>22</sup>. Embora o Estado liberal clássico tenha

<sup>20</sup> Vide Gianfranco Pasquino, op. cit., p. 236 e 274. Sobre pormenores da crise do capitalismo monopolista de Estado, vide Jacques Kahn, Para compreender as crises monetárias, Estampa, 1977, p. 121 et seq.

<sup>21</sup> Além disso, os efeitos da II Guerra Mundial, a ameaça ideológica do socialismo do Leste Europeu, os sindicalismos, os desequilíbrios do capitalismo, a doutrina social da Igreja, convidavam o Estado a intervir nas economias de mercado (cfr. Miguel Cadilhe, O sobrepeso do Estado em Portugal – uma proposta de reforma conceitual e administrativa, p. 22. Também Léon Duguit, Os elementos do Estado, trad., p. 38). Acerca da influência das ideias de Keynes na política económica do Estado social, vide Pierre Delfaud, Keynes e o keynesianismo, Publicações Europa-América, 1977, p. 69 et seq.

<sup>22</sup> Na verdade, a grande burguesia de então aceitou sem grandes resistências a nova fórmula de Estado social por uma razão muito simples: para superar a crise existente, evitando o enfrentamento e o conflito com os movimentos proletários. E também pelo fato de que a nova fórmula de Estado e o novo conteúdo das declarações não atendiam todas as aspirações dos movimentos sociais, mas apenas parte delas, assumindo, acima de tudo,

criado condições favoráveis para a economia de mercado, também, por outro lado, dado o catálogo de liberdades inserido na Constituição, concedia espaço a movimentos políticos que em certas circunstâncias restringiam a economia de mercado. Daí que, esta poderia não se importar com mudanças mais drásticas na filosofia mais profunda do Estado, desde que não interferissem em três aspectos vitais para a economia de mercado: segurança jurídica, influência parlamentar e garantia de certas liberdades, em especial da propriedade.

A segurança jurídica é condição necessária para as planificações empresariais. Quanto mais exactamente conhece o empresário os dados com os quais pode contar no futuro, tanto melhor pode actuar. Daí porque, independente de sua nuança ideológica, para a economia de mercado, o Estado constitucional é absolutamente necessário, justamente por evitar a existência de um soberano dentro do Estado e afiançar segurança, que por sua vez, assegura a calculabilidade de suas atividades.

O liberalismo económico, como já disse, é favorecido pelo constitucionalismo, o que justifica a necessidade de influência política (ou parlamentar), pelas três funções fundamentais e clássicas exercidas pelo Parlamento: legislação (entenda-se segurança jurídica), aprovação de tributos e controle do governo. Funções que, intuitivamente, podem resultar em medidas importantes para o empresário.

Por fim, as liberdades pessoais outorgadas e garantidas pelo Estado são, em parte, economicamente relevantes: contribuem para possibilitar o livre intercâmbio de mercadorias e as disposições económicas e empresariais<sup>23</sup>.

Portanto, a economia de mercado convive bem com qualquer modelo de Estado, desde que sejam observados, essencialmente, estes três aspectos acima ventilados.

O Estado constitucional é, portanto, observa M. Kriele (após referir a união conjuntural entre liberalismo político e económico durante as revoluções liberais do século XIX), favorável para a economia de mercado, mas não lhe é necessário. A economia de mercado não é uma base segura para o Estado constitucional e não pode ser seu fundamento

---

uma função conciliadora (apud. Antoni Rovira Viñas, *El abuso de los derechos fundamentales*, Ed. Península, 1983, p. 51).

<sup>23</sup> Apud Martin Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, p. 274-275.

de legitimidade. De acordo com isto, o liberalismo económico é um aliado do liberalismo constitucional quando e *só na medida* em que junto com os direitos humanos e a divisão de poderes estão garantidas as seguranças jurídicas, influências políticas e liberdades relevantes para a economia.

Porém esta aliança, conclui o autor alemão, pode resultar pouco segura quando um regime autoritário promete garantir estas liberdades economicamente relevantes<sup>24</sup>.

### 3 A transição para o Estado regulador

Verificou-se que além da ineficiência da estrutura administrativa do Estado social para desempenho direto dos serviços de interesse social, somava-se o custo excessivo para a sua manutenção<sup>25</sup>. Junta-se a isso o fato de que este Estado era mal administrado (dado o volume extenso de atribuições que era chamado a atender), atuava como um monopólio sem prestar contas a ninguém e agia sem o envolvimento da sociedade ou do usuário final do serviço prestado. O privilégio do monopólio era particularmente ruinoso, pois tornava a administração tolerante com a ineficiência, visto não sofrer qualquer tipo de concorrência.

O Estado interventor (ou mais precisamente, o Estado social, que *faz e promove*) invade tudo e cada vez resulta mais dispendioso, quer “fazer tudo” e ao mesmo tempo “faz pior tudo”. Diante da evidência, tratou-se de reduzir a atuação direta do Estado e devolver à iniciativa privada atividades executáveis por particulares.

Deixa o Estado de ser executor de tais atividades e assume, então, uma nova faceta, a de ente regulador e fomentador das ações do setor privado. E as atividades residuais sob sua responsabilidade passam a ser exercidas de forma descentralizada, com a contratação de órgãos ou empresas privadas.

Mas a experiência do Estado liberal serve para esclarecer que o Estado não pode se abster completamente de interferir, pois algumas actividades não podem ser adequadamente exercidas pelo particular,

<sup>24</sup> Op. cit., p. 278.

<sup>25</sup> O modelo intervencionista contribuiu imensamente para o endividamento do Estado, gerando como consequência imediata a redução de sua capacidade de investimento público.

nem podem ficar ao livre jogo da oferta e da demanda<sup>26</sup>, sob uma noção perigosa de espontaneidade<sup>27</sup>.

El Estado regulador há aprendido de aquellas experiencias tenidas a lo largo del siglo veinte y trata de mejorar su actuación. Los gobiernos saben que para lograr el óptimo funcionamiento de los mercados requiere intervenir en ellos, pero de outra forma a la que tradicionalmente venía realizando. Han comprendido que no se puede dejar el *laissez faire* actuar a sus anchas, que requiere de su actuación para funcionar adecuadamente. Su interés se centra, por ejemplo, en aspectos como el diseño de los sistemas de propiedad y la imposición de sanciones a infractores<sup>28</sup>.

Não é um simples e puro recuo do Estado como protagonista económico, um retorno ao velho liberalismo. Não. O modelo afasta-se de qualquer paradigma absoluto e fechado ou ideológico (está “para além da direita e da esquerda”), para conferir ao Estado, de forma flexível, o papel regulatório e de fomento. Os mecanismos tradicionais de intervenção e controle estatais são reduzidos não em prol do mercado livre, mas sob a perspectiva de novos meios de intervenção<sup>29</sup>.

Das entranhas do Estado social, de sua crise anunciadora de um colapso, surge um modelo estatal intermediário, alternativo aos dois modelos já experimentados (liberal e social), uma “terceira via”, em que não actua como agente económico mas também não adopta a postura tipicamente liberal de mero “guarda noturno”: se posta como garantidor de certos fins de interesse público.

Como reconhece Robert Dahl, as instituições básicas do capitalismo de mercado exigem uma extensa regulação e intervenção estatal. Mercados competitivos, propriedade das unidades económicas, execução dos contratos, prevenção de monopólios, protecção de direitos de propriedade, estes e outros aspectos do capitalismo de mercado dependem totalmente de leis, políticas, decretos e outros tipos

26 “Menos governo” também na sociedade e na economia pode por vezes significar concretamente “governo menos democrático”, diz com muita propriedade Gianfranco Pasquino (Op. cit., p. 238).

27 Apud Marcel Prélot, op. cit., p. 41.

28 Apud Dario Valência Agudelo, *Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia*, em *Ecos de economia* n. 18, Medellín, Abril 2004; disponível em: <<http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlres>>. Acesso em 14 nov. 2006.

29 O Estado afasta-se das tarefas desenvolvimentistas e de provisão, para centrar-se nas funções de promotor e regulador do desenvolvimento. Cfr. Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, *A mão visível – mercado e regulação*, Almedina, 2003, p. 13 et seq.

de ações empreendidas pelo Estado. Uma economia de mercado não é completamente auto-regulada, nem pode chegar a sê-lo<sup>30</sup>.

Aqui há que se por em relevo uma distinção entre intervenção directa e indirecta. A retirada do Estado do exercício de uma atividade económica (intervenção directa) não implica numa redução do intervencionismo estatal. Ao contrário. Há um correspondente crescimento da intervenção, agora de forma indireta, sobre a respectiva atividade.

Um país famoso por seu compromisso com o capitalismo de mercado, os Estados Unidos, os governos nacional, estaduais e locais intervêm na economia de forma demasiado extensa como para especificá-la em detalhe. Eis alguns exemplos (R. Dahl<sup>31</sup>):

- 1- Política fiscal dirigida a evitar a inflação e a recessão económica;
- 2- Segurança: alimentos, remédios, aviação aérea, trens, auto-estradas, estradas;
- 3- Saúde pública, controle de enfermidades infecciosas, vacinação obrigatória de crianças em idade escolar;
- 4- Seguro médico;
- 5- Educação;
- 6- Venda de ações e outros valores;
- 7- Planificação urbana: áreas empresariais, residenciais etc.;
- 8- Estabelecimento de regulações de edificabilidade;
- 9- Medidas para assegurar a competitividade do mercado, prevenir monopólios e outras restrições ao comércio;
- 10- Imposição e redução de barreiras e cota às importações;
- 11- Licenças oficiais de médicos, dentistas, advogados, contadores e outros profissionais;
- 12- Estabelecimento e manutenção de parques estaduais e nacionais, áreas recreativas e áreas selvagens;
- 13- Regulação das empresas de negócios para prevenir ou corrigir danos ambientais;
- 14- Regulação da venda de produtos de tabaco para reduzir a frequência da drogadicção, o câncer e outros efeitos malignos.

É o exemplo paradigmático que o recuo do Estado social não implica, necessariamente, num recuo da intervenção, que se faz agora normativa e sob a forma de controle.

A experiência histórica ensina que a garantia estatal de uma liberdade adequada não se pode efetivar por via da simples abstenção

<sup>30</sup> La democracia – una guía para los ciudadanos, 1999, p. 196.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 198. Na verdade, essa intervenção regulatória dos EUA se faz sentir desde fins do século XIX (cfr. Pedro Goçalves, Direito administrativo da regulação, em: Estudos em homenagem ao professor Doutr Marcello Caetano, v 2, Coimbra, 2006, p. 539).

de intervenções, mas sim apenas por uma ação estatal subsidiária<sup>32</sup> e de apoio<sup>33</sup>.

O movimento é muito claro: à medida que o Estado abre mão da provisão dos serviços públicos (recuando lentamente mas sem pausa), ele assume o seu papel de fiscalizador e regulador destes últimos. Isso não apenas devido ao princípio constitucional que firma o papel do Estado como provedor de serviços públicos para a população, mas também como resultado da pressão – embora potencial – da sociedade civil<sup>34</sup>.

