

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO. UMA INCURSÃO PELO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

*NEW TRENDS IN
BRAZILIAN PUBLIC
LAW. AN INCURSION
INTO THE ECONOMIC
ADMINISTRATIVE
LAW.*

*André Felipe Canuto Coelho*¹
Professor do Programa de Pós-
graduação da Faculdade Damas

Resumo

As rápidas e profundas mudanças trazidas pela revolução científico-tecnológica, em especial pela revolução das comunicações, atuam no sentido de despir a administração pública das características burocráticas que assumiram nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do direito

administrativo gerado pela Revolução Francesa. Percebendo grande parte dessas mudanças, e rompendo, por conseguinte, com a dogmática jurídica inerente à modernidade, o direito administrativo econômico brasileiro – direito pluralista, direito negociado, direito mole, direito fluido – apresenta novas características em relação ao direito moderno: esposando a complexidade do real, ele se transforma em instrumento flexível de pilotagem e de regulação.

Palavras-chave: Direito administrativo econômico. Regulação. Economia.

Abstract

The fast and profound changes brought about by scientific and technological revolution, in particular the communications revolution, act to strip the government of bureaucratic features that assumed in countries of continental European legal tradition, in line with administrative law generated by the French Revolution. Reflecting many of these changes, and breaking therefore with the legal doctrine, Brazilian economic administrative law - pluralistic, negotiated, soft and fluid - presents new features compared to a modern law: agreeing with the complexity of the real thing, it becomes flexible instrument of managing and regulation.

Keywords: Economic administrative law. Regulation. Economics

¹ Recife – PE, Brasil,
afccbgp@hotmail.com

Introdução

O direito público no Brasil vem passando por grandes transformações, em especial quando se analisa a contemporânea regulação estatal da economia. Presenciamos um momento histórico em que concepções e preceitos antigos, embasados num modelo racional de direito centralizado e de uma administração hierarquizada não foram de todos abandonados, enquanto que ainda não sabemos com exatidão o que está por se fixar.

O acentuado progresso científico e tecnológico a partir do segundo pós-guerra, ao estabelecer laços mais estreitos entre os povos, possibilitou o contato com padrões de eficiência e competição mais rigorosos, levando a uma mudança no conceito de bens e serviços considerados essenciais.

A evolução tecnológica não trouxe apenas a formação de grandes comunidades unidas pelo comércio, pois

[...] com os contatos intensificados entre os povos e as economias, ressurge uma nova globalização; não mais a cultural, de origem grega, ou militar, do Império Romano, ou a religiosa, com o cristianismo, mas, agora, a econômica[...] (VILLELA SOUTO, 2002, p. 1)

A atuação estatal deu uma guinada, de produtor de bens para regulador de serviços de interesse geral², com

²“El servicio público, en su acepción tradicional, suponía una actividad que ha sido retenida por el Estado, excluida del mercado, asumida en cuanto a su titularidad aunque su gestión pudiera concederse. (...) Pues bien, ese modelo que hemos analizado y a partir del cual se han montado buena parte de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo en este pasado siglo, ese modelo, digo, es el modelo que, justamente, está en

consequências na legislação, na jurisprudência e na doutrina dos países, inclusive do Brasil.

Não podemos, no entanto, ocultar a existência do preconceito que ainda existe com a possibilidade da iniciativa privada atender ao interesse público, o que dificulta a evolução natural de toda essa marcha. Não são poucos os que ainda só admitem o regime de direito público fixado na supremacia do seu interesse em todas as atividades em que atue a administração. Ora, o potencial do Estado como instrumento de progresso e da transformação está

em refluxo, seus atos de supremacia se mostram incapazes de atrair satisfatoriamente o capital privado em substituição aos comprometidos recursos públicos. Por outro lado, abre-se um espaço de “consenso-negociação” que pode se transformar numa maneira de garantir uma maior colaboração entre a sociedade civil e o Estado. (MUSSETTI GROTTI, 2003, p. 648).

Tal transição, abalando alicerces de há muito solidificados no direito administrativo, precisa ser enfrentada para que se possa acompanhar a evolução dos fatos nos planos econômico e social (MARQUES NETO, 2000, p. 300-302.). Não é sem razão que procuraremos, ao desenvolvermos este trabalho, dissociar-nos dos preconceitos da doutrina administrativista clássica ao adotar novos conceitos e concepções fundadas na ordem jurídica vigente.

crisis. (...) Los servicios de interés general se refieren a las actividades, públicas o privadas, que cumplen misiones de interés general y están sometidas, por ello, a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, en medio ambiente, la protección de los consumidores, la igualdad social, la garantía de un común de bienestar.” (REBOLLO, 2003, pp. 102, 107).

1. Regulação e sociedade

O conceito de regulação surgiu ainda no século 18 nas ciências técnicas através da descoberta de novas fontes de energia, como a máquina a vapor de James Watt. A partir de meados do século passado, vem repercutindo sobremaneira nas ciências sociais com o desenvolvimento da teoria geral dos sistemas (CHEVALLIER, 2001, p. 828). Na verdade, na ideia de regulação está intrínseca a ideia de sistema³: a regulação pressupõe o ambiente sistêmico porquanto a lógica regulatória persegue o equilíbrio dentro do sistema regulado. A regulação abarcaria o conjunto de processos pelos quais os sistemas procuram anular o efeito de perturbações exteriores. Nesse sentido, o

poder público maneja os instrumentos regulatórios visando à manutenção e equilíbrio do sistema regulado e, eventualmente, a consecução de objetivos de interesse geral.

