

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LEGITIMADOR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ESTATAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AS A LEGITIMIZING FACTOR TO APPLICATION OF THE STATES SUBSIDIARY PRINCIPLE ON BRAZILIANS DEMOCRATIC STATE OF LAW: RELEVANT ASPECTS

Israel Batista França Junior

Resumo

O presente artigo aborda a recente mudança no modo de atuação do Estado contemporâneo no exercício e no controle das suas ínsitas atividades, notadamente na execução de serviços públicos. Discorre-se sobre o Estado Democrático de Direito e quanto ao aspecto fulcral do princípio da legalidade a legitimar o emprego do princípio da subsidiariedade estatal como meio de efetivar os direitos fundamentais prescritos na Constituição, seja nos planos formal e material. Uma vez que se torna relevante avaliar como aperfeiçoa a utilização do princípio da legalidade em uma administração pública voltada para o exercício de um Estado subsidiário social e eficiente, de viés regulador, no qual a regulamentação das matérias inerentes às mais diversas áreas se faz por meio de resoluções e outros diplomas infralegais que não a lei em sentido formal, sob o prisma da tecnicidade e da excelência. Diante do que se questiona: no Estado regulador, o indivíduo pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de ato normativo diverso de lei? Assim, na presente análise, de cunho bibliográfico, foram examinados alguns aspectos considerados relevantes para o emprego das normas utilizadas pelo Poder Público para regular as atividades adstritas ao seu exercício e que são executadas pela iniciativa privada.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Legalidade, Estado subsidiário.

Abstract/Resumen/Résumé

The present article deals with the recent change in mode of operation of the contemporary State in the exercise and control of their inherent activities, notably in the implementation of public services. Discourses on the Democratic State of Law and regarding the central aspect of the principle of legality to legitimise the use of the principle of subsidiary state as a means to accomplish the fundamental rights laid down in the Constitution, as it is in the formal and material plans. Once that becomes relevant assess how enhances the use of the principle of legality in a public administration pointing to the exercise of a social and subsidiary State, of regulator bias, where the regulation of the matter inherent to the most distinct areas is done by the means of resolutions and other ordinary diplomas that is not the law in formal sense, under the prism of technicality and excellence. Given what is questioned: the regulatory state, the individual may be required to do or not do something because of diverse normative

act of law? Therefore, in the present analysis, of bibliographic character, it has been examined some relevant aspects to the application of the rules used by the Public Power to regulate the activities linked to its exercise and that are executed by the private initiative.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state of law, Legality, Subsidiary state.

INTRODUÇÃO

O presente artigo examina o modo de atuação do Estado contemporâneo brasileiro, notadamente na forma de exercer e de controlar a execução dos serviços ditos como públicos, porém efetivados pelo setor privado, principalmente, após a Constituição Federal de 1988 e as alterações promovidas em 1995, quando foi introduzida no contexto nacional a possibilidade de criação das agências reguladoras, instituições há muito implantadas nos mais diversos países capitalistas.

Nesse sentido, será realizado um exame sobre a atuação do Estado democrático e social brasileiro, especialmente quanto ao emprego dos princípios da subsidiariedade e da legalidade pela Administração Pública, tendo como ápice a segurança ao cumprimento dos direitos e garantias fundamentais prescritas na Carta da República, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, diante dessa perspectiva, faz-se uma demonstração da trajetória da noção de Estado até a atual fase Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional. Enfatizar-se-á a relevância dos princípios constitucionais na relação entre a Administração Pública e o indivíduo/cidadão. A seguir, verificar-se-á como esse novo modelo de atuação estatal, denominado Estado subsidiário, encontra legitimação para seu exercício, exatamente, no princípio da legalidade, para executar os serviços afetos à sua atuação, por intermédio da iniciativa privada, desta feita, no molde Estado regulador.

Ante a situação fática, investiga-se a respeito do princípio da legalidade que sempre foi o legitimador de toda a atividade estatal, examinando acerca da sua força normativa formal e material. E mais, no Estado regulador o indivíduo pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de ato normativo diverso de lei?