A actividade do Estado regulador, diz Eduardo Araya Moreno enfatizando a actividade estatal de fomento, deve vir acompanhada de faculdades e recursos para fiscalizar eficientemente o cumprimento das normas, do contrário o Estado regulador é apenas um interessante discurso para evitar que o Estado se oriente a actividades de produção de bens e serviços.

Um Estado moderno é aquele que além de regular, fiscaliza e sanciona para restabelecer a ordem e fazer da vida em sociedade algo possível. Do contrário não cumpre com seu objectivo fundamental que é a busca do bem-estar para sua sociedade<sup>35</sup>.

Não se pode deixar de notar um aspecto muito importante do recuo do Estado da cena económica como produtor e executor. É o facto da reabilitação ou recuperação da sociedade civil, reassumindo suas respectivas cotas de poder e de participação política.

Na verdade, o Estado regulador surge como uma resposta ao fracasso tanto do pensamento liberal (Estado liberal) quanto intervencionista (Estado social). A combinação das “falhas do Estado” com as “falhas do mercado” constitui, sem espaço para dúvidas, o fundamento racional da intervenção reguladora. É uma síntese de ambos ou um modelo de Estado onde a realidade, até certo ponto, predomina sobre a ideologia.

32 Esta designação de Estado subsidiário justifica-se pelo novo modelo do Estado regulador que só intervém quando a iniciativa privada resulta insuficiente, não existe ou é inconveniente (apud César Carlos Neira, Entes reguladores de servicios – La defensa del usuario, p. 20).

33 R. Zippelius, op. cit., p. 452.

34 Alketa Peci e Bianor Scelza Cavalcanti, A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro, Revista de Direito Público da Economia, n. 3, 2003, Belo Horizonte, p. 13.

35 La construcción del Estado regulador y la relación Estado – sociedad civil. Disponível em: <<http://www.top.org.ar/Documentos/regulador.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2006.

### 3.1 Etapas percorridas pelo Estado regulador

Na transição do Estado social para o regulador a principiologia do direito administrativo clássico passa por um tumultuado processo de reestruturação, com alterações imediatas nas entidades e órgãos públicos, nos próprios agentes do Estado, na natureza jurídica e operacional das administrações directa e indirecta, no controle dos actos da Administração, na essência dos actos administrativos, nos contratos celebrados pela Administração, no conceito de bens públicos etc<sup>36</sup>.

Num primeiro momento, o Estado, sob a predominância desta filosofia regulatória, põe-se numa actividade de desregulamentação (redução das regras governamentais para o funcionamento da economia) e desburocratização. Os objectivos são bem claros: suprimir todos os entraves e monopólios impostos pelo Estado positivo, eliminar custos e tributações desnecessárias, combater a inflação e simplificar as regulações então vigentes (sistema normativo-burocrático).

Esta primeira fase ou etapa coincide, cronologicamente, com os finais dos anos 70<sup>37</sup> e se espraia ao longo dos anos 80 do século passado (que também assiste ao processo de desestatização ou de privatização). Embora, a bem da verdade, não se possa, efectivamente, estabelecer um divisor de águas para a moldagem deste novo perfil estatal, pois além de já ser prática comum nos Estados Unidos desde fins do século XIX<sup>38</sup>, não se pode ter a actividade de regulação como novidade no resto do mundo<sup>39</sup>. O que talvez nos autorize a afirmar que o que realmente se

36 Apud Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Direito administrativo, globalização e neoliberalismo, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2006.

37 É interessante observar no livro de Ludwig Erhard, Bem-estar para todos (trad. portuguesa do original alemão *Wohlstand für alle*), cuja primeira edição data de 1957, os primeiros traços de um novo modelo estatal quando diz: "Ao afirmar-se que a economia liberal do passado e o dirigismo económico se podem considerar ultrapassados na República Federal, impõe-se explicar qual a novidade introduzida pela nossa política económica. É que hoje o Estado já não se dirige ao indivíduo e o ministro da Economia já não dá ordens à indústria, antes a liberta de selos, autorizações e concessões" (Livreria Bertrand, Lisboa, p. 156).

38 Como anota Perry Anderson, nos Estados Unidos quase não chegou a existir um Estado de bem-estar do tipo europeu (Balanço do neoliberalismo, em: Emir Sader e Pablo Gentili (orgs.), Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático, Paz e Terra, 1996, p. 11). Ficou famoso o litígio *Munn versus Illinois* (1876), em que se discutiu a possibilidade de ser regulada a actividade de estocagem. Em 1887 é criada a primeira agência norte-americana, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), para dirimir conflitos entre o transporte ferroviário e os empresários rurais (cfr. Tarso Cabral Violin, Aspectos gerais das agências reguladoras no direito brasileiro, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2006).

39 A propósito diz João Confraria: "Num processo mental curioso, mas frequente entre nós, confundiu-se por vezes a existência de um fenómeno com a percepção que em dado momento se adquiriu desse mesmo fenómeno. Atribuiu-se à actividade de regulação, em consequência, uma novidade que não existia na sua natureza, nem a história permitia afirmar" (Regulação e concorrência - desafios do século XXI, Universidade Católica, Lisboa, 2005, p. 09). E à página 17 ressalta a tradição francesa na área da regulação. Também George Dalton assevera que o *laissez faire* completo nunca existiu e que durante o século XIX foram aprovadas leis e serviços oficiais de inspecção e regulamentação que impediram que as forças do mercado de concorrência isoladas determinassem

passou foi um avanço da actividade regulatória e um recuo da actividade produtora e prestadora de serviços do Estado.

Ao longo da década de 1980, processa-se também a privatização ou desestatização nos países desenvolvidos, com objectivos de redução de despesas e busca por eficiência. Nos países em desenvolvimento o mesmo processo se dá na década seguinte com objectivos aparentes e reais mais ou menos homogéneos.

Na década de 90 do século XX, põe-se em prática mais um passo fundamental para a consolidação da doutrina regulatória. O objectivo agora é otimizar e melhorar a qualidade da normação regulatória com a introdução de arranjos institucionais e mecanismos técnicos como informação, consulta e participação pública, listas de controle e análise do impacto das regulações.

A última fase, de certa forma, como não poderia deixar de ser, é uma continuidade das fases anteriores, em que se vêem estabelecidas políticas ou programas de qualidade reguladora com o objectivo claro de desenvolver capacidades institucionais aptas a manter devidamente o sistema. Dentre as finalidades dessas políticas regulatórias estão o melhoramento da eficácia e eficiência<sup>40</sup> dos regimes de prestação de serviços públicos, a transparência e as responsabilidades do conjunto do sistema regulador etc.

### 3.2 Da irracionalidade do processo de privatização

Das etapas percorridas para a assunção deste novo perfil estatal e administrativo, descritas acima, nos deteremos na privatização, por seus efeitos práticos inegáveis no horizonte político, jurídico e social, engendrando uma discussão que continua acesa em muitos países.

A busca por eficiência justificou o processo de privatização<sup>41</sup>. Duas evidências saltavam aos olhos de todos os países:

I- O Estado dispersava muita energia em realizar o que não lhe

---

alguns preços, alguns rendimentos e algumas condições de trabalho e de vida (Sistemas económicos e sociedade – capitalismo, comunismo e terceiro mundo, trad. de Álvaro de Figueiredo, 1974, p. 49).

40 Eficácia e eficiência são termos distintos para a matéria abordada. Eficácia refere-se ao êxito dos objectivos pretendidos. Enquanto eficiência consiste na obtenção daqueles objectivos ao menor custo possível e o maior rendimento possível, dentro de uma filosofia de *resultados*. Cfr. a propósito G. Pasquino, op. cit., p. 267.

41 Uma cultura "anti-Estado" sedimentou as bases do consentimento acerca da privatização, ao ser formadora de um consenso sobre a ineficiência das instituições e dos serviços públicos (cfr. Ivete Simionatto e Mariana Pfeifer, Responsabilidade social das empresas: a contraface da sociedade civil e da cidadania, Revista Virtual Textos & Contextos, n. 5, ano V, nov. 2006).

competia (e fazia mal), prejudicando o que, essencialmente, lhe competia fazer;

II- No desempenho de certas funções e na prestação de certos serviços, as empresas privadas em concorrência (regulada) se movem com mais eficiência.

Mas a privatização tendo como pano de fundo estes objectivos (eficiência e busca por resultados) e o desenvolvimento económico deveria satisfazer alguns requisitos prévios, como um processo racional. Infelizmente, como diz Joseph E. Stiglitz, o FMI e o Banco Mundial abordaram estas questões por uma perspectiva ideológica estreita – era necessário privatizar depressa. Havia classificações para os países – aqueles que privatizavam mais depressa, tinham notas mais altas. É por isso que muitas vezes as privatizações não acarretaram os benefícios prometidos, e os problemas nascidos destes fracassos geraram antipatia em relação à própria ideia de privatização<sup>42</sup> e a torrente de mudanças que lhe seguiram.

O mesmo Stiglitz narra-nos um facto passado em Marrocos, que reflecte o lado perverso do processo irracional de privatização, principalmente nos países subdesenvolvidos. Numa determinada comunidade, uma ONG tinha ensinado os aldeões a criar galinhas, como forma de complementar a renda doméstica. A princípio, as mulheres recebiam pintos com uma semana de vida de uma empresa estatal. O negócio funcionou por algum tempo com resultados positivos. Mas logo a actividade fracassou. Perquirida a causa, a resposta foi simples: o FMI advertira o Governo que não lhe competia distribuir pintos, e ele deixara de os vender. Partiu-se imediatamente do princípio que devia ser o sector privado a preencher esta lacuna. De facto, não tardou a surgir um novo fornecedor particular que se propôs fornecer pintos recém-nascidos aos aldeões. No entanto, a taxa de mortalidade dos pintos nas duas primeiras semanas é elevada, e a empresa privada não queria dar nenhuma garantia. Por outro lado, os aldeões não podiam suportar o risco de comprar pintos que poderiam morrer em grande número. Deste modo, foi abandonada uma nova actividade que poderia ter melhorado a vida destes camponeses pobres<sup>43</sup>.

Disso tudo tira-se a seguinte conclusão: há certos serviços

<sup>42</sup> Joseph E. Stiglitz, *Globalização – a grande desilusão*, trad. de Maria Filomena Duarte, 3. ed. Lisboa, 2004, p. 96.

<sup>43</sup> Op. cit., p. 97.

essenciais e certos propósitos sociais que não podem ser atendidos pelo mercado e pela iniciativa privada (*vide*, por exemplo, o efeito redistributivo da regulação, item 6). Isso porque sob o entendimento da hegemonia económica neoliberal, os programas sociais são geridos pelo *princípio da alta rotatividade*, deslocando-se para o indivíduo a responsabilidade em superar riscos sociais. Sob este princípio, não são geradas garantias sociais mas “permanências” de acesso como se fossem “vistos temporários” para o mundo da protecção social. Quando não temporários, a condição da garantia social é tão rebaixada em seu alcance e padrão de qualidade que não consegue afiançar autonomia ou segurança aos cidadãos que são seus usuários<sup>44</sup>.