A maneira de raciocinar sistemicamente, que considera cada elemento da realidade social não isoladamente, mas através de relações de interdependência e de interação, impôs-se gradativamente em todas as ciências sociais, tornando a regulação um conceito-chave tanto na sociologia, a partir da sociologia de relações sociais e da sociologia das organizações, como na ciência econômica e na ciência política (CHEVALLIER, 2001, 829). Passa a regulação a figurar no centro das políticas públicas no momento em que se incentivam processos de negociação e de compromissos entre os atores (THOENIG, 1998, p. 36).

A regulação traz um novo modelo de Estado:

La reducción del papel del Estado productor y del

³A teoria da autopoiese, ao discutir os limites substantivos da regulação estatal, questiona a própria capacidade regulatória da lei diante da lógica do sistema econômico. Sobre isso ver Prosser (1999, pp. 209-213).

Estado financiador ha de compensarse con un aumento, nuevo sentido y mayor eficacia da la función reguladora del Estado en la actividad económica. Las tendencias actuales coinciden en el uso de la regulación como un instrumento al servicio del mercado [...] (ARÍÑO ORTIZ, 2002, p. 54)

Inspirado inicialmente em Hayek,⁴ para quem o mercado é o meio mais seguro e racional para se harmonizar a sociedade, o tema da regulação vai se tornar para o Estado democrático de direito

[...] le moyen de contrebalancer les effets de

l'internationalisation en mettant l'accent sur le rôle essentiel imparté à l'État en tant qu'instrument de maintien de la cohésion économique et sociale (CHEVALLIER, 2001, p. 829).

2. A regulação atual da economia como uma antimodernidade

Vamos adotar aqui o direito pós-moderno como uma antimodernidade na medida em que ele relativiza os valores da modernidade: razão, ordem, justiça e progresso⁵. A realidade do mundo contemporâneo é marcada por uma pluralidade de mecanismos de produção do direito e pela diversidade de articulação das normas jurídicas. Ora, o direito pós-moderno, ao tentar abarcar a complexidade⁶ do real, abandona

⁴Friedrich A. HAYEK, em seu Caminho da Servidão ainda em 1944, faz “um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.”, apud ANDERSON (1995, p. 09).

⁵Adotamos, parcialmente, a tese proposta por Jacques CHEVALLIER em seu Vers un droit post-moderne? (1998, p. 671).

⁶Complexidade que, para Michel Kerchove e François Ost (1992,

o mundo das certezas e, necessitando ser pragmático, rompe com a dogmática jurídica.

Esse pragmatismo manifesta-se primeiramente pela associação dos destinatários ao processo de elaboração das normas. A regulação repousa num direito negociado, que é fruto de uma deliberação coletiva. O pragmatismo leva também a se recorrer, ao invés de comandos jurídicos tradicionais, a técnicas mais flexíveis, demonstrando uma “*direction juridique autonome des conduites*” (AMSELEK, 1982, p. 291). Constata-se o desenvolvimento de

[...] formes progressives et graduées d’émergence du droit visant, par l’édiction de règles souples et flexibles, à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur auto-discipline, avant d’en arriver à l’énoncé des

normes contraignantes” (AUTIN, 1995, p. 43).

A regulação conduz assim a um direito mole (“soft law”), prescrito tendo em vista objetivos e recomendações, procurando antes dissuadir que reprimir. O pragmatismo leva também a um processo de adaptação permanente das normas: a regulação contemporânea implica que tendo em vista os resultados observados, dispositivos de correção sejam colocados em prática para proceder aos ajustes necessários. Ao mesmo tempo, necessário se torna a esse direito, como instrumental a objetivos de política pública, a intercomunicação, a permeabilidade com outros elementos da realidade social (ARAGÃO, 2002, *passim*).

De igual modo, utilizaremos o conceito de direito da regulação justamente como uma síntese das novas características que toma o direito administrativo econômico nas sociedades contemporâneas, caracterizado “par son adaptation au concret, son rappro-

p. 12), é reconhecida pela tríplice qualidade da incerteza, da recorrência e de dialética.

chement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir" (OST, 1996, p. 75). Procuraremos, por conseguinte, mostrar, nos tópicos que se seguem que o direito pós-moderno já se implantou no Brasil através da contemporânea intervenção estatal da economia. Para isso, passaremos pelas principais características desse novo direito da regulação, sem antes deixar claro que a ideia do surgimento de um direito pós-moderno deve ser manejado com prudência já que o direito de regulação não rompe com os cânones da dogmática jurídica moderna – e especialmente com a concepção clássica da normatividade (fundada na ideia de obrigação) e da juridicidade (que supõe a mediação estatal) (BÉCHILLON, 1999).