Todavia, convém observar que no novo modelo de atuação estatal a legalidade vem sofrendo mitigações, em consequência à elaboração de normas, quando necessária de análise sob a ótica da tecnicidade da matéria a ser normatizada. Verificar-se-á o abrandamento do princípio da legalidade, inclusive a legitimar que o Poder Público cumpra sua função social, que atenda ao cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Não mais com supedâneo no princípio da legalidade estrita, mas com base no princípio da legalidade relativa, exatamente, para regular as relações entre a sociedade e os prestadores dos serviços públicos sob o regime de direito privado.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ASPECTOS FUNDANTES

Na perspectiva de que a sociedade moderna é fruto de seu próprio dinamismo nas mais diversas áreas, de sua capacidade de se reinventar a cada momento, numa modernização reflexiva¹, muitos foram os modelos de atuação estatal ao longo da história, seja na ordem social, política ou econômica.

Isso se verifica no estudo dos modelos de estados ocidentais, sob o prisma da trajetória histórica do constitucionalismo, desde o antigo na Grécia, onde a organização política (politeia) já era exercida pela sociedade por meio de deliberações em assembleias, em Roma, onde já se vislumbrava a limitação do poder político em favor de algumas liberdades dos governados, na Idade Média, com a fragmentação das instituições (igreja, os reis, os senhores feudais, cidades etc.), o surgimento do pluralismo político e perda do monopólio do uso da força, da produção de normas e de prestação jurisdicional, bem como as ideias absolutistas de modelo capitalista. Tudo isso, veio antecipar o surgimento do constitucionalismo moderno, baseado na limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual, como resultado de movimentos históricos, a exemplo da ascensão da burguesia, fim da unidade religiosa na Europa e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas atreladas ao Iluminismo (SOUZA NETO, 2013, pp. 68-70).

Nessa perspectiva, o Estado de direito se consolida após a Revolução Francesa, por conseguinte, a divisão dos poderes e a proteção aos direitos individuais, passando ao Estado de direito tradicional com as constituições normativas até a metade do século XX. Sendo possível identificar nos últimos quinhentos anos três modelos institucionais: Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito (BARROSO, 2013, p. 265). Nesse constitucionalismo contemporâneo, vislumbra-se a crescente constitucionalização do Estado, do Direito, da política, com a valorização do indivíduo e a efetivação do Estado social. Com isso, percebe-se que o Estado firmou o compromisso entre o emprego do liberalismo capitalista e o intervencionismo estatal (BULOS, 2007, p. 22).

¹ Na “modernização reflexiva” ocorre a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. “O sujeito dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental”. Na modernização simples ou ortodoxa ocorre a desincorporação e, em seguida a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais. Na reflexiva, primeiro ocorre a desincorporação do modelo posto e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 12).

Insta aqui mencionar Marcelo Neves (2013, pp. 74-75), para quem há uma relação entre a Constituição moderna, enquanto subsistema do direito, com a sociedade como sistema social mais abrangente. Ainda, acrescenta que, com a institucionalização dos direitos fundamentais, “a Constituição reconhece a supercomplexidade da sociedade, a dissolução de critérios de orientação das expectativas relativos à totalidade do social e, portanto, a inexistência de um sistema social supremo”, em que os direitos fundamentais na Constituição moderna, subsistema do direito positivo, procura responder às reclamações do seu ambiente, pelo emprego da comunicação (e da personalidade), consoante diversos códigos diferenciados.

Desse modo, ao Estado de direito incumbe o dever de promover o bem-estar social com a inclusão dos direitos fundamentais, determinados na Carta Maior. E mesmo que se diga que tais normas tenham natureza de programaticidade, abstratividade, fragilidade quanto a eficácia e juridicidade, as normas programáticas vinculam comportamentos públicos futuros, através de premissas formalmente estabelecidas pelo constituinte a atrelar a ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regular determinada ordem de relações (BONAVIDES, 2013, pp. 254-255).

Assevera Marcelo Neves (2013, p. 37), numa crítica à criação de normas, que o Estado-Legislator para manter-se merecedor da confiança dos cidadãos insatisfeitos, perante determinados acontecimentos ou problemas sociais emergentes, normatiza tais situações sem que tal regulamentação contribua para a solução dos respectivos problemas, servindo essa atividade legiferante como álibi do legislador ante a população exigente de resposta estatal.