Acima, logo no início deste item, falamos num *processo racional de privatização*. Como se daria isso, em linhas rápidas? O grande problema, como já assinalamos, foi a pressa e o carácter ideológico que impulsionaram a privatização, como etapa de remodelação do perfil administrativo do Estado. Privatizou-se (principalmente em países mais dependentes de financiamento externo) a toque de caixa, para atender a exigências de poderosos interesses internacionais ou como uma decorrência da “racionalidade do mercado”<sup>45</sup>. Neste processo atabalhado esqueceram-se dos problemas relacionados à concorrência e à regulação<sup>46</sup>, ou apenas deixaram para mais tarde. Quando, na verdade, tais problemas deveriam ter sido postos antes ou concomitantemente à privatização. E são eles que racionalizariam o referido processo.

Privatizada uma empresa sem atenção à regulamentação e à concorrência, temos um interesse privado com

incentivo e dinheiro para manter a sua posição monopolista, arrasando a regulamentação e a concorrência e distorcendo o processo político no caminho. Há um motivo natural para que o FMI não esteja tão preocupado com estes problemas, como seria de esperar. É que privatizar um monopólio não regulamentado pode render mais dinheiro ao Estado, e o FMI concentra-se mais em questões macroeconómicas, como a

44 Apud Aldaiza Sposati, Regulação social tardia: característica das políticas sociais latino-americanas na passagem entre o segundo e o terceiro milénio. In: Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 7., 2002, Lisboa, p. 03. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044509.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2006.

45 Apud James Petras, op. cit., p. 304.

46 Os dispositivos de regulação seriam necessários para que os consumidores ficassem protegidos de um eventual abuso de poder de mercado ocasionado pela posição de monopólio ocupada (cfr. Helder Q. Pinto Jr. e Joyce Perin Silveira, Elementos da regulação setorial e de defesa da concorrência: uma agenda de questões para o setor de energia, ANP, 1999, p. 03).

dimensão do défice público, do que em questões estruturais, como a eficiência e a competitividade da indústria. Quer os monopólios se tenham mostrado ou não mais eficientes na produção do que o Estado, a verdade é que foram muitas vezes mais eficientes a explorar a sua posição monopolista. E os consumidores é que sofreram<sup>47</sup>.

Um exemplo disso foi a privatização da companhia de telefones da Costa do Marfim, sem uma legislação adequada ou sem uma estrutura jurídica que garantisse a concorrência. A empresa francesa que comprou os activos do Estado convenceu o Governo a conceder-lhe o monopólio não só dos serviços telefónicos existentes como também da nova rede celular. A empresa privada praticava preços de tal modo elevados que, por exemplo, os estudantes universitários não tinham possibilidade de utilizar a Internet, essencial para evitar que se agravasse o já grande fosso entre ricos e pobres no acesso ao mundo digital<sup>48</sup>.

Foi essa política privatizadora irracional que levou a Argentina a uma crise sem precedentes (com moratória e tudo mais), mantendo até hoje metade da população argentina em estado de miséria. Durante o processo de desestatização e privatização, a lei argentina autorizava apenas a desmonopolização, mas o Poder Executivo limitava-se a transformar os monopólios públicos em monopólios privados, ou em monopólios de empresas estatais estrangeiras<sup>49</sup>.

Em verdade, em muitos Estados, por trás deste objectivo nobre (eficiência), escondia-se a verdadeira finalidade da privatização: fazer caixa e aliviar o défice público<sup>50</sup>.

Exemplo paradigmático desta opção dá-se com o processo de privatização brasileiro. Após sucessivos planos económicos, o Brasil vê-se às voltas com o plano real, cujas principais pilastras eram: a *cambial* (moeda estável frente ao dólar), a *monetária* (contenção da emissão e do crédito) e a *fiscal* (equilíbrio orçamental). Mas as crises externas

47 Joseph E. Stiglitz, op. cit., p. 98.

48 Exemplo fornecido por Stiglitz, op. cit., p. 98.

49 Guillermo Muñoz, Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no direito comparado, em: Carlos Ari Sundfeld (coord.), Direito Administrativo Económico, 2000, p. 140.

50 Outra não é a opinião de R. Dornbusch e F. Leslie C. H. Helmers, Economia aberta – instrumentos de política económica nos países em vias de desenvolvimento, Fund. Caluste Gulbenkian, 1991, p. 47: "Recentemente e como resultado das crises de endividamento, a privatização do sector público tem-se tornado um importante elemento da política orçamental. Não existe nada de particularmente atractivo no facto de se venderem – ou não venderem – empresas públicas a investidores estrangeiros. Se o preço for o valor actual de lucros futuros, então a venda dessas empresas implica a obtenção imediata de liquidez em troca de receitas futuras. Promover a venda apressada de empresas do sector público para pagar dívidas externas é, com toda a probabilidade, um mau negócio".

afectam decididamente a economia brasileira em recuperação. Frente a isso, o governo precisa aumentar a entrada de dólares no país, e com este objectivo eleva a taxa de juros para atrair os capitais estrangeiros. Ocorre, porém, que uma taxa de juros elevada é ruim para o sector produtivo, o que gera um círculo vicioso: produzindo “menos”, obtém-se “menos” dólares através das exportações, o que induz o governo a elevar continuamente a taxa de juros para atrair e manter o capital estrangeiro. Capital este meramente especulativo e de curto prazo, que alimenta o círculo vicioso. Diante do impasse, com produção estagnada (em franca recessão), o governo lança mão de outros mecanismos de financiamento público: elevação da carga fiscal e privatização de empresas estatais (inclusive, das eficientes e lucrativas). O governo brasileiro passou a agir, numa imagem curiosa, como aquela pessoa endividada que, ao invés de tentar reforçar suas actividades produtivas e rendosas, simplesmente sobrevive tomando novos empréstimos (a juros cada vez mais altos) e vendendo suas posses para se manter<sup>51</sup>.

### 3.3 Conceito de regulação estatal

Regulação é um conceito polissémico e plástico, visto ser utilizado na política, na economia, no Direito e em diversos outros ramos das ciências sociais. Dada essa multiplicidade de abordagens, a tarefa de delimitar um conceito unívoco desafia um grau maior de dificuldade.

De todo modo, afigura-se-nos razoável o conceito emitido por Marçal Justen Filho. Segundo ele, “regulação estatal pode ser definida como um conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores económicos e não-económicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a colectividade. Essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e administrativas, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com os valores prezados”<sup>52</sup>.

Por outro lado, numa perspectiva mais simples, a regulação pode ser considerada como uma forma de intervenção através de comissões e/ou agências reguladoras que têm a incumbência de definirem regulamentos e actos. Esses instrumentos podem afectar o mercado

<sup>51</sup> Apud Angelo Segrillo, op. cit., p. 207.

<sup>52</sup> Marçal Justen Filho, O direito das agências reguladoras independentes, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, p. 40.

directamente, através de mudanças institucionais, regulando preços, produção, qualidade etc; ou indirectamente, por meio da imposição de restrições sobre as condutas dos agentes operantes no mercado.

Em resumo, regular é estabelecer regras<sup>53</sup>. Quem as estabelece e sobre que âmbito recaem? É o Estado que as estabelece, fazendo uso de seu poder coercivo, para incidência sobre actividades económicas e nos mercados. Excluem-se deste âmbito regulatório as regras estabelecidas pelas partes contratantes numa dada transação. Tais regras são produtos típicos de uma actividade normal de mercado. Outrossim, a imposição de regras a agentes económicos por outros agentes económicos igualmente privados pode enquadrar-se dentro de princípios de liberdade contratual e de associação, embora possa ser considerada uma auto-regulação, não se encaixa dentro do conceito de regulação estatal<sup>54</sup>.

Todavia, é possível que entidades privadas exerçam poderes de regulação desde que, para isso, haja uma delegação do Estado. Em Portugal, como anota Pedro Gonçalves<sup>55</sup>, são exemplos de organismos privados com funções de regulação pública: dentre outros, as comissões vitivinícolas regionais, entidades certificadoras de produtos agrícolas e as federações desportivas.

É inegável que são os modelos ideológicos prevaletentes em certas épocas e conjunturas que determinam o tipo de concretização normativa a seguir na regulação pública. A base do paradigma político em que assenta a difusão das autoridades reguladoras está nas concepções económicas neo-liberais e nas ideologias reducionistas do papel do Estado. Na União Europeia e nos Estados que a compõem a regulação é hoje um fenómeno jurídico incontornável, independentemente da posição sobre a presença do Estado na vida económica<sup>56</sup>.

### 3.3.1 Regulação económica e regulação social

#### Para além da divisão do direito da regulação em “direito

53 Apud João Confraria, op. cit., p. 16. Vide Helder Q. Pinto Jr. e Joyce Perin Silveira, op. cit., ANP, 1999, p. 07.

54 Apud João Confraria, op. cit., p. 20.

55 Direito administrativo da regulação, op. cit., p. 545. Também Pedro Gonçalves, Entidades privadas com poderes públicos, Coimbra: Almedina, 2005, p. 807 e 835.

56 Apud Eduardo Vera-Cruz Pinto, A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI, em: Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro (coord.), Regulação e concorrência – perspectivas e limites da defesa da concorrência, Almedina, 2005, p. 160.

administrativo da regulação” (quando as normas regulatórias se dirigem às entidades reguladoras e a outras instâncias da Administração Pública) e “direito privado da regulação” (quando as normas de regulação se dirigem directamente aos regulados)<sup>57</sup>, em si muito importante (por conseguir acolher o fenómeno regulatório em toda sua extensão), interessa-nos focar a atenção sobre uma distinção proposta por diversos autores e reproduzida por João Confraria<sup>58</sup>: regulação “económica” e regulação “social”.

Para este autor, a regulação económica, quase sempre presente, embora nem sempre da mesma forma e intensidade, centra-se no estabelecimento de regras sobre preços e qualidade de serviço, número de empresas, condições de acesso às actividades e investimentos. A regulação dita social, por seu turno, relaciona-se com a protecção do meio ambiente, com a saúde, com as condições de trabalho, com a qualidade e segurança de bens e serviços e com a defesa dos consumidores, através da imposição de restrições principalmente sobre a tecnologia de produção ou sobre as características físicas e tecnológicas dos produtos.

A importância desta divisão se evidencia pelo facto de através dela termos uma ideia de como se processa a evolução do Estado em algumas economias de mercado do século passado. Como já dito, a regulação económica, de forma mais ou menos intensa, sempre esteve presente (exemplos são os Estados Unidos e a França), ao passo que a regulação social ganhou influência nas sociedades ocidentais na segunda metade do século XX, sobretudo a partir dos anos 60, como resultado das preferências que os cidadãos revelaram neste sentido.

Esta vertente social da regulação estatal ainda mais justifica a afirmação de Pedro Gonçalves (compartilhada pelos regulacionistas em geral) de que “o processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma ação mais *modesta*, não significa um retorno à época liberal do século XIX: mantém-se presente um *Estado socialmente activo*”<sup>59</sup>.

Na verdade, a alternativa europeia ao neoliberalismo mais rude, representa e fortalece o processo de construção da União Europeia,

<sup>57</sup> Apud Divisão acolhida por Pedro Gonçalves, Direito administrativo da regulação, loc. cit., p. 545.

<sup>58</sup> João Confraria, op. cit., p. 25-26.