2.1. Pluralismo

O monismo está na base do direito dito moderno: a fonte exclusiva da

normatividade jurídica seria o Estado. As normas jurídicas formariam um conjunto coerente e integrado em que todos os elementos se encaixariam perfeitamente. Malgrado suas pretensões totalizantes e sua procura por exclusividade, a ordem estatal jamais condensou a integridade dos fenômenos jurídicos. Na verdade, o ordenamento estatal sempre se confrontou com normas que se formavam em outros lugares e que escapavam ao menos parcialmente à sua mediação. No entanto, essas brechas eram preenchidas permanentemente pela ação contínua da jurisprudência e da doutrina (CURAPP, 1993, apud CHEVALLIER, 2001, p. 673). Nas sociedades contemporâneas o que se observa é que:

Les foyers du droit se sont multipliés: dans un paysage normative "bouleversé, où les règles de droit semblent surgir de partout: à tout moment et en tout sens", l'État n'apparaît plus que comme un producteur de droit parmi d'autres; l'ordre juridique étatique

est pris en tenaille entre des ordres juridiques infra-étatiques, fondés sur des solidarités “partielles” ou “locales”, et des ordres juridiques supra-étatiques, nés de l’émergence de communautés plus larges, “régionales” (...) ou “mondiale” – mondialisation juridique répondant à la “mondialisation économique” (CHEVALLIER, 2001, p. 673).

Marques Neto (2000, p. 300-301), em recente palestra proferido sobre o direito das telecomunicações, espousa a necessidade do reconhecimento da multiplicidade das fontes e dos subsistemas jurídicos:

[...]impõe-se ressaltar – até por força deste impacto tecnológico e do desenvolvimento de setores da economia -, é importante que os operadores do Direito comecem a entender a necessidade de trabalhar com a existência de subsistemas jurídicos dentro do ordenamento jurídico. Essas parcelas do ordenamento jurídico são parcelas do ordenamento jurídico pautadas

por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas próprios a determinado setor. Sendo assim, não há como tratar do setor de telecomunicações com a concepção de instrumento jurídico de concessão e de permissão que temos da época das estradas-de-ferro.

[...]
Entender esta ideia de subsistemas jurídicos significa abdicar de alguns conceitos e pressupostos que nós adquirimos da tradicional teoria do Direito Público. É impossível e inútil tentar aplicar a setores da economia, como as telecomunicações, ferramentas do Direito Público do século passado.

E, aqui, faço um parêntesis para dizer que nisso a doutrina clássica brasileira e, principalmente, a doutrina administrativa brasileira não possuem o desprendimento de alguns doutrinadores estrangeiros, como Giannini, como Cassese, como Gordillo, para perceber este fenômeno. (Negritamos)

O pluralismo ganha especial espaço dentro do direito estatal, por meio da chamada administrativização da

regulação. Tal
administratização
encontra-se dentro da
reordenação funcional da
administração pública
motivada pela sua
preponderância no Estado
contemporâneo:

Difatti nel giro di pochi
decenni accade che quase
ogni attività umana trova
una corrispondenza in
una qualche pubblica
amministrazione: interessi
scientifici, religiosi o
culturali, così come
interessi economici,
produttivi o professionali,
finiscono coll'avere un
punto d'appoggio in un
qualche pubblico potere
legalmente riconosciuto
(GIANNINI, 1993, p. 49-
50).

Ao intentar
concretizar os objetivos
postos pela própria lei, a
administração pratica uma
série de funções: aplica
sanções, emite atos norma-
tivos, compõe conflitos,
celebra contratos, etc.
Englobam, na verdade, “um
variadíssimo conjunto de
medidas e providências

desenvolvimentistas e salu-
tistas, particularmente eviden-
tes no terreno da economia”
(COMPARATO, 1995, p. 81)
(...) É o advento do que
Canotilho denomina de
“teoria do Estado
administrativo”, em que
temos uma administração que
se passa por “defensor da
constituição e guardião dos
direitos fundamentais”
(CANOTILHO, 1999, p.
1265).

Uma das razões
para essa mudança foi a
inadequação da organização
clássica de poderes ao
dinamismo do Estado con-
temporâneo, muito mais
interessado em realizar
políticas públicas do que em
proclamar direitos e deveres.
Por outro lado, o legislativo
não é um poder capaz de
impulsionar a ação estatal na
concretização dos objetivos
governamentais
(COMPARATO, 1996, pp.
80,81).

A nova
apresentação dos poderes é
vista como uma exigência do
princípio da eficiência da
atuação estatal, de forma que
“o próprio conceito de

público se volta mais para controles de eficiência do que de legalidade da ações” (STEFANELLI, 1994, p. 64, apud ARAGÃO, 2003, p. 101).

Por outro lado, não queremos aqui dizer que com a administratização, em especial da atuação estatal na ordem econômica, a lei foi reduzida a um mero instrumento de disciplina das relações entre os agentes, apagando a garantia que lhe era intrínseca contra os ditames de um poder porventura autoritário. Muito pelo contrário, o que se está a pretender, como bem expressou o papa João Paulo II em sua encíclica “*Centesimus Annus*”, é que se crie um ambiente econômico que reconheça o potencial da criatividade humana no mundo da economia ao mesmo tempo em que se estabeleça um conjunto de condições capazes de orientar essa criatividade para o bem comum.