Todavia, o modelo de Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional, ora defendido é aquele que se manifesta não como Estado liberal mero expectador das atividades sociais e econômicas da sociedade, mas um Estado Pluriclassas ou Democrático de Direito, distribuidor de recursos objetivando o bem-estar social com a assunção de novas tarefas na busca de maior igualdade social. Não significando um modo de ‘ser’ do Estado, mas uma maneira de ‘atuar’ do Poder Público. Essa maneira de atuar, por diversos motivos, passou-se a operar por meio de um Estado Regulador não de forma piramidal e hierárquica, mas em forma de rede com centros de poder relativamente autônomos, sob os quais gravitam entidades internacionais, supranacionais e transnacionais, comunidades locais e instituições da sociedade civil, assim como entes regulatórios, delegatórios de serviços públicos (ARAGÃO, 2013, pp. 40-51).

2 O ASPECTO FULCRAL E VINCULANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, pp. 282-285), superada as fases teóricas do Direito em que os princípios, pelo seu alto grau de generalidade, abstração e indeterminação, eram considerados normas programáticas, sem juridicidade. No positivismo jurídico os princípios constitucionais passaram a ser inseridos nos códigos jurídicos adquirindo dignidade de norma jurídica, de modo que o atual texto constitucional na sua abertura expressa os chamados princípios estruturantes ou princípios fundamentais, quanto à forma e à estrutura do Estado e do governo (arts. 1º a 4º, da CF/88).

No dizer de Luís Roberto Barroso (2013, p. 228),

No tocante ao *conteúdo*, o vocábulo ‘princípio’ identifica as normas que expressam *decisões políticas fundamentais* – República, Estado, democracia de direito, Federação -, *valores* a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade – ou *fins políticos* a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se a direitos individuais como a interesses coletivos. (Grifo do Autor).

Assim, no Estado Constitucional de Direito, até as normas de caráter sócio-ideológico, as quais recentemente não passavam de princípios programáticos, passaram a ser consideradas como verdadeiros direitos e garantias sociais das constituições². E ainda que não venham explicitados na ordem jurídica positivada, diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 79), é fora de dúvida que a positivação de um princípio é sempre benéfica e desejável, pela eficácia irradiante que causa, abertura sistêmica de elevado cunho didático-pedagógico, conferindo maior importância, nitidez e otimização aos valores e aos fins que portam e apontam.

Ademais, no atual estágio do constitucionalismo os direitos fundamentais agem como parâmetros para organização e limitação dos poderes constituídos, vinculando a atividade legislativa, a prestação jurisdicional e a atuação da Administração Pública no seu sentido mais amplo, incluindo não só as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de

² Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva que hoje a orientação doutrinária moderna é no sentido de que se reconheça a eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas constitucionais, mesmo as de caráter sócio-ideológico, às quais até pouco tempo não passavam de princípios programáticos. Porém, torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais nas constituições (SILVA, 2002, p. 88).

direito privado que disponham de poderes públicos ao tratar com particulares, sob pena de nulidade dos seus atos (FERNANDES, 2013, pp. 339-340).

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, quando da análise da questão da infidelidade partidária, no MS nº 26604/DF, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, asseverou textualmente [...] “6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional” [...]”³. Além disso, o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, deixa evidente a força normativa dos princípios por ela adotados⁴.

Ademais, Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 149), evidencia que a Administração em sentido amplo se vincula aos direitos fundamentais, tornando nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos, somente podendo interpretar e aplicar as leis segundo os tais direitos, não devendo empregar a atividade discricionária para desrespeitar os limites que acenam os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, assevera Gilmar Ferreira Mendes (2012, pp. 116-120) que os direitos fundamentais foram concebidos como garantias ou direitos subjetivos públicos do cidadão para com o Estado, disso conclui-se que os Poderes e os exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos que consagram os direitos e garantias fundamentais. Não deixando dúvida quanto à vinculação da atividade jurisdicional e legislativa do Poder Executivo, bem como sua influência nas relações privadas.

Nessa esteira, os Tribunais Superiores têm se manifestado claramente que a Administração Pública submete-se, nos atos que pratica, seja qual for a natureza, ao princípio da legalidade, bem como a dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil⁵.