<sup>59</sup> Apud Pedro Gonçalves, Direito administrativo da regulação, op. cit., p. 538.

numa clara defesa do velho projecto social-democrata europeu, que propõe a construção de um capitalismo “com face humana” (daí esse viés socialmente activo do Estado regulador que, no caso português, vem insculpido no art. 81 de sua Lei Fundamental) em contraposição a um capitalismo selvagem<sup>60</sup>.

### 3.3.2 Novo paradigma: busca por eficiência e resultados

Já na introdução desta investigação sumária dissemos que a organização sempre crescente da sociedade civil a par com uma onda democrática que varreu o último quartel do século XX, disseminou, universalmente, exigências de eficiência e funcionalidade, que atingem a todos os órgãos e funções do Estado.

Em perspectiva genérica, o conceito de regulação estatal compreende todos os tipos de leis e controles administrativos que emanam do governo (principalmente através de entidades independentes), disciplinando o funcionamento do mercado e, tentando atingir seu objectivo maior: a eficiência alocativa e produtiva.

Novas figuras jurídicas são criadas a partir duma nova idéia de gestão administrativa “por resultados”, orientada pela busca da eficiência, da efectividade das organizações públicas e para a satisfação otimizada das necessidades sociais.

Todavia, essa busca por eficiência e resultados leva, por vezes, a identificar tais objetivos com o ideal da gestão privada e de cariz empresarial emprestado aos serviços administrativos. Não é possível nem recomendável confundir eficiência com gestão privada, porque também neste âmbito existem ineficiências (pois do contrário, como diz Vital Moreira, não ocorreriam falências<sup>61</sup>). O que busca o modelo é um paradigma, que em muitos casos, pode ser equiparado ao sector privado, mas que com este não se confunde. Alçam-se estes objectivos à categoria de princípios informadores da Administração Pública, não se restringindo apenas a uma mera representação ideológica do pensamento neoliberal.

<sup>60</sup> Apud Graça Druck, A teoria da regulação transforma-se em “técnica de regulação” em tempos neoliberais?, Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 20, n. 57, p.183.

<sup>61</sup> Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, op. cit., p. 100.

Esta busca por resultados conduz a uma autonomia funcional da Administração Pública, tanto em relação aos modelos de eficiência privada quanto a cânones clássicos do direito público, como a legalidade estrita. É a “secundarização” da forma em benefício do conteúdo, ou melhor dizendo, do resultado final, apto a satisfazer em plenitude as necessidades sociais.

### **3.3.3 Relação entre os valores do mercado e os valores do serviço público**

Na antiguidade grega foi moldada pelos sofistas a legenda de que “o homem é a medida de todas as coisas”. O ser humano, a vida humana constitui o fim sem o qual toda actividade seria desprovida de sentido. Assim, tendo como pano de fundo esta ideia é que faremos uma rápida análise na relação axiológica que há entre o mercado e serviço público.

De plano, salta aos olhos que reduzir a função política (ou pública) a uma pura lógica económica ou de mercado, revela um desejo ideológico, não a essência das coisas. Uma economia de mercado tem no interesse próprio, na procura do lucro máximo para seus capitais, os seus instrumentos fundamentais, sem os quais não há incentivo para a produção ou para o progresso económico. Não há aqui vocação para prosseguir o interesse público, e nem se pode pensar que seja prosseguido, sequer exigir, por simples idealismo, que assim seja<sup>62</sup>. Ao reverso, a opção social (educação, segurança, saúde, lazer, bem-estar etc.) se funda em concepções filosóficas e em sistemas de valores que não são redutíveis à simples lógica do mercado. Reduzir o interesse geral à dimensão económica não é ser neutro e objectivo, é colocar os valores mercantis na categoria de finalidades e de valores sociais superiores a todos os outros<sup>63</sup>.

Uma análise mais profunda indica que a economia de mercado encontra fora dos seus limites, as dimensões relativas à natureza e ao homem (considerado em seus vectores individuais e sociais), das quais não pode ser indiferente. Essas dimensões têm leis próprias que as regem, leis distintas e irredutíveis às do mercado. Ignorar ou não se

<sup>62</sup> Apud A. J. Avelãs Nunes, *A Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*, Coimbra, 2006, p. 97.

<sup>63</sup> René Passet, *op. cit.*, p. 42.

adaptar a elas, pode representar a autodestruição do próprio suporte da actividade económica. Ou seja, destruir a natureza ou o meio social, equivale a destruir a própria economia de mercado<sup>64</sup>. Desse modo, inscreve-se como mais um instrumento de sobrevivência do mercado, o respeito aos valores iminentes ao meio social e à reprodução da natureza.

Mesmo diante desta evidência, ainda se põe uma grande questão: Como converter os instrumentos finalísticos do mercado em bem-estar para a sociedade? Como conciliá-los com os valores próprios do serviço público? Através da concorrência e de sua regulação, é a resposta quase unânime. Não é sem razão que João Confraria designa a concorrência como uma fonte de um processo de transformação permanente do sistema económico, chamado também de *destruição criativa* (processo constante de descoberta e inovação), e que, nesta perspectiva, é o aspecto fundamental das economias de mercado<sup>65</sup>.

Produzir é, antes de mais nada, criar valores de uso – satisfações – e não apenas valores de troca<sup>66</sup>. E para manter íntegra essa verdade essencial e preencher o fosso que separa os valores do mercado das exigências de um serviço público eficiente e de resultados, mas cada vez mais democrático (vez que conta com a participação do usuário/cidadão em todas as etapas), o Estado actual apela para a regulação.

Portanto, a lógica do mercado muda, ou melhor, adapta-se (ou domestica-se<sup>67</sup>) às exigências do serviço público de acordo com os níveis de organização regulatória. Mas, infelizmente, algumas contradições e ambivalências persistem, como a que reduz as pessoas à categoria de usuárias ou consumidoras, num corte definitivo da caracterização mais ampla de cidadania, redundando num esfacelamento de direitos políticos e sociais consolidados ao correr dos últimos séculos da história ocidental. A dinâmica social parece esbater-se contra a fria lógica destas vigorosas forças estruturantes.

### 3.3.4 Dialética entre mercado e Estado

64 Deixado a si mesmo o mercado pode ser suicidário, dizem Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, op. cit., p. 13.

65 João Confraria, *Regulação e concorrência – desafios do século XXI*. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 51.

66 René Passet, op. cit., p. 27.

67 Apud Maria Isabel Busato e Eduardo Costa Pinto, *A nova geografia económica: uma perspectiva regulacionista*, disponível em: <<http://www.mesteco.ufba.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

A ideia que facilmente extrai-se da análise do novo perfil conferido ao Estado e à Administração Pública é “menos Estado, menos política, mais técnicos, mais economia”. E que remonta às pregações de Milton Friedman, para quem o mecanismo do mercado é suficiente para regular a maioria dos problemas económicos e sociais de nosso tempo. O poder do Estado deve ser reduzido ao mínimo e descentralizado, sendo a liberdade da empresa o fundamento da liberdade política<sup>68</sup>.

Há uma sobrevalorização do mercado e de tudo que se liga à sua dinâmica, em todos os recantos do mundo. Actualmente, talvez as palavras mercado, economia, concorrência, sejam as mais citadas em qualquer manual de direito que se debruce sobre a problemática administrativa de uma dada ordem jurídica.

Analisando a relação entre os direitos fundamentais e o perfil económico implantado pelo neoliberalismo na Europa, A. J. Avelãs Nunes, expõe o receio de que o TECE (Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa) pretenda condicionar o exercício de tais direitos (fundamentais) às exigências e aos limites de “um mercado interno em que a concorrência é livre e não falseada” (artigo I-3º-2). É que estes valores são os mais presentes no texto e na filosofia do TECE. No texto da CE (Constituição Europeia) a palavra *banco* aparece 176 vezes; a palavra *mercado*, 88 vezes; *comércio*, 38 vezes; *concorrência*, 29 vezes; *capitais*, 23 vezes.

Mesmo em caso de guerra, os esforços dos Estados-membros devem concentrar-se na defesa do mercado, da concorrência livre e não falseada, e não na defesa da paz. Basta recordar que “em caso de graves perturbações internas que afectem a ordem pública, em caso de guerra ou de tensão internacional grave que constitua ameaça de guerra, ou para fazer face a compromissos assumidos por um Estado para a manutenção da paz e da segurança internacional”, os Estados-membros devem proceder a consultas recíprocas “tendo em vista estabelecer de comum acordo as disposições necessárias para evitar que o funcionamento do mercado interno seja afectado pelas medidas que qualquer Estado-membro possa ser levado a tomar”.

Perante isto, conclui Avelãs Nunes, muitos temem que o exercício dos direitos reconhecidos na CDF (Carta dos Direitos Fundamentais)

<sup>68</sup> Apud por Plauto Faraco de Azevedo, Direito, justiça social e neoliberalismo, RT, 1999, p. 98.

venha, segundo esta Constituição Europeia, a subordinar-se às condições e limites decorrentes do respeito pelo funcionamento de “um mercado interno em que a concorrência seja livre e não falseada”. Discutiu-se se a CE deveria ou não fazer referência à matriz religiosa da cultura europeia. Optou-se pela negativa, e bem, a nosso ver. Mas os autores desta “Constituição”, que decidiram não fazer referência ao deus dos cristãos, escolheram outro deus onnipresente, que pretendem impor aos cidadãos dos países da UE, um deus que deve ser venerado acima de tudo, um deus que tudo resolve, ainda que à custa de “sacrifícios humanos”: o *deus-mercado*. Um deus cruel, ao menos para quem aceite que, “numa economia mundialmente aberta, não há regulação nem limites para a violência da concorrência”<sup>69</sup>.

Esta longa e curiosa passagem de Avelãs é um termómetro fiel, talvez com cores muito vivas, da dialéctica que se estabelece entre mercado e Estado, onde este passa a ser um guardião da higidez das práticas económicas.

### 3.3.5 Estado-providência substituído pela comunidade-providência

Uma característica fundamental da transição do Estado social para o regulador é o facto do Estado deixar de prover serviços e produtos à sociedade. Por motivos já apontados, o Estado abriu mão deste seu papel e passa a recorrer às empresas privadas, ao mercado, com preços e qualidade previamente definidos. E através da regulação traça os limites adequados para esse encargo repassado à sociedade, que passa a ser, ela própria, a provedora (daí a designação de comunidade-providência).

Não quer isto dizer que seja sempre uma boa regra a produção de bens públicos por empresas privadas, por contrato com o Estado. Embora esta opção seja muitas vezes defendida com base em argumentos de eficiência, não é evidente que o resultado final seja sempre mais eficiente. Para a contratação de serviços a empresas privadas, o Estado deve garantir capacidade de intervenção a três níveis: definir com rigor os serviços objecto do contrato, a sua qualidade e os seus preços, fiscalizar o cumprimento do contrato e estabelecer penalizações em caso de descumprimento. E isto, com alguma economia de meios,

<sup>69</sup> Op. cit., p. 86-88.

pelo menos a suficiente para não invalidar à partida as presumidas vantagens económicas da contratação dos serviços. Se estas condições não forem satisfeitas, o mais provável é assistirmos a comportamentos oportunistas no fornecimento de bens e serviços por contrato ao Estado. E a sociedade acaba por não ter acesso a esses bens e serviços nas quantidades, qualidades e preços socialmente desejados<sup>70</sup>.