No Brasil, a privatização recente de importantes setores de infra-

estrutura representou um marco na transformação do papel do Estado. No lugar de protagonista na prestação daquelas atividades, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto que surgem as denominadas agências reguladoras independentes. Além das funções executivas e decisórias, praticamente todas as leis de organização das agências reguladoras atribuíram-lhes funções normativas de longo alcance. Consta-tamos, assim, não só uma maior administratização do Estado mas também uma fragmentação da própria regulação estatal. Sem entrar na polêmica que permeia toda discussão pertinente à atribuição de poder normativa às agências, o importante é verificar que embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência, transferindo-se quase que inteiramente a

competência para disciplinar determinadas questões.⁷

2.2. Instrumentalidade

Do ponto de vista do liberalismo econômico, o mercado é uma barreira ao Estado, uma zona livre de sua intervenção e, assim, um critério visível da liberdade individual. Nesse sentido não lhe cabia moldar a sociedade para a realização de objetivos públicos. Consolidou-se uma forte crença de que não havia espaço para uma ordem jurídica da economia, até porque toda intervenção estatal no mercado seria inócua ou mesmo nociva. O melhor a ser feito seria aceitar as leis de mercado, até porque as mesmas naturalmente levariam ao equilíbrio e à harmonia social.

⁷Para citar apenas um exemplo, a lei geral de telecomunicações (lei nº 9.472/97) confere poderes a ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público e privado (art. 19, VI e X).

Em contraposição a esse direito moderno que se formou na esteira do Estado liberal, “a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados”, ou melhor, sua legitimidade “passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente” (COMPARATO, 1997, pp. 350-351).

No Estado democrático de direito, as leis deixaram de expressar verdades universais, para passar a ser instrumentos da realização de políticas finalísticas:

It describes the transformation of a “government of laws in the sense of the “liberale Rechtsstaat” to the modern welfare state (“Sozialstaat”, “Etat providence”). It becomes a ruling principle of post-liberal society [...] Government takes over distributive and allocative functions. On the one hand, it is supposed to guarantee certain minimal

conditions of life to the socially weak disregarding their status in the labor market. On the other hand, it tries to correct the “blind working of market forces” by imposing political goals on the economy (REICH, 1988, p. 185).

As leis instituídas das agências reguladoras independentes brasileiras revelam-se exemplares nesse aspecto: o art. 3º, I, da lei nº 9.427/96 atribui à ANEEL a competência para “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos”; o *caput* do art. 19 da lei nº 9.472/97 estabelece que à ANATEL “compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras”; o art. 8º, I da lei nº 9.478/97 estipula que à ANP cabe “implementar [...] a política nacional de petróleo e gás natural (...) com ênfase na

garantia do suprimento de derivados de petróleo [...] e na proteção dos interesses dos consumidores [...]”.

Por sua vez, a instrumentalização das normas jurídicas trouxe a técnica como meio de aferição desses instrumentos em sua relação de adequação e realização dos fins (ARAGÃO, 2003, p. 24). Até então, a relação entre normas técnicas e normas jurídicas tinha sido composta, por exemplo, em termos de oposição dicotômica, e o elemento cardinal dessa oposição residia no binômio consensual/não obrigatória, inerente à normatividade técnica. À diferença da norma jurídica, a norma técnica não se impõe pela via da coerção; ela não tem aplicabilidade imediata, dependendo a mesma do acordo dos interessados sobre o seu conteúdo. Ora, não somente essas diferenças se desfizeram, mas também uma relação de

[...] imbrication, ou d’emboîtement conduit à une complémentarité croissante:

tandis que la juridicisation des standards techniques est indispensable pour leur donner leur plein effet, la technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité (CHEVALLIER, 2001, p. 679).

Na verdade, a norma jurídica tende a ser englobada numa problemática maior de regulação, que altera sua lógica: buscando assegurar a reprodução do equilíbrio social, a regulação supõe com efeito o recurso a uma panóplia de meios de ação, alguns jurídicos, outros não jurídicos. O direito aparece apenas como um instrumento ao serviço de políticas muito mais amplas. Isso é bem verdade no caso das nossas autoridades administrativas independentes: essas autoridades são dotadas de uma série de poderes jurídicos que contrastam com as tipologias clássicas. Mas esses poderes são colocados a serviço de uma função mais global de

regulação setorial, que passa por meios mais informais de influência e de persuasão.

2.3. Flexibilidade

O direito de regulação, tendo em vista a complexidade do mundo contemporâneo, vem se pautando muito mais por princípios, programas e objetivos genéricos (ARAGÃO, 2003, p. 85). Não é sem razão que suas normas são flexíveis, são cláusulas gerais, apresentando um elevado grau de discricionariedade técnica por força do alto grau de tecnização e especialização das suas normas, sempre variáveis segundo a conjuntura sócio-econômica diante da qual são aplicadas (MONCADA, 1998, pp. 56-57).⁸

⁸A lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional e institui a Agência Nacional do Petróleo estabelece uma série de objetivos gerais

O que ocorre é que com o desenvolvimento do direito pós-moderno se assiste à emergência de uma concepção bem diferente do direito, marcado pelo refluxo dos elementos de coerção e de unilateralidade. Os comandos jurídicos tradicionais são substituídos por técnicas mais flexíveis, demonstrando uma direção jurídica não autoritária das condutas: os textos indicam os objetivos que seriam desejados, fixam as diretivas desejadas, mas sem dar a eles força obrigatória. Se há norma, ela não mais possui caráter imperativo e sua aplicação depende, não mais da submissão, mas da adesão dos destinatários. Esse direito mole, ou fluido, é formulado sob a forma de objetivos, diretivas, recomendações, perdendo sua precisão. Não somente os termos vagos se multiplicam, tais como carta

como: preservar o interesse nacional; promover o desenvolvimento; promover o desenvolvimento; ampliar a competitividade do país; utilizar fontes alternativas de energia; dentre outros.

ou parceria, mas ainda a formulação sob a forma de princípios ou de padrões cria uma zona de incerteza e de indeterminação. Com falta de uma pré-determinação, a significação dos enunciados jurídicos dependerá numa larga medida da interpretação que lhe será dada, especialmente pelo juiz, cujo papel de “co-determination”, e mesmo de “sur-determination” se robustece (ITMSIT, 1999, p. 375).