Diante desse contexto, indubitavelmente os princípios estabelecidos na Carta da República exercem fulcral importância para o poder legiferante, para todo meio jurídico

³ Ver decisão no MS nº 26604/DF – STF – Tribunal Pleno. Relatora Ministra Carmem Lúcia. DJ 04 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

⁴ Assim dispõe o § 2º, do art. 5º, da CF/88: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁵ Ver nesse sentido: RE nº 359444/RJ – STF – Tribunal Pleno - Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 24 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 jan. 2015; REsp nº 976.836/RS - STJ – Primeira Turma - Rel. Min. Luiz Fux. DJ 25 ago. 2010. Do qual se transcreve a seguinte passagem: [...] **31.** O Princípio da Legalidade, consubstancial ao Estado de Direito, exige que a atividade administrativa, notadamente no que concerne à imposição de obrigações e sanções em razão de eventual descumprimento, se dê ao abrigo da lei, [...]. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 jan. 2015; REsp nº 769.878/MG – STJ – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 06 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

nacional, em especial, para o poder Executante, que passa a ter o dever de boa atuação (BARROSO, 2013, p. 267).

2.1 O princípio da legalidade como legitimador dos atos administrativos regulatórios

Percebe-se, no primeiro momento, que o princípio da legalidade veio afastar a arbitrariedade dos administradores, com o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional, no qual os direitos fundamentais passaram a ser positivados. De tal modo, os princípios fundamentais consagram direitos subjetivos ao cidadão em face da Administração (índole negativa), como também de índole objetiva, para que esta promova prestações de índole positivas. No primeiro caso, direito de defesa e de proteção de institutos jurídicos. No segundo, garantias positivas do exercício das liberdades, direito às prestações positivas do Estado criar mecanismos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados, direito à organização e ao procedimento, por meio de medidas estatais e de órgãos a ordenar a fruição desses direitos, como a proibição de proteção insuficiente, pelo que o Estado se obriga a proteger tais direitos de qualquer indivíduo frente a terceiros (MENDES, 2012, pp. 468-477).

Isso tem contribuído para uma nova construção teórica do Direito Administrativo, na qual o cidadão/destinatário das políticas administrativas passa a parte na tomada de decisões. Na lição de Rafael Da Cás Maffini (2010, p. 133) “no Estado Democrático de Direito contemporâneo, defluiu a noção jurídica que vem sendo denominada de *administração pública dialógica*”. Segundo ele, busca-se impor como condição para a atuação administrativa um prévio diálogo efetivo e verdadeiro com todos aqueles que serão atingidos em suas esferas de direito pela atuação estatal. Isso com supedâneo nos princípios constitucionais do devido processo e do contraditório e ampla defesa, assegurados aos destinatários, quando sofrerem restrições nas suas esferas de direitos.

Na análise de um Estado Constitucional, o princípio da legalidade vem assumindo novos contornos, passando a ser compreendido não como mera vinculação positiva à lei formal para conter também preceitos valorativos e éticos, sujeitando a atividade administrativa à observância dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição, que

passam a ser vetores indicativos e interpretativos para a concretização daquela atividade (MEDAUAR, 2003, p. 146).

Destaque-se nessa passagem que recentemente a doutrina jusadministrativa tem se reportado ao princípio da juridicidade, no sentido de que a Administração Pública se sujeita, não só a legalidade e sentido estrito, mas a todo o ordenamento jurídico, no que se incluem as diversas normas infraconstitucionais, bem como aos seus próprios atos normativos. Nessa linha de pensar, ensina Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva (1998, pp. 84-85), nestes termos:

[...] quer se utilize a expressão princípio da juridicidade, que se continue a falar em princípio da legalidade (como o faz o legislador nacional), o que há que ter presente é que se está perante uma noção positiva de legalidade, enquanto modo de realização do direito pela Administração, e não apenas como limite de actuação administrativa, e que por lei se entende não apenas a lei formal, mas também o Direito.

Nessa esteira, Fabrício Motta (2010, p. 223) adverte que em decorrência da vinculação direta da Administração à Constituição, dimensionamento da normatividade dos princípios constitucionais, substituindo-se a lei pela Constituição, a qual passa a incidir como norma direta e imediatamente habilitadora de competências normativas e como critério orientador das decisões administrativas.

Este autor tece as seguintes considerações sobre o princípio da legalidade: a) a Administração não pode atuar inteiramente livre, mas vinculada pelo ordenamento jurídico; b) essa vinculação de estar diretamente à Constituição, sem intermediação legislativa, quando não exigida pela própria Constituição; c) não basta uma simples norma atribuindo competência ou autorização, pois o conteúdo material do princípio da legalidade exige atuação conjunta dos demais princípios do ordenamento jurídico; e d) o princípio da legalidade não encerra na reserva legal, sendo esta apenas uma de suas grandezas.