### **3.3.6 Serviços de interesse económico geral: nova versão dos tradicionais serviços públicos**

O direito comunitário europeu moldou e reconheceu como direito fundamental os serviços de interesse económico geral, despertando a atenção da doutrina para a nova categoria. O que vem a ser isto?

Trata-se essencialmente da nova versão dos tradicionais “serviços públicos”, mediante os quais os poderes públicos garantiam a todos os cidadãos um núcleo de serviços essenciais à vida, como saúde, o acesso domiciliário à água e ao saneamento, à energia eléctrica e ao gás, transportes colectivos, prestações da segurança social etc. Tais serviços eram fornecidos directamente pelos poderes públicos, mediante mecanismos específicos (empresas públicas, estabelecimentos públicos), ou por empresas privadas delegatárias ou concessionárias do poder público. Em qualquer dos casos, tais serviços públicos estavam em geral sujeitos a um regime de exclusivo ou de monopólio, com regulação pública das tarifas e demais condições de prestação do serviço em causa. Como se tratavam, por assim dizer, de serviços “fora do mercado” ou à margem do mercado, não se submetiam às regras de concorrência<sup>71</sup>.

No início dos anos 80 do século XX, sob a liberalização da economia e o processo de privatização, essa lógica de mercado foi estendida aos serviços públicos tradicionais. Gradativamente, cada um destes sectores, sob o influxo da uma série de directivas da Comunidade Europeia, foi sendo aberto à concorrência, com excepção dos que envolviam a existência de “monopólios naturais”, como se passa com as redes de transporte e distribuição de electricidade, de gás ou de água<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Apud João Confraria, op. cit., p. 60.

<sup>71</sup> Apud Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, op. cit., p. 64. Também A. J. Avelãs Nunes, op. cit., p. 95 et seq.

<sup>72</sup> Id., ibid.

Todavia, com o claro propósito de manter íntegra a antiga roupagem principiológica dos serviços públicos, que lhe justificava o regime especial, as directivas comunitárias foram deixando margem para que os Estados preservassem determinadas “obrigações de serviço público” nos diversos serviços de interesse económico geral.

Entre tais obrigações contam-se, entre outras, as seguintes: garantia do funcionamento desses serviços e da segurança do abastecimento; obrigação de abastecimento de todo o território e de todos os cidadãos (*serviço universal*); igualdade de acesso aos utentes e, em princípio, igualdade tarifária, independentemente dos custos do respectivo abastecimento; garantia da qualidade e da continuidade do abastecimento etc<sup>73</sup>.

Como abordamos no item 3.2.3, o mercado, entregue livremente às suas leis e dentro de sua lógica estreita, não teria condições de atender aos valores tradicionais do serviço público (ou pelo menos, aos valores preservados da antiga configuração). Isto por implicar em custos acima do que obteriam com o retorno do rendimento. Por exemplo, a título hipotético, a obrigação de fornecer um serviço postal<sup>74</sup> de qualidade, universal e com igual tarifa esbarraria na diversidade das regiões a prover com o serviço, algumas sem condições de cobrir os custos da operação.

Dada esta evidência, o cumprimento das «obrigações de serviço público» só poderia ocorrer através da prestação directa pelo próprio Estado ou poder público geral (intervenção positiva e directa, nos moldes do Estado de bem-estar) ou pela imposição aos agentes privados.

Nesta última hipótese, novamente aduz Vital Moreira<sup>75</sup>, os serviços de interesse económico geral supõem um regime mais ou menos intenso de regulação pública, incluindo uma autoridade reguladora, com poderes para implementar e superintender a observância das obrigações de serviço público e sancionar as eventuais infrações aos respectivos deveres. Não é por acaso que hoje os sectores mais regulados

<sup>73</sup> Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, op. cit., p. 64.

<sup>74</sup> É interessante observar que os correios em quase todos os países do mundo, sob o influxo de uma tendência (de cariz neoliberal ou não) têm-se transformado em prósperas instituições financeiras com sacrifício da sua missão originária” (Avelãs Nunes, op. cit., p. 99).

<sup>75</sup> Op. cit., p. 65.

são justamente os serviços de interesse económico geral liberalizados.

Uma questão tormentosa se põe quanto ao financiamento dos custos adicionais decorrentes das obrigações de serviço público, normalmente com viés social. A solução é o recurso às subvenções previstas no orçamento público ou a fundos especiais de financiamento cobertos pelos diversos agentes económicos ou usuários.

#### **4 Instituição de entidades ou agências reguladoras independentes**

Com o término do processo de privatização, a regulação do serviço público é confiada a entidades administrativas criadas e dotadas de autonomia, com o encargo de assegurar a imparcialidade, a democratização, o carácter transparente na gerência dos serviços, promover a competição (disseminar um novo tipo de cultura – pressões competitivas – a empresas habituadas a usufruir, estaticamente, de monopólios) e controlar a qualidade dos serviços públicos. Há uma espécie de “concentração sem centralização” ou uma concentração descentralizada dos órgãos encarregados de emitirem normas de regulação.

O poder administrativo estatal se desmembra numa infinidade de “arquipélagos” ou de autoridades independentes com competência normativa autónoma. O poder central ou político-representativo apenas se encarrega de estabelecer a política geral de todos os sectores e metas a ser atingidas<sup>76</sup>. Há uma espécie de privatização da função legislativa em prol do perfil regulamentador dessas agências. Mas isso, segundo Marçal Justen Filho, não significa o desaparecimento da supremacia do interesse público nem a intangibilidade de certas garantias essenciais<sup>77</sup>.

A independência das agências reguladoras pode ser dividida em quatro aspectos: 1- independência política dos gestores; 2- independência técnica decisória; 3- independência normativa; 4- independência gerencial orçamental e financeira<sup>78</sup>.

Criadas para disporem apenas sobre questões e normas técnicas, com respeito às disposições legais e Constitucionais, as

76 Apud Egon Bockmann Moreira, *Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a elaboração processual de normas*, Revista de Direito Público da Economia, n. 2, 2003, Belo Horizonte, p. 229.

77 Prefácio ao livro de Leila Cuéllar, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 08.

78 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, Renovar, 2000, p. 148.

agências reguladoras despertam certa apreensão por parte de alguns doutrinadores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, em verdadeiro juízo profético, assegura que “certamente exorbitarão de seus poderes”<sup>79</sup>.

Em Portugal, as entidades reguladoras são, via de regra, verdadeiros e próprios institutos públicos, ou seja, pessoas coletivas de direito público de base institucional (serviços, fundos ou estabelecimentos públicos personalizados), dotadas de capacidade jurídica própria, de autonomia administrativa e financeira e de património próprio<sup>80</sup>.

#### 4.1 A elaboração processual de normas e a legitimidade das agências reguladoras

É intuitivo que num Estado constitucional democrático-representativo a questão da legitimidade das decisões públicas assume importância fundamental. A missão atribuída aos entes reguladores, com autonomia e independência, levanta a polémica questão do *deficit* democrático.

Gianfranco Pasquino sintetiza bem a crítica desfechada neste sentido:

Os processos de produção e execução de políticas públicas são habitualmente controlados por intervenientes singulares e colectivos que não receberam nenhum mandato eleitoral e que certamente não responderão pelas suas escolhas e pelos seus actos perante os cidadãos. Neste modelo, a atribuição de responsabilidade política democrática é impraticável<sup>81</sup>.

Não há a menor dúvida que tais entes e seus ocupantes técnicos não detêm a menor representatividade, mas a questão não se põe exactamente sobre isso, mas sobre as decisões adoptadas e a consequente emissão normativa com carácter vinculativo.

Antes desta onda renovadora que resultou no já consagrado Estado regulador, as normas administrativas eram elaboradas unilateralmente

<sup>79</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 13. ed. Malheiros, 2001, p. 134. Ressaltando o carácter técnico das normas e seus limites, *vide* Maria Sylvia Zanella di Pietro, Parcerias na Administração Pública, 3. ed. Atlas, 1999, p. 144 e José Maria Pinheiro Madeira, Administração Pública centralizada e descentralizada, América Jurídica, 2000, p. 233-234.

<sup>80</sup> Apud Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 29.

<sup>81</sup> G. Pasquino, *op. cit.*, p. 278. Apud também César Carlos Neira, *op. cit.*, p. 37.

pela Administração Pública através de actos administrativos. Sob o novo enfoque, abrem-se, na sua elaboração, à participação daqueles possivelmente afectados por elas ou que tenham algum interesse.

As agências reguladoras, por este modo, passam a dar publicidade adequada às suas propostas normativas, conceder oportunidade de participação aos interessados e ao cabo de todo este processo editam a norma. Ou seja, há a possibilidade estendida a todos os interessados de participar na discussão e elaboração das normas que no futuro os afectarão. Esse procedimento aberto, participativo, democrático, legitima a decisão<sup>82</sup>. É a legitimação pela *elaboração processual das decisões*.

Não se pode negar ao cidadão a participação ou a possibilidade de influenciar nas decisões políticas ou administrativas, principalmente num Estado que tem na soberania popular seu mais poderoso esteio. A participação do cidadão, portanto, em seus diversos aspectos (usuário, consumidor, interessado directo ou indirecto etc.), confere um tom quase-consensual à decisão final, e acaba por conferir a legitimidade democrática que se cobra das agências reguladoras.

Além disso, as tarefas e funções atribuídas a estas entidades são essencialmente *administrativas*, o que, teoricamente, evita uma intrusão nas “reservas constitucionais” que concretizam o princípio da separação dos poderes: a “reserva de jurisdição dos tribunais” e a “reserva da lei”<sup>83</sup>.

#### 4.2- Controle dos entes reguladores

Os provimentos administrativos das autoridades independentes devem reger-se pela *accountability*: transparência, participação, informação, justificação e prestação de contas aos interessados (com responsabilização das autoridades públicas)<sup>84</sup>. Sem participação, transparência ou informação é muito difícil, mesmo impossível, um controle posterior das normas ou decisões adotadas.

E embora não estejam subordinadas ou sujeitas a um controle

82 É óbvio que a agência pode rejeitar as contribuições ou colaborações dos participantes, e adotar decisão contrária, com base em sua autonomia técnica. Isso não elide o fato de que houve participação, com possibilidade, dado o dever de motivação, de um controle posterior eficiente. A participação legítima a decisão, em suma, seja essa concorde ou não (neste último caso, por proporcionar uma eventual responsabilização da autoridade).

83 Apud Pedro Gonçalves, *Direito administrativo da regulação*, op. cit., p. 546.

84 Apud Egon Bockmann Moreira, op. cit., p. 240.

hierárquico por parte da Administração central, essas autoridades não fogem ao controle pelo Judiciário ou pelo Legislativo.

### 4.3 Vícios orgânicos da regulação

A regulação apresenta alguns problemas revelados pela prática e que dentro de uma classificação proposta configuram os *riscos regulatórios*<sup>85</sup>. É salientada pela doutrina, por exemplo, a questão relacionada com informações assimétricas existentes na inter-relação regulador/regulado. As duas partes deste binómio possuem informações diferenciadas. Os dirigentes de uma empresa têm maior e melhor conhecimento da estrutura de custos, sobre parâmetros tecnológicos e comportamento da demanda (adoptando, eventualmente, comportamentos oportunistas). Em decorrência disso, o monitoramento da conduta da empresa regulada matiza-se de uma certa imperfeição, gerando ineficiência potencial na elaboração e execução da regulação.