2.4. Adaptabilidade

Importa ainda frisar que a relação de adaptação entre os meios da contemporânea regulação da economia (regras legais, regulamentares e eventualmente até mesmo contratuais) e os fins (normas programáticas, políticas públicas, princípios gerais, etc.) é dinâmica, devendo haver um processo de contínuo ajuste daqueles visando, em cada momento, à melhor realização destes.

Na concepção moderna do direito, o

problema de sua adaptação não era sequer cogitado: como encarnação da verdade, da razão, da justiça, seus fundamentos não eram jamais colocados em dúvida. Meio de racionalização da vida social, ele estaria investido de uma eficácia como princípio. Primeiramente, o direito de regulação tem assegurado uma legitimidade de início, associada a seus atributos intrínsecos: sua legitimidade depende de sua aptidão em produzir determinados efeitos econômicos e sociais. Uma legitimidade fundada na regularidade dos procedimentos postos em ação é substituída por uma legitimidade fundada na eficácia das ações empreendidas. O direito passa a ser um instrumento, uma técnica operacional ou ainda uma técnica de gestão, que não tem valor em si mesma, mas somente em função dos resultados que ela permite obter: a eficácia se torna a condição de sua legitimidade (AMSELEK, 1982, p. 287). A instrumentalização do direito, consecutiva ao surgimento do Estado providência, teve

então um efeito duradouro. Investido de uma racionalidade técnico-econômica que lhe é intrínseca, o direito é desde então submetido a uma obrigação permanente de adaptação: enquanto que o direito moderno era dotado de uma relativa estabilidade, o direito pós-moderno aparece como um direito transitório, que não vai hesitar em se adaptar às circunstâncias.

A onda de procedimentos de avaliação responde a essa inquietação pela adaptabilidade, diretamente associada, segundo Morand (1988, p. 527). ao surgimento do “droit interventionniste” do Estado providência, direito concebido como um instrumento de realização de políticas públicas. Ora, a avaliação de uma política implica necessariamente uma reflexão sobre a efetividade da legislação que a concretizou. Desde o instante em que a avaliação excede as considerações tradicionais relativas à legitimidade da legislação com relação a certos valores, ou à validade de sua edição em relação às

normas em vigor, haveria um processo de ajuste que conduziria todo direito a uma ideia de experimentação, que por sua vez permite integrar plenamente a avaliação ao ciclo de produção do direito.⁹ Não é sem razão que o aparecimento em muitos países de leis experimentais colocou em questão da concepção tradicional da lei¹⁰.

⁹Consoante o pensamento de Antoine Jeammaud e Edouard Serverin (1992, p. 47).

¹⁰“L’expérimentation législative suppose la réunion de quatre conditions: qu’un terme soit fixé; que ce terme figure dans le texte même; qu’une évaluation des effets soit prévue; que la pérennisation du dispositif soit subordonné à l’adoption d’une nouvelle loi. Ainsi, le législateur procède-t-il par tâtonnement en remettant en chantier son ouvrage. On peut aller plus loin encore dans cette integration de l’évaluation au processus décisionnel, en en faisant la condition explicite du maintien ou de la disparition d’une législation: c’est le cas au États-Unis des Sunset laws, c’est-à-dire des lois instituées pour un délai déterminé et qui tombent automatiquement à l’expiration de ce délai – la prorogation étant subordonnée à une procédure d’évaluation.

2.5. Permeabilidade

Não há no mundo contemporâneo conhecimentos estanques, muito pelo contrário, há um crescente especialização e interdependência. Isto porque a especialização necessita de outras áreas do conhecimento para que o saber especializado não fique isolado e sem aplicabilidade. Ora, o direito, ao pretender impor padrões de comportamento para toda a sociedade e para todas as espécies de atividades humanas, não poderia fugir à regra. Nesse sentido, quanto mais o direito conhecer aquela atividade econômica que quer regular, mais provavelmente realizará uma regulação eficiente (ARAGÃO, 2001, p. 92).

Ripert ainda na primeira metade do século XX anunciava:

L’exigence d’adaptation est dès lors inscrite au coeur de la production juridique.” (CHEVALLIER, 2001, p. 681).

Tal divórcio seria deplorável a meu ver. Os juristas não saberiam aplicar, nem interpretar as regras de direito se não conhecessem a economia (...). O ensino do direito ficaria seco, reconduzindo-se à escola de exegese (...). Desde que a economia política foi ensinada nas Faculdades de Direito, o estudo do direito [...] têm sido vivificados.

[...]

As regras jurídicas, diz PIROU, formam o primeiro elemento do quadro da vida econômica”. Não se poderia estudar a produção e a repartição das riquezas e parar nas fronteiras das terras interditas : a lei e o contrato . **“O direito, diz L. BAUDIN, é uma cristalização da economia”** (Negritamos) (RIPERT, 1947, pp. 12-13).