Em razão da constitucionalização do direito administrativo, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, pp. 189-194) que várias causas têm provocado mudanças na lei, em razão dos princípios do Estado Social de Direito, a saber: a) fortalecimento do contrato, dos sujeitos privados e do direito privado frente à lei, ao Estado e ao direito público, a exemplo do surgimento de novas modalidades de gestão privada; b) participação da sociedade no processo de elaboração legislativa, embora ainda informal e prática, mesmo no caso das agências reguladoras; c) dessacralização da lei proveniente da própria crise do Parlamento, visto não mais como legítimo representante da vontade geral do povo; d) minimização da lei, vazia de conteúdo e, no caso concreto, a tomada de decisão é feita pela Administração, compensada

pela ampliação da legalidade que ganhou conteúdo material com os princípios de aplicação obrigatória; e) perda de eficácia da lei, face a impunidade em casos de terrorismo e corrupção.

Ademais disso, cita outras causas internas ao ordenamento jurídico como: a) o crescimento do direito internacional e do direito comunitário, o que não acontece no direito brasileiro; b) a Constituição considerada como norma jurídica, ficando a lei em segundo plano; c) substituição da legalidade pela constitucionalidade e aumento de abrangência da Constituição e diminuição do âmbito da lei; d) impacto sobre o controle pelos tribunais constitucionais, ficando a lei sob suspeita; e) ampliação do conteúdo e efeitos das sentenças, com a interpretação conforme a Constituição ou inconstitucionalidade por omissão; f) administrativização da lei por meio de normas editadas pela Administração, com noções quadros, *standards*, imprecisas e com lacunas; g) administrativização do processo de elaboração de lei, com participação da sociedade através de consulta, o que pode gerar atuação de grupos de pressão, retirando o caráter de generalidade da lei; h) pluralismo das fontes de produção do direito, a exemplo da infraestatal, por meio de autoregulamentação e a supraestatal, oriunda de organismos internacionais.

Acrescenta ainda a constitucionalização dos princípios com sentido de legalidade a limitar a discricionariedade administrativa, reconhecimento das normas constitucionais como normas efetivas e os chamados conceitos jurídicos indeterminados de interpretação, passível de interpretação judiciais diversas em favor da Administração Pública.

Volvendo a atenção para a Constituição de 1988, nota-se que consagrou expressamente um vasto rol de direitos fundamentais e sociais, definidos estes como norma de eficácia plena e aplicação imediata, surgindo assim a obrigatoriedade da Administração Pública efetivar esforços no sentido de concretizá-los, até porque já propugna pelo direito a boa administração pública⁶ ou mesmo a um Estado do bem-estar⁷.

Assim, a partir do momento em que o Estado passa à condição de garantidor dos direitos fundamentais, o cidadão pode exigir o cumprimento desses deveres com excelência e qualidade. E, se por diversos motivos não tem condições de prestar os serviços públicos de qualidade individualmente, o deve por meio da iniciativa privada, no modelo de Estado

⁶ A Carta de Direitos Fundamentais da União europeia, assim dispõe no art. 41: “Artigo 41. O Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 09 jan. 2015.

⁷ O princípio do bem-estar reconhece constitucionalmente a existência de uma multiplicidade de necessidades coletivas cuja satisfação se torna vinculada ao Estado para fornecê-las. Ou seja, a Constituição torna certas obrigações do Estado em contrapartidas diretas à realização ou efetivação dos direitos fundamentais – os direitos econômicos, sociais e culturais, tornando os particulares titulares de posições jurídicas ativas e o Estado em sujeição passiva (OTERO, 1998, p. 16).

Regulador, posto que esse modelo de gestão se apresente como o mais adequado a atender eficientemente às exigências sociais.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PARA EFETIVAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo da premissa de que a própria finalidade do Estado é a realização do bem comum, o Estado deve envidar esforços, no sentido de realizar, por todos os meios possíveis, a concretização do bem comum a toda sociedade, cada dia mais exigente em seus reclamos. Todavia, o Estado não atendendo as novas funções que lhe são atribuídas, ou mesmo sem condições econômicas de cumprir tais compromissos, por meios próprios, acompanhando a tendência das grandes potências mundiais, passa-se a um novo modelo de atuação estatal, com fulcro no princípio da subsidiariedade⁸.