D'outro lado dá-se o que se convencionou chamar de *captura regulatória* quando o órgão regulador passa a identificar o bem comum com os interesses da indústria que é por ele regulada. Esse tipo de comportamento acarreta ineficiência, pois ocorre um rompimento da relação agente-principal, passando o regulador a proceder como agente ou aliado do sector regulado. Existe a captura, portanto, quando o agente regulador se inclina em favor de grupos de pressão, representados directa ou indirectamente no governo, ou se alia, directamente, com o sector regulado. E isso implica no esvaziamento do órgão regulador, pois ao perder credibilidade, torna-se ineficaz na execução da regulação<sup>86</sup>, e viola o princípio básico de sua intervenção: a promoção da eficiência.

Nos Estados Unidos, onde se pode detectar a gênese das agências reguladoras (que remontam ao século XIX), entre 1965 e 1985 o sistema regulatório passou por uma crise, justamente pelo desvirtuamento das funções das agências e a captura por parte dos regulados, graças ao poder económico. Pôs-se em causa a hipertrofia do poder administrativo e a necessidade de uma melhor disciplina da actividade das agências, estabelecendo limites claros à sua discricionariedade. Ao mesmo tempo,

<sup>85</sup> Apud Diogo Oscar Borges Prosdocimi, Teoria e prática de uma regulação económica por resultados. Disponível em: <<http://www.clad.org.ve/fulltext>>. Acesso em: 02 fev. 2007.

<sup>86</sup> Vide Helder Q. Pinto Jr. e Joyce Perin Silveira, op. cit., ANP, 1999, p. 09. Também Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, op. cit., p. 48.

foi ampliada a possibilidade de apreciação jurisdicional dos actos da Administração<sup>87</sup>.

Também a composição da entidade reguladora pode contribuir para uma influência directa dos próprios regulados. É o que se passa, por exemplo, com a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS) em Portugal. Na sua composição legal entra um representante dos jornalistas e outro das empresas de comunicação social. Na prática, em sua composição concreta, segundo Vital Moreira, contam-se vários jornalistas ou outras personalidades ligadas ao sector. A AACS apresenta por isso uma natureza híbrida, revelando portanto uma vertente de auto-regulação parcial ou de co-regulação ilegítima (ou “regulação concertada”), que não pode deixar de ser perturbadora dos cânones e da lógica da regulação independente. Em decorrência disso, o seu desempenho tem sido claramente insuficiente<sup>88</sup>.

Outro problema importante que se põe é a estruturação do mosaico institucional da regulação como um “arquipélago” de entidades reguladoras com seus objectivos e interesses sectoriais, sem uma coordenação e coesão funcionais, enfim, sem uma *interlocação sectorial*.

As instituições dentro do Estado devem manter mútuas relações para atingir determinados fins importantes para o todo social. A “cegueira sectorial” quebra essa acção concertada e cooperativa quando se volta para si, colocando em plano secundário tudo que não diga respeito à sua estrutura interna ou aos seus fins imediatos. Isso pode provocar, diz Diogo Oscar Borges Prosdocimi<sup>89</sup>, um excesso ou uma falta de fiscalização e monitoramento de uma determinada relação, devido à sobreposição de mecanismos de incentivos ou uma negligência por uma definição adequada da actuação de cada ente.

#### 4.4 Técnica *versus* política democrática

Numa análise retrospectiva da história, constata-se que em fins do século XVIII, coincidentemente com o êxito revolucionário do liberalismo económico, a economia afasta-se da política. Como diz Marcel Prélot, torna-se então um sistema lógico das coisas económicas, que devem

87 Apud Tarso Cabral Violin, op. cit., em: <<http://jus2.uol.com.br...>>

88 Apud Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, op. cit., p. 49.

89 Op. cit., <<http://www.clad.org.ve/fulltext>>. Acesso em: 02 fev. 2007.

ser consideradas em si mesmas, para si mesmas e por si mesmas. O conhecimento dessas coisas forma um mundo à parte. A economia não só se separa da política, como também pretende uma autonomia total.

Passa a reivindicar uma autonomia tanto de ordem prática como de ordem intelectual. Na ordem prática, e enquanto actividade humana, ela repudia as coerções morais das teorias medievais, mas, talvez mais ainda, rejeita a dominação política dos regimes em vigor. Na ordem intelectual, a economia pretende ser uma ciência independente em relação às outras, e sobretudo em relação à ciência de governar o Estado<sup>90</sup>.

A regulação económica atual, levada a cabo por entes reguladores com ampla independência em relação ao poder político representativo, remarca, por um lado, a autonomia tanto de ordem prática quanto técnica reivindicada pela economia de mercado desde seus primórdios liberais, e por outro lado, a atribuição da política democrática de assegurar algo semelhante às “condições de contexto” do revelho Estado liberal (que seriam os *objetivos gerais definidos em lei*), numa esvaziada sobreposição. É um resgate de uma ideia primitiva do individualismo liberal travestida com traços supostamente modernos<sup>91</sup> e um reforço do “antipolitismo”, como forma de excluir e desvalorizar a política democrática. A única realidade, ou pelo menos, o aspecto mais denso da mesma, é a economia, sua regulação, a busca por resultados e eficiência económica (com produtividade seletiva etc.). A expulsão da política democrática do âmbito do mercado (guiado agora por normas técnicas emitidas por agentes independentes) põe em discussão conceitos essenciais como o de legitimidade e democraticidade das decisões. E de certa forma, coloca em xeque o Estado democrático, como diz Avelãs Nunes<sup>92</sup>, em benefício de uma espécie de Estado oligárquico/tecnocrático. Alguns, influenciados por estas ideias neoliberais, vão ao ponto de propor que seja retirada ao poder político, democraticamente

90 Apud Marcel Prélot, op. cit., p. 40-41.

91 Não se pode deixar de notar que a “modernidade” (ou a “pós-modernidade”) é um mito legitimador da retórica neoliberal, fazendo com que qualquer crítica aos seus modelos seja interpretada como um recuo ao passado ou um intolérável fossilismo. Há, em decorrência, uma esterilizante uniformização de ideias e pensamentos. Em abono desta ideia veja-se o que diz Alain Lancelot: “A invenção de derivativos intelectuais e sociais, uma mitologia, impede os grupos dominados de tomarem consciência da sua subordinação” (As atitudes políticas, trad. Pedro de Alcântara Figueira, Bertrand, Lisboa, 1974, p. 133). Também sobre o receio científico do uso do termo “pós-modernidade”, vide Maria Stela Grossi Porto, Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea, Porto Alegre: Sociologias, 2002, 4(8):153.

92 Op. cit., p. 97.

legitimado, a competência para fixar o valor anual do saldo orçamental, confiando-a a uma comissão independente de especialistas.

Há no panorama neoliberal, em resumo, uma mudança de perspectiva muito clara, uma concepção de Estado com ênfase nas forças de mercado, em prejuízo de sua dimensão pública e democrática. É um recrudescimento da dicotomia entre “público” (que sugere ineficiência) e “privado” (sinónimo de eficiência e qualidade).

## **5 A posição do cidadão e do usuário dos serviços públicos no novo modelo regulatório**

O serviço público sob o modelo regulatório teve o seu regime substancialmente modificado, a par da integração de princípios fundamentais e por uma especificidade que reflete um novo paradigma: a inclusão do cidadão-usuário em seu âmbito, não apenas como destinatário passivo, mas como participante efectivo na qualidade do serviço (incluindo qualidade intrínseca, custos, modicidade, transparência etc).

O utente, numa espécie de triangularização, passa a integrar as relações jurídicas atinentes à organização do serviço e à própria delegação à iniciativa privada. Esse princípio significa o dever do Estado e do prestador do serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público<sup>93</sup>.

A participação efectiva do usuário na concepção das medidas, com indiscutível aperfeiçoamento e redução do arbítrio na prestação do respectivo serviço, contribui sobremodo para o que já se convencionou chamar de democratização do serviço público<sup>94</sup>.

## **6 Efeitos redistributivos da regulação**

Um dos paradoxos do Estado Regulador, diz Cass R. Sunstein, é que os esforços para redistribuir recursos por meio da regulação tendem a prejudicar os menos favorecidos ou, de qualquer modo, tendem a

93 Marçal Justen Filho, Serviço público no Direito brasileiro, Revista de Direito Público da Economia, n. 7, jul.-set. 2004, Belo Horizonte, p. 159.

94 Tal perspectiva não escapa da crítica doutrinária: “A noção de público não é incorporada como direito cidadão de todos, mas condição de acesso a quem não consegue ter condições de consumir serviços privados” (Aldaiza Sposati, op. cit., p. 10).

ter efeitos complexos, muitos dos quais não desejados e perversos. O mercado é extremamente criativo para superar esforços regulatórios que pretendem transferir recursos.

E exemplifica: considere-se a existência de preço mínimo para produtos agrícolas e o controle dos aluguéis. É claro que tais normas beneficiam uma classe que tem uma boa razão para pedir ajuda pública, ou que a redistribuição prevista realmente ocorrerá. O controle dos aluguéis, por exemplo, não serviu como uma transferência directa de recursos aos menos favorecidos. Ao contrário, desencorajou novos investimentos em habitação, diminuiu o estoque de habitação disponível, tendo beneficiado actuais inquilinos, muitos dos quais bem financeiramente, às custas de outros, em geral pobres<sup>95</sup>.

Também por vezes esquecemos o poder político de que goza o mercado (veja-se, como alinhámos no item 2.1, que a influência política ou parlamentar é um dos objectivos permanentes da economia aberta) e um poder político inteiramente fundado nos mecanismos de mercado não resolve as desigualdades e, pelo contrário, as pode aprofundar. Aprendemos na história que este não é apenas um problema entre grupos sociais de uma dada sociedade, é também o resultado universal das assimetrias de poder que se geram com base no mercado e já o era muito antes do poder das transnacionais, ainda que com estas se tenha aprofundado<sup>96</sup>.

Procurar lucros maiores, menores custos, preços mais baixos, melhores produtos, é uma contribuição fundamental da concorrência, entendida de forma adequada e realista, para o bem-estar da sociedade, diz J. Confraria. Não quer isto dizer - prossegue -, que o resultado final seja beneficiar todas as pessoas do mesmo modo, ou, mesmo, que ninguém perde com a dinâmica económica. As economias de mercado podem gerar enormes desigualdades na distribuição do rendimento, ao mesmo tempo que o rendimento médio aumenta, e isso tem determinado nas sociedades democráticas reacções no sentido de se promoverem políticas que corrijam pelo menos as desigualdades mais gritantes. Mas é habitual separar a discussão da equidade e da justiça social, da análise que se relaciona com a promoção da eficiência na economia<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> As funções das normas reguladoras, Revista de Direito Público da Economia, v. 3, Belo Horizonte, 2003, p. 44.

<sup>96</sup> Paulo Pedroso, prefácio à edição portuguesa de René Passet, A ilusão neoliberal, Ed. Terramar, 2002, p. 08.