A questão da análise econômica do direito ganha corpo: ela fornece ao jurista um método destinado a lhe permitir repensar as funções das instituições jurídicas. Está relacionado a uma visão dinâmica do direito, englobado sua historicidade e preten-dendo seu aperfeiçoamento, em oposição ao sistema estático que se

fecha nele mesmo. O método da análise econômica do direito vale primeiro como descrição da realidade, pois busca um quadro de análise para compreender as finalidades e a evolução do sistema jurídico e ainda ambiciona provocar mudanças legislativas caso haja uma adequação entre os modelos e a realidade. Ela tem três finalidades: crítica (predizer quais serão os efeitos não esperados de uma lei), normativos (determinar qual legislação deveria ser adotada) e preditiva (predizer qual legislação será adotada). A análise econômica do direito procede na verdade de um individualismo metodológico: ela repousa no postulado do comportamento racional do homem na sociedade, ao qual a norma jurídica impõe, na persecução de seus objetivos, constrições e custos. Pode tratar-se de uma norma de proibição, de prescrição ou de evitar

tal ou qual comportamento.

Assentimos, ante o exposto, com as lições de Teubner (1989, pp. 187-188):

Uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do direito onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros factores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que a conduta proibida não apenas é escolhida mas também é tida como opção correta).

(...)os juristas não deveriam hesitar em aceitar o que lhes é oferecido pelas análises econômicas do direito, utilizando-as para os seus próprios fins regulatórios.

Até o final da década de 1980, Bobbio dedicou-se a refletir sobre as relações entre o direito e a economia, especialmente no que concerne à função incentivadora do Estado. Para ele, o direito e a economia permaneceram durante muito tempo distan-

ciados em virtude de razões históricas e ideológicas, tendo havido uma mudança do foco do interesse dos juristas nas últimas décadas em razão do desenvolvimento da sociologia do direito.¹¹

Para o mestre italiano, direito e economia deveriam estar sempre unidos, pois em qualquer grupo social o sistema normativo nunca se limitou a reprimir as condutas que lhe eram contrárias ou a impedir

¹¹O primeiro texto de Norberto Bobbio sobre a Análise Funcional do Direito, *The Promotion of Action in the Modern State*, foi publicado na obra coletiva organizada por G. HUGES, *Essays in Legal Philosophy*, New York University Press, 1969. Ainda em 1969 ele publicou *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memória di Tullio Ascarelli*. Em 1976, na obra coletiva organizada por G. R. CARRIÓ, *Derecho, Filosofia y Lenguaje, homenaje a Ambrosio L. Gioja*, publicou o importante *Hacia una teoría funcional Del derecho*. Em 1977 foi publicada a 1ª edição do livro *Dalla Struttura alla funzione, nuovi studi di teoria Del diritto*, que reúne os ensaios anteriores de Bobbio sobre o tema, com uma 2ª edição revista em 1984.

a eclosão de conflitos e buscar a sua composição no caso deles já terem se instalados. A ordem jurídica sempre se preocupou com a escassez dos recursos disponíveis. O que teria retardado essa concepção foi a concepção privatista da economia e a concepção negativista do direito. Para a concepção privatista da economia, a distribuição dos bens ocorre na esfera das relações entre pessoas ou grupos empresariais, cabendo ao direito a tarefa de apenas facilitar essas relações, garantindo a segurança das mesmas e impedindo condutas fraudulentas. Nesse sentido é que a concepção negativa do Estado foi moldada: ele não deveria ter ingerência nas relações econômicas, bastando-lhe manter a ordem através de normas coercitivas (JANSEN, 2003, pp. 11-14).

A doutrina de Jhering (1953, p. 132, apud JANSEN, 2003, p. 13) é bem expressiva dessa ideologia: a esfera da atividade econômica, propelida pela recompensa, é claramente

diferenciada a atividade política, impelida sanção. Essa visão reproduz a distinção hegliana entre sociedade civil e Estado, que, para Bobbio, atenta para a separação entre a ordem econômica e a ordem política, entre condição de burguês e condição de cidadão.

Ainda para Bobbio, não poderia ter ficado o direito fechado em si mesmo, sem perceber as reações dos fatos econômicos às normas jurídicas e assim renunciando ao seu poder regulatório. Nesta senda, Teubner sustenta que:

Se o direito, mesmo em domínios limitados, abandona a sua pretensão de regular o meio envolvente social e se limita a oferecer uma regulação opcional que poderá ser ou não utilizada consoante a vontade dos destinatários, então está afinal a apostar numa evolução cega do subsistema regulado (TEUBNER. 1989, p. 189).

Percebemos, por conseguinte, que a interação do direito com a economia é imprescindível para que a regulação possa realmente ser um instrumento efetivo de política pública. Até porque, se assim não fosse, as normas jurídicas dificilmente alcançariam seus fins, inadequadas que estariam ao dinamismo e complexidade da realidade econômico-social. Ao observar o meio e as circunstâncias a serem reguladas, o direito tem condições de adotar as medidas aptas a alcançar os fins desejados.

O imbricamento entre o direito e a economia já é uma realidade em nosso direito administrativo econômico como bem prenunciam os seguintes textos normativos: deve-se buscar o aproveitamento ótimo dos recursos hidrelétricos (art. 3º, III, lei nº 9.427/96); serão adotadas medidas que promovam a diversidade e a competição dos diversos

serviços de telecomunicações (art. 2º, III, lei nº 9.472/97); buscar-se-ão as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo e do gás natural (art. 8º, IX, lei nº 9.478/97). Observamos que essas normas trouxeram para a regulação estatal:

[...] elementos próprios da economia, elementos que constituem objetivos atributivos de uma ampla margem de apreciação de índole, não apenas política, mas também marcadamente técnica, aos órgãos e entidades reguladores incumbidos da sua persecução. Esta espécie de normas propicia, então, a penetração no direito de noções exógenas, próprias de outros subsistemas sociais, em especial da economia (ARAGÃO, 2003, p. 95).