Muito embora não conste no atual texto constitucional expressamente o princípio da subsidiariedade, percebe-se em vários dos seus dispositivos, que este integra, por exemplo, o modelo federalista brasileiro de descentralização política, ao repartir a organização político-administrativa a União, Estados-membros e Municípios (art. 18, da CF/88). Do mesmo modo, ao repartir as competências de legislar entre tais entes federados, a depender do “interesse em jogo”, se geral de toda a sociedade e do Estado compete à União (art. 21 e 22), se ultrapassa o

⁸ Para exemplificar o Tratado da União Europeia. Logo no preâmbulo faz referência ao princípio da subsidiariedade: “RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade.”. Grifamos. No mesmo diploma, consta a seguinte previsão: “*Artigo 5.º* (ex-artigo 5.º do TCE) 1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. [...] 3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo. [...] As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”. Grifamos. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:PT:PDF>>. Acesso em: 07 dez. 2013. Além disso, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: “*Artigo 51.º* 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados”. Grifamos. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:PT:PDF>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

interesse local, mas não chega a ser geral, compete aos Estados (art. 25) e municipal quando o interesse for restrito à localidade (arts. 29 a 31)⁹. Observando ainda, os casos de interesses comuns aos entes federados, de competência comum (art. 23) ou mesmo de competência concorrente (art. 24), as vedações postas no artigo 19, as possibilidades de intervenções da União e dos Estados, estabelecidas nos artigos 34 e 35, respectivamente.

Além disso, essa mesma carga de subsidiariedade verifica-se quando da análise da relação entre os poderes público e privado, com a possibilidade de co-participação da sociedade nos assuntos afetos ao Estado, como a saúde (arts. 197 e 198, III), a assistência social (art. 204, I), a educação (art. 205 e 206, III), a cultura (art. 216, § 1º), o meio ambiente (art. 225), a criança e o adolescente (art. 227, § 1º) e, principalmente, quanto a ordem econômica (arts. 170 e 173)¹⁰. Nesse ponto, merece destaque a ordem para os entes federativos, quanto ao tratamento favorecido a ser dispensado às empresas de pequeno porte (art. 170, IX, CF/88).

O princípio em questão fica mais evidente na atual Constituição da República, sobretudo, quando determina que o Estado somente intervenha na economia excepcionalmente, a exemplo do que ocorreu em 2005, quando o Supremo Tribunal Federal analisou a questão de importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul, que foi objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, em face da Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil, o que gerou a ADPF nº 101/DF, na qual o STF consignou que, em decorrência da afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em nome da subsidiariedade, são válidos os atos normativos proibitivos de importação de pneus usados¹¹.

Sobre os direitos sociais e fundamentais Maria José Añon Roig (2010, p. 69) esclarece que:

Precisamente, em el estado democrático tanto los derechos sociales como los demás derechos fundamentales desempeñan un papel importante em el equilibrio de las posiciones de los sujetos implicados em el complejo proceso de decisión de la política em um sistema pluralista. La continuidad axiológica y estructural de todos los derechos pone sobre el tapete la afirmación de que los derechos sociales no sólo son compatibles de la democracia, sino que son un componente esencial de los valores fundamenales de la misma, no habiendo pues razones de peso para su

⁹Ver nessa linha ver artigo de Paulo Geraldo de Oliveira Medina, com o título *O Princípio da Subsidiariedade*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16086>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁰ Nesse aspecto se posicionou Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo, no artigo intitulado *O Princípio da Subsidiariedade: as origens e algumas manifestações*. Disponível em <<http://gi.fd.ul.pt/biblioteca/revista>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹¹ ADPF nº 101/DF – STF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carmem Lúcia. DJ 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

postergación o falta de consideración como tales. Antes al contrario, las exigencias morales que incorporan son tan fuertes que tienen la pretensión de ser reconocidas como derechos subjetivos frente a los poderes públicos y privados, puesto que lo que hace de algo um derecho son las razones especialmente fuertes para que algo sea jurídicamente protegido.