<sup>97</sup> Op. cit., p. 55.

## 7 Conclusões

Há uma dificuldade enorme em se criar um modelo de Estado e de Administração que quebre em definitivo o elo de ligação com os erros do passado. É esse vínculo, pelo seu lado mais obscuro, com toda probabilidade, que impede uma construção de um sistema totalmente compatível com as exigências atuais de justiça, liberdade e igualdade. É o pesado fardo do passado e suas experiências ideológicas, sem dúvida, o freio para uma mudança radical de perspectiva.

De fato, constitui uma tarefa interminável encontrar nas situações cambiantes sempre de novo o justo meio entre uma tutela totalitária por um lado e, por outro, uma liberalização excessiva que faz com que o egoísmo e a sofreguidão dos indivíduos se convertam num mal social. Não existe qualquer solução abstrata para este dilema que dispense procurar continuamente a justa medida para a política concreta. Embora determinadas instituições constitucionais possam abrir à “liberdades para todos” uma melhor ou pior oportunidade, não se pode, no entanto, assegurar esquematicamente, e de uma vez por todas, a regulação ótima da liberdade através de um automatismo constitucional.

No movimento pendular da evolução histórica entre o Estado-providência e o liberalismo torna-se notório – com uma nitidez quase de tipo ideal – o risco perante o qual se coloca permanentemente o Estado. Conceder liberdade a menos, sufocando, desta forma, uma necessidade elementar, ou deixar liberdade a mais, abrindo assim demasiado a porta às possibilidades de abuso a que se está sempre disposto a recorrer. A instabilidade das formas liberais do Estado fundamenta-se particularmente no facto de a liberdade induzir sempre de novo ao seu abuso e este compelir, por sua vez, a restrição da liberdade<sup>98</sup>.

A experiência histórica nos revela que ainda estamos numa fase de tentativas e erros, que não temos ainda um modelo definitivo capaz de nos garantir os valores mais preciosos no mercado das relações humanas e sociais. No Estado liberal, a iniciativa privada se caracterizava por cuidar apenas de seus interesses (que por um jogo dialético ou pela chamada “mão invisível” do mercado ao final [como erroneamente supunham os ideólogos] resultavam convertidos em prol do interesse

<sup>98</sup> R. Zippelius, op. cit., p. 381.

público<sup>99</sup>), enquanto o Estado tinha pequeníssimas atribuições públicas; no Estado social, a esfera estatal avança, promove e faz tudo que lhe é exigido pelo interesse público. Mas, ambos os modelos, inicialmente acolhidos com entusiasmo, fracassaram.

É interessante observar que ambos os modelos já experimentados (liberal e social) foram frutos ou de representações ideológicas (Estado liberal) ou de conjunturas históricas adversas (Estado Social). Não houve uma estruturação racional, profunda, com ampla legitimidade, capaz de atender para as exigências reais das sociedades em que se implantaram. Estas considerações valem, sem tirar nem por, para o entusiasmo que cerca o novo modelo de Estado regulador. A atitude em torno dessa nova perspectiva não pode nem ser de indiferença, tampouco de entusiasmo<sup>100</sup>, mas de cautelosa observação, estudo e crítica. Tudo com o intuito de retirar lições do passado e não repetir os mesmos erros.

O atual Estado regulador não configura uma exceção a este paralelismo histórico: se apresenta quando a economia se ressentida de um profundo desequilíbrio macroeconómico, ou seja, quando se defronta com uma grande ineficiência produtiva, inflação elevada, avultados défices orçamentais, endividamento público, incapacidade de investimento, crise fiscal do Estado etc. É como o Estado social<sup>101</sup>, a solução momentânea a um transe histórico adverso.

Este rescaldo histórico nos faz ver com cautela (e até com certa desconfiança) o papel conferido aos atores privados na realização de fins públicos. Os custos sociais envolvidos são demasiadamente elevados para não serem levados em conta em qualquer perfil administrativo adotado. Muitos dos problemas que se verificam hoje devem-se às dificuldades que surgiram no processo de transição (como se sob o impulso de uma atividade nova parte do passado reagisse<sup>102</sup>), onde as privatizações servem de exemplo emblemático.

Além disso, é preciso estarmos atentos para o fato de que este novo

99 Veja-se que esta ideia ainda persiste na era do Estado Regulador: "A tendência actual é admitir que, em princípio, as empresas privadas num mercado têm os incentivos necessários para que os resultados finais das suas acções, determinadas pelo interesse próprio, contribuam para o bem-estar da sociedade" (cf. João Confraria, *Regulação e concorrência – desafios do século XXI*, p. 49).

100 Entusiasmo que, em regra, vem acompanhado de uma doutrina apologética.

101 Não podemos esquecer que o Estado social tem sua pedra fundamental lançada pelo *New Deal*, conjunto de "medidas de emergência" com o intuito de "abrir um novo caminho à justiça ética, social e económica" (cf. Henry Thomas e Dana Lee Thomas, *Vidas de estadistas americanos*, trad. de Brenno Silveira, Lisboa, p. 351).

102 Claire Lucques, *A nova pobreza – ensaio sobre a fecundidade dos bens*, Coimbra, 1974, p. 109.

modelo estatal e administrativo, moldado em fins do século XX, onde o componente social dos direitos parece esvair-se gradualmente, foi uma imposição do fenómeno conhecido como globalização económica, na sua directiva de redução dos vínculos à mobilidade de mercadorias e de capital, guiado por organizações governativas internacionais não eletivas, não-representativas e, portanto, pouco responsáveis em relação aos cidadãos dos vários países<sup>103</sup>. Foi, portanto, uma reforma estatal e administrativa feita em cima de uma conjuntura político-económica adversa e “inspirada” por atores com pouca (ou quase nenhuma) representatividade democrática.

E isso é preocupante, pois a economia de mercado não é uma base segura para o Estado constitucional e não pode ser seu fundamento de legitimidade. De acordo com isto, o mercado só é um aliado das democracias quando e *só na medida* em que junto com os direitos humanos e a divisão de poderes estão garantidas as seguranças jurídicas, influências políticas<sup>104</sup> e liberdades relevantes para a economia<sup>105</sup>. Ora, se há no horizonte dos países uma perceptível “mundialização” do mercado<sup>106</sup> sem uma correspondente “mundialização” da democracia, há sérias razões para preocupações no que tange à ingerência deste mercado mundial nos arranjos administrativos internos dos países<sup>107</sup>.

A economia de mercado e o correspondente processo de “mundialização” tendem a superar os conceitos clássicos de soberania estatal<sup>108</sup> e interesse nacional, refugiando-se numa lógica própria e em parâmetros fluidos como competição, produtividade, eficiência e prosperidade económica. Emergem ao lado das nações e por sobre

103 Apud Donatella Della Porta, Introdução à ciência política, p. 82-83. Também Fernando Muniz Santos, Globalização económica, Estado e Mercado, em: Ricardo Marcelo Fonseca (org.), Repensando a teoria do Estado, Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 256.

104 Influência política esta, cujo poder ameaça os próprios fundamentos da regulação mercantil, segundo René Passet (op. cit., p. 23). Também destacando a “flexibilidade política” da burguesia e o apoio a regimes de exceção quando conveniente, cfr. Luiz Carlos Bresser Pereira, Estado regulador y pacto democrático en América Latina, em: Atílio Boron (org.), Crisis y Regulación Estatal: Dilemas de Política en América Latina y Europa, Buenos Aires, 1986, p. 64-66.

105 Martin Kriele, op. cit., p. 278.

106 Processo irreversível, na opinião de Sérgio Ribeiro, O mercado comum, a integração e Portugal, Editorial Estampa, Lisboa, 1976, p. 80.

107 Praticamente não há voz dissonante nesta constatação: o processo de mundialização do capital fragilizou os Estados Nacionais (cfr. Graça Druck, op. cit., p. 184). Interessante a este propósito é a colocação de Aldaiza Sposati: “Não chegamos ainda a direitos sociais universais. A exemplo, já existem políticas económicas transnacionais e globalizadas, isto não ocorre porém quanto às políticas sociais que permanecem *nacionalizadas*” (op. cit., p. 05).

108 Sintomaticamente, no seu livro Introdução à política (Zahar, 1964, p. 90), Harold J. Laski refere-se à soberania estatal como o “velho princípio de soberania” face ao novo princípio de interdependência internacional. E acrescenta impiedosamente à pág. 100: “A soberania do Estado, no mundo ao qual pertencemos, é tão obsoleta quanto a soberania da Igreja Romana há trezentos anos passados”.

elas, novos centros de decisão que tentam impor a sua lei<sup>109</sup>. Nesta perspectiva, há espaço para os aspectos sociais, de justiça, de direitos humanos neste mundo categoricamente ligado a números, dados estatísticos<sup>110</sup>, lucros e competitividade selectiva<sup>111</sup>? Ou d'outro modo, a lógica do mundo dos negócios é compatível com os valores sociais?<sup>112</sup> É possível estabelecer laços entre os progressos da produtividade e a socialização dos modos de vida? Como conciliar questões tão díspares? Talvez sejam indagações que não recebam respostas conclusivas e peremptórias, mas certamente devem constituir, sem preconceitos e sem o recurso fácil às rotulagens ideológicas, a questão central da agenda política e administrativa de todos os países submetidos a este novo perfil estatal. Até porque, como diz M. Prélot, não há memória de transformações políticas duráveis que não tenham sido preparadas pelo desenvolvimento das ideias nos espíritos<sup>113</sup>.

De qualquer modo, apesar destas incertezas e inseguranças em relação ao modelo regulador e às investidas neoliberais, podemos condensar algumas conclusões:

I- O Estado regulador representa o avanço da actividade regulatória com objectivos bem definidos e um recuo da actividade positiva do Estado.

II- No Estado regulador o bem-estar social não resulta apenas das

109 René Passet, op. cit., p. 65. Na mesma página acrescenta: "O nível pertinente de análise da vida económica passa a ser o mundo. Mesmo para compreender os problemas das nações, é necessário partir do nível mundial". Sobre a subversão do conceito de Estado-nação pelo fenómeno da globalização, vide Eric Hobsbawm, *A era dos extremos*, 2. ed., 1998, p. 413-414 e Abili Lázaro Castro de Lima, *Globalização económica, política e direito*, Porto Alegre, 2002:177.

110 O mundo precisa de um novo impulso e não é certamente do *economismo* ou do *politicismo*, para quem os factos sociais assumem a natureza de simples factos físicos particulares que encontram solução nas cifras da Estatística e segundo leis puramente técnicas. O domínio político e social, diz J. Maritain, é um domínio não somente técnico, mas primeira e essencialmente humano, isto é, ético ou moral. As obras de arte que o homem aí executa são intrinsecamente humanas e morais. A vida social é tecida de acordo com as mesmas leis (justiça, liberdade, integridade) que regulam a edificação moral de nossa personalidade individual. Na proporção em que se aplicam à pessoa ou à sociedade, comportam estas leis certamente modalidades diversas: sua substância permanece a mesma, e também seu rigor (*Humanismo integral*, São Paulo, 1965, p. 170).