2.6. Negociação, consensualização

O direito moderno é dotado de uma autoridade que lhe permitia

obter obediência e conseguir a adesão dos seus destinatários. Seus fundamentos não entravam em discussão. No entanto, a crise da razão jurídica comprometeu essa eficácia normativa: a força da regra de direito não mais provém unicamente do fato dela se anunciar como uma ordem obrigatória, à qual todos devem se submeter; ele começa a depender cada vez mais do consenso que a cerca. Tal consenso supõe que os destinatários façam parte de sua elaboração: a concertação prévia, a participação na definição da regra se torna a garantia de seu fundamento. O direito pós-moderno se torna assim um direito negociado, que é fruto de uma deliberação coletiva. A uma legitimidade intrínseca, fundada na representação do direito como encarnação da razão, sucede uma legitimidade procedimental, atestada pelo seu modo de elaboração. Os sujeitos são convidados a participar da definição das normas às quais se submetem: o direito tende a

se tornar uma espécie de técnica de co-gestão de condutas, produto de um diálogo permanente entre governantes e governados (CHEVALLIER, 2001, p. 675).

Devemos ter sempre como norte os objetivos do Estado democrático de direito consignados nas leis e, sobretudo, na Constituição. Muitas vezes esses objetivos podem ser melhor alcançados de forma consensual do que coercitiva, não fazendo sentido que a Administração tenha sempre que necessariamente optar por mecanismos regulatórios verticais, não tão eficientes e mais gravosos para os interesses envolvidos. Noutras palavras, o que deve guiar a administração pública é a satisfação dos interesses sob sua tutela através do menor ônus possível aos agentes econômicos.

Nessa perspectiva a concepção tradicional da irrenunciabilidade dos poderes da administração pública deve ser matizada com os princípios da

eficiência e da proporcionalidade. A mera previsão legal da possibilidade da administração atuar coercitivamente não impede que, deixando de agir impositivamente, adote medidas em comum acordo com os sujeitos envolvidos, desde que os valores em jogo sejam atendidos pelo menos com o mesmo grau de satisfação com que o seriam de forma coercitiva.

Nessa senda, hoje se torna cada vez mais importante o princípio de participação, que intenta trazer os administrados à definição das regras de organização e de funcionamento dos serviços públicos (MUSSETTI GROTTI, 2003, p. 648).

É o caso da lei nº 9.472/97 que introduziu a exigência de consulta pública das minutas dos atos normativos a serem expedidos pela ANATEL (art. 42), gerando a necessidade de realização de um procedimento administrativo normativo; criou a figura do ouvidor (art. 45) com a finalidade de tecer

e divulgar amplamente apreciações críticas sobre a atuação da Agência, bem como um Conselho Consultivo, que representa a participação institucionalizada da sociedade (art. 33). Em igual sentido, a lei nº 10.233/01, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, determina em seu art. 68, *caput* que

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

No âmbito da administração portuária, a lei nº 8.630/93, disciplinadora do regime jurídico da exploração dos portos, prevê a representatividade dos usuários dos serviços e afins no Conselho de Autoridade Portuária (art. 31, VI), participando com um voto nas deliberações desse Conselho.

Tais normas trazem para a administração pública brasileira não apenas a uniformização de sua atuação, mas abrem as possibilidades para um maior controle dos administrados e para um debate democrático transparente, envolvendo os sujeitos a serem atingidos por suas decisões.

Estamos numa época em que:

[...] o pluralismo político, econômico e social da sociedade contemporânea está por lhe devolver a prerrogativa de decidir sobre qualquer que seja o seu interesse, até mesmo o interesse público, que deixa de ser monopólio do Estado para ser compartilhado por crescente número de entidades intermédias [...] (MOREIRA NETO, 1999, pp. 51-52).

Como fruto dessa mudança das relações na sociedade, os meios alternativos de solução de litígios através da mediação, da conciliação e da

arbitragem têm se propagado, em especial nos setores de infra-estrutura recentemente privatizados. A lei nº 9.427/96 atribui à ANEEL a tarefa de “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (art. 3º, V). A lei geral de telecomunicações (lei nº 9.472/97) estabelece que o contrato de concessão indicará o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais (art. 93, XV). A lei nº 9.478/97, que instituiu a Agência Nacional de Petróleo, prevê, na solução de conflitos, ênfase na conciliação e arbitramento (art. 20).

Todos esses instrumentos querem mostrar que a tarefa desse novo regulador não é a de se impor aos regulados, mas de convencer, persuadir, levar as partes a uma solução possível. Ainda mais porque em muitas das situações colocados para

o regulador, não existe apenas uma única solução justa, devendo quase sempre haver uma composição, uma transação, uma arbitragem entre os interesses contrapostos. O desejável é que a decisão seja, em princípio, aceita pelas partes, o que será facilitado quando a autoridade reguladora, com o passar do tempo adquirir a maturidade e experiência necessárias para cumprir a sua missão (ARIÑO ORTIZ, 1999, pp. 598-599).

Font y Llovet (2003, p. 382) assim se posiciona acerca da administração pública consensual:

En definitiva, asistimos a unas importantes transformaciones, actuales o potenciales, de algunas de las instituciones más características del Derecho administrativo desde su formación en la Francia post-revolucionaria: el del mantenimiento de una potestad reglamentaria en manos del gobierno y la articulación de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Así como asistimos a la modulación de la actuación unilateral,

de imperium o prerrogativa, por medio de la actuación convencional.

Si es cierto, como dijera Duguit frente a Hauriou, que el derecho debe ocuparse antes de los fines que de los medios, habremos de aceptar que no es una anomalía la transformación de los medios tradicionales de actuación de la Administración pública, a través de la participación y el consenso, si ello es necesario para conseguir la finalidad constitucional de servir con objetividad los intereses generales.

Conclusão

Ao estudarmos o direito administrativo brasileiro, em particular em sua vertente econômica, e perscrutando as relações entre o direito e a economia, percebemos o quanto as concepções tradicionais das teorias do direito público e do Estado estão dissociadas da atual atuação estatal.

As rápidas e profundas mudanças trazidas pela revolução científico-tecnológica, e em seu bojo, pela revolução das comunicações, atuam no

sentido de despir a administração pública das características burocráticas que assumiram nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do direito administrativo gerado pela Revolução Francesa. Até porque as redes que se formaram ao longo do globo entre estes diversos interesses parciais de organização da sociedade, propiciadas pelos avanços comunicacionais verificados, abalaram a presunção de o Estado poder, de per si, fazer as suas regras de conduta terem os efeitos sociais desejados.

Permeável a todas essas mudanças e rompendo, por conseguinte, com a dogmática jurídica inerente à modernidade, o direito administrativo econômico brasileiro – direito pluralista, direito negociado, direito mole, direito fluido – apresenta novas características em relação ao direito moderno: esposando a complexidade do real, ele se transforma em instrumento flexível de pilotagem e de regulação.

Referências

AMSELEK, Paul. L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales. In: *Revue du droit public*. Paris: LGDJ, n. 02, 1982.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: E. SADER (org.). Pós-neoliberalismo. As políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, n.11, 2002.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo. In: *Revista de direito público da economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 4, out./dez. 2003.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comres, 1999.

_____. *Economía y Estado. El Estado productor (de las nacionalizaciones a las privatizaciones). El Estado regulador (del monopolio a la competencia)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

AUTIN, Jean. L'usage de la régulation en droit public. In: M. MIAILLE (org.). *La régulation entre droit et politique*. Paris: L'Hartmattan, 1995.

BÉCHILLON, Daniel. *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité*. Paris: PUF, 1999.

BOBBIO, Norberto. The Promotion of Action in the Modern State. In: G. HUGES (org.). *Essays in Legal Philosophy*. New York: University Press, 1969.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARCASSONE, Guy et alli. *Transformaciones del derecho pú-*

blico. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Fragments de derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. In: *Revue du droit public*. Paris: LGDJ, n. 03, mai-juin 1998.

_____. La régulation juridique en question. In: *Droit et Société*. Paris: LGDJ, n. 49, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: R. A. L. CAMARGO.

Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997.

FONT y LLOVET, Tomás. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: D. F. MOREIRA NETO. *Una evaluación de las tendencias contemporáneas del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, v. 1, 1993.

JANSEN, Letércio. *Introdução à economia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JEAMMAUD, Antoine.; SERVERIN, Edouard. *Évaluer le droit*. Paris: LGDJ, 1992, p. 47.

KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit et les paradoxes du jeu*. Paris: PUF, 1992.

LAUBADÈRE, André de. *Droit public économique*. Paris: Dalloz, 1976.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e Anatel. In: Carlos Ari SUNDFELD (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. In: *Revista de direito público da economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan.-mar./2003, p. 71.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 12.

MORAND, Charles Albert. Le droit de l'État providence. In: *Révue du droit suisse*, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado. São Paulo: IBDC, Celso Bastos Editor, 1999.

_____. A globalização e o direito administrativo. In: D. F. MOREIRA NETO. *Una evaluación de las tendencias contemporáneas del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. A Participação popular e a consensualidade na administração pública. In: D. F. Moreira Neto. *Una evaluación de las tendencias del dere-*

cho administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OST, François. Le rôle du droit: de la vérité révélée à la réalité négociée. In: TIMSIT, Gérard; CLAISSE, A.; BELLOUBET-FRIER, N. (org.). *Les administrations qui changent*. Paris: PUF, 1996.

PROSSER, Tony. The modern law review limited. Oxford: Blackwell, 1999.

REBOLLO, Luís Martín. Servicios públicos y servicios de interés general. In: D. Moreira Neto, F. Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 102, 107.

REICH, Norbert. Economic state interventionism. *Annals of the II Euskal Mundubiltzarra. Ekonomiaren herri- alorreko Zuzenbideari Buruzko Biltzarra*. Bilbao: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen-zerbitzu Nagusia, 1988.

RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 187-188.

THOENIG, Jean. L'usage analytique du concept de de regulation. In: Jacques COMAILLE; Bruno JOBERT (org.). *Les métamorphoses de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998.

TIMSIT, Gérard Les deux corps du droit: essai sur la notion de régulation. In: *Revue française d'administration*

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