111 Com a internacionalização da economia e da produção, desenvolveu-se uma espécie de *competitividade selectiva*, que provoca uma concentração de riqueza e poder nas grandes metrópoles e em determinados espaços regionais, criando novos patamares de desigualdade entre regiões, países e segmentos sociais, já que os investimentos internacionais convergem, sobretudo, para os países mais ricos e, neles, para os pólos urbanos (apud Maria Isabel Busato e Eduardo Costa Pinto, <<http://www.mesteco...>>, op. cit.).

112 Como diz Aldaiza Sposati, há uma distância entre as regras que orientam o mundo dos negócios e aquelas voltadas ao mundo dos humanos. Uma clara dualidade entre o económico e o social. No mundo dos negócios, planeja-se para anos os financiamentos e os créditos na relação investimento-lucro. São anos de concessões, isenções, subsídios, sustentados, no mais das vezes, por verbas públicas. Em contrapartida, no mundo dos humanos, as 'regras' restringem-se ao uso de tratos emergenciais, circunstanciais e residuais com resoluções de curto prazo. Os negócios têm crédito, os humanos não (op. cit., p. 03).

113 Op. cit., p. 109.

forças mecânicas e espontâneas do mercado, mas do equilíbrio destas através da acção garantidora, subsidiária e reguladora estatal;

III- Na antítese axiológica mercado *versus* serviço público, os mecanismos regulatórios tendem ou estão predispostos a reduzir o fosso;

IV- A actividade regulatória, através dos agentes reguladores, apresenta vícios orgânicos capazes de prejudicar os objectivos do sistema, desacreditando-o.

V- A economia de mercado inserida no Estado constitucional democrático tem três objectivos invariáveis: segurança jurídica, influência política e certas liberdades; tais objectivos, com especial destaque para a influência política, constituem uma ameaça permanente aos fundamentos da regulação;

VI- O fenómeno da mundialização da economia, estreitamente ligado ao novo perfil administrativo, fermenta políticas económicas transnacionais, mas as políticas sociais permanecem nacionais, exigindo uma renovação da acção estatal para reconfigurar o consenso perdido;

VII- A reforma estatal e administrativa que resultou no Estado regulador foi feita em cima de uma conjuntura político-económica adversa e por actores com pouca (ou quase nenhuma) legitimidade democrática.

## Referências

- AGUDELO, Darío Valencia. Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colômbia. **Ecos de economia**. n. 18, Medellín: Abril 2004. Também disponível em: <<http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlres>>. Acesso em 14 nov. 2006.
- ALBUQUERQUE, Ruy de. e CORDEIRO, António Menezes (coord.). **Regulação e concorrência – perspectivas e limites da defesa da concorrência**. Lisboa: Almedina, [19-?].
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ATHAYDE, Austregesilo de. **Mestres de liberalismo**. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1951.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 35. ed. Porto Alegre: Globo, 1996.

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BORON, Atilio (org.). **Crisis y Regulación Estatal: Dilemas de Política en América Latina y Europa**. Buenos Aires: Grupo Editor Latino americano, 1986.
- BUSATO, Maria Isabel; PINTO, Eduardo Costa. **A nova geografia económica: uma perspectiva regulacionista**. Disponível em: <<http://www.mesteco.ufba.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.
- CADILHE, Miguel. **O sobrepeso do Estado em Portugal – uma proposta de reforma conceitual e administrativa**. Edição pessoal. [S.l.: s.n.], [19-?].
- CONFRARIA, João. **Regulação e concorrência – desafios do século XXI**. Lisboa: Universidade Católica, 2005
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- DAHL, Robert A. **La democracia – Una guía para los ciudadanos**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1999.
- DALTON, George. **Sistemas económicos e sociedade – capitalismo, comunismo e terceiro mundo**. Tradução de Álvaro de Figueiredo. Lisboa: Ulisseia, 1974.
- DELFAUD, Pierre. **Keynes e o keynesianismo**. Tradução de Isabel Araújo. Lisboa: Europa-América, 1977.
- DORNBUSCH, R. e HELMERS, F. Leslie C. H. **Economia aberta – instrumentos de política económica nos países em vias de desenvolvimento**. Tradução de Teresa Correia. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- DRUCK, Graça. A teoria da regulação transforma-se em “técnica de regulação” em tempos neoliberais? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 20, n. 57, [19-?].
- DUGUIT, Léon. **Os elementos do Estado**. Tradução de Eduardo Salgueiro, 2. ed. Lisboa: Editorial Inquérito, [19-?].
- DUNHAM, Barrows. **O homem contra o mito**. Tradução de F. Guimarães. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1966.
- EPICTETO. **El manual de Epictet**. Disponível em <<http://www.librodot.com>>. Acesso em 30 nov. 2006.
- ERHARD, Ludwig. **Bem-estar para todos**. Tradução de Ana de Freitas.

- Lisboa: Livraria Bertrand, [19-?].
- FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GOLFE, Osvaldo Luís. **A crise do Estado contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.rubedo.psc.br>>. Acesso em: 29 dez. 2006.
- GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo da regulação. **Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano**, v. 2. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.
- HAYEK, Friedrich A. **Los principios de un orden social liberal**. Trabalho apresentado no Encontro de Tóquio da Sociedade Mont Pelerin, 1966. Disponível em: <<http://www.hacer.org/pdf/Hayek07.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2006.
- HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Serafim da Silva Fontes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [19-?].
- IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1999.
- JOÃO XXIII. **Encíclica Mater et Magistra**. 3. ed. Tradução de Avelino Gonçalves. Lisboa: União Gráfica, 1961.
- JÚNIOR, Helder Q. Pinto. e SILVEIRA, Joyce Perin. **Elementos da regulação setorial e de defesa da concorrência: uma agenda de questões para o setor de energia**. Brasil: ANP – Agência Nacional do Petróleo, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- \_\_\_\_\_. Serviço público no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 7, jul./set., 2004.
- KAHN, Jacques. **Para compreender as crises monetárias**. Tradução de Ferananda Barão e Emília Neves. Lisboa: Editorial Estampa, 1977.
- KATZ, Frederico Jayme. **Globalização, trabalho e pobreza. Notas preliminares**. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2006.
- KOENING, Samuel. **Elementos de sociologia**. Tradução de Vera Borda.

- Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- LANCELOT, Alain. **As atitudes políticas**. Tradução de Pedro de Alcântara Figueira. 2. ed., Lisboa: Livraria Bertrand, 1974.
- LANGONI, Carlos Geraldo. **A economia da transformação**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.
- LASKI, Harold J. **Introdução à política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- LEWIS, W. Arthur. **Política econômica – a programação do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito – análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- LUCQUES, Claire. **A nova pobreza – ensaio sobre a fecundidade dos bens**. Tradução de Maria Pimenta de Sousa. Coimbra: Atlântida, 1974.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública centralizada e descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.
- MARCUSE, Herbert. **Razão e Revolução**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1978.
- MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**. Tradução de Afrânio Coutinho. 5. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. e MOREIRA, Vital. **A mão visível – mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. **Direito administrativo, globalização e neoliberalismo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a elaboração processual de norma. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 2, Belo Horizonte, 2003.
- MORENO, Eduardo Araya. **La construccion del Estado regulador y la relacion Estado – sociedade civil**, Disponível em: <<http://www.top.org.ar/Documentos/araya%20moreno,%20Eduardo%20-%20La%20construccion%20del%20Estado%20regulador.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2006.

MUNÓZ, Guillermo. Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no direito comparado. In: Carlos Ari Sunfeld (coord.), **Direito Administrativo Económico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NEIRA, César Carlos. **Entes reguladores de servicios – La defensa del usuario**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES, A. J. Avelãs. **A Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

PASQUINO, Gianfranco. **Curso de ciência política**. Tradução de Ana Sasseti da Mota. Lisboa: Principia, 2002.

PASSET, René. **L'illusion néo-libérale**. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2000.

\_\_\_\_\_. **A ilusão neoliberal – o homem é joguete ou actor da história?** Tradução de Manuela Torres, prefácio de Paulo Pedroso. 1<sup>a</sup>. ed. Portuguesa. Lisboa: Terramar, 2002.

PECI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 3, Belo Horizonte, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estado regulador y pacto democrático en América Latina. In: Atílio Boron (org.). **Crisis y Regulación Estatal: Dilemas de Política en América Latina y Europa**. Buenos Aires: Grupo Editor Latino americano, 1986.

PETRAS, James. **Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa**. Tradução de Ana Maria Ruediger Naumann, Celso Tumolo, Joseph Mark Rega e Mónica de Brito Velho Weirich. Blumenau: FURB, 1999.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI. In: Ruy de Albuquerque e António Menezes Cordeiro (coord.). **Regulação e concorrência – perspectivas e limites da defesa da concorrência**. Lisboa: Almedina, 2005.

- PORTA, Donatella Della. **Introdução à ciência política**. Tradução de Eduardo Saló. Lisboa: Estampa, 2003.
- PORTO, Maria Stela Grossi. **Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Sociologias, 2002, 4(8):152-171.
- PRÉLOT, Marcel. **A ciência política actual**. Tradução de Jonas Negalha. Lisboa: Livraria Bertrand, 1974.
- PROSDOCIMI, Diogo Oscar Borges. **Teoria e prática de uma regulação económica por resultados**. Disponível em: <<http://www.clad.org.ve/fulltext>>. Acesso em: 02 fev. 2007.
- PUNSET, Eduardo. **Adaptarse a la marea**. 5. ed. Madrid: Espasa, 2006.
- RIBEIRO, Sérgio. **O mercado comum, a integração e Portugal**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1976.
- RODRIGUES, J. G. **O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro – a formação dos magistrados no Brasil**. Porto Alegre: Sergio António Fabris, 2007.
- SADER, Emir. e GENTILI, Pablo. [orgs.] **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- SANTOS, Fernando Muniz. Globalização económica, Estado e Mercado. In: Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SEGRILLO, Angelo. Do neoliberalismo ao... **Revista Tempo**, n. 18, Rio de Janeiro, [19-?].
- SIMIONATTO, Ivete; PFEIFER, Mariana. Responsabilidade social das empresas: a contraface da sociedade civil e da cidadania. **Revista Virtual Textos & Contextos**, n. 5, v. 5, nov., 2006.
- SPOSATI, Aldaíza. Regulação social tardia: característica das políticas sociais latino-americanas na passagem entre o segundo e o terceiro milénio. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7, 2002, Lisboa. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044509.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2006.
- STIGLITZ, Joseph E. **Globalização – a grande desilusão**. Tradução de Maria Filomena Duarte. Lisboa: Terramar, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Económico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

- SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 3, Belo Horizonte, 2003.
- THÉRY, Henry. **Os grupos sociais: forças vivas?** Tradução de João Maia. São Paulo: Sampedro, [19-?].
- THOMAS, Henry. e THOMAS, Dana Lee. **Vidas de estadistas americanos.** Tradução de Brenno Silveira. Lisboa: Edição Livros do Brasil, [19-?].
- VEGA, Pedro de. Significado constitucional de la representación política. **Revista de Estudios Políticos**, n. 44, mar./abr., 1985.
- VIÑAS, Antoni Rovira. **El abuso de los derechos fundamentales.** Barcelona: Península, 1983.
- VIOLIN, Tarso Cabral. **Aspectos gerais das agências reguladoras no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2006.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