No magistério de Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 311) “[...] a leitura mais recorrente e atual sobre o tema, é aquela que afirma que, os ‘direitos fundamentais’ e os ‘direitos humanos’ se separariam apenas pelo plano de sua positivação”. Nesse aspecto, estes exigíveis no plano do Direito Internacional seriam positivados nos instrumentos normativos internacionais e aqueles estabelecidos no plano interno do Estado, estariam positivados em normas protegidas e positivadas pelo direito constitucional.

Vê-se, pois, como ensina Luís Roberto Barroso (2013, p. 82) que a partir do momento em que os princípios constitucionais passaram a condicionar a própria leitura e hermenêutica constitucional, quando os direitos fundamentais, notadamente, a dignidade da pessoa humana passou à dimensão de princípio transcendental e normativo, a Constituição tornou-se o centro de todo sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade. A Constituição Federal consigna expressamente no art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito.

Joaquim Falcão (2011, pp. 22-23) explica que a aplicação da subsidiariedade consiste na identificação de níveis escalonados de ação, posto que na sociedade existem grupamentos de proporções diversas, cada um responsável pela execução de tarefas, com variados graus de complexidade. O indivíduo não é capaz de atender todas as suas necessidades para uma existência com dignidade, razão pela qual a ele se sobrepõe famílias, comunidades, Estados, organismos internacionais e até blocos econômicos. Isso, tendo em vista ser a sociedade uma sucessão de níveis organizacionais, a partir do indivíduo, família, associações civis, até a esfera estatal, com competência para buscar satisfazer os interesses mais gerais. Em consequência, cabe ao ente maior assumir essa atividade, quando constatar que existe dificuldade de o ente menor realizar tal tarefa.

Assevera ainda, sendo a satisfação da dignidade da pessoa humana consagrada na Carta Federal de 1988, como fundamento absoluto, (art. 1º, inciso III), esta reforça e torna a finalidade última da subsidiariedade, na medida em que, reconhecido como guardião da dignidade da pessoa humana, é erigido, ele também, ao rol de princípios da mais alta relevância, posto que é injusto subtrair do indivíduo a possibilidade de atingir suas finalidades básicas por seus próprios esforços, sendo indissociável da natureza humana e como forma de garantir a dignidade da pessoa humana enquanto membro da sociedade. E mais, diante do

pluralismo social, o Estado deve se dirigir a todos os grupos sociais, primeiro reconhecendo-os, depois atendendo a todos, com eficiência no desempenho das atividades, por meio da subsidiariedade, dando a cada grupo condições de atender, por si mesmos, às próprias necessidades.

No magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 97), “o princípio da subsidiariedade informa todo o Direito Público, mas, de maneira especial, a articulação das atribuições administrativas afetas ao Estado e a distribuição delas entre seus respectivos entes e órgãos”. Acrescenta ainda que, muito embora, a efetiva aplicação desse princípio, de natureza substantiva na esfera da administração pública, seja ainda incipiente no Brasil, mesmo diante da disposição federativa, tende a se aperfeiçoar à medida em que se desenvolvam novos conceitos de descentralização e de coordenação de esforços, envolvendo a tradicional atividade imperativa como é enfaticamente a moderna atividade consensual do Estado.

Evidentemente, como ensina (SOUTO, 2002, pp. 32-33), o que se propõe em atendimento ao princípio da subsidiariedade é um Estado focado na execução somente daquilo que for essencial, transferindo funções que podem ser exercidas com maior eficiência pela iniciativa privada ou por meio do regime de direito público, ambas submetidas à regulação estatal.

Sobre a aplicação da subsidiariedade no Estado do bem-estar Paulo Otero (1998, p. 24) enfatiza de modo elucidativo:

Com efeito, se é certo que cláusula constitucional de bem-estar ou do Estado social envolve por o Estado a responsabilidade e a obrigação de fectivar a justiça social e de garantir que todos tenham um mínimo de qualidade de vida inerente à dignidade da pessoa humana, a verdade é que isto não significa necessariamente que tenha de ser apenas o Estado a realizar esse objectivo, excluindo até eventualmente, a sociedade civil. Desde que concretize o fim do bem-estar, pode dizer-se que estão abertos todos os caminhos, incluindo um modelo assente na subsidiariedade da intervenção econômica directa do Estado.

Assim, no Estado Democrático de Direito, no qual a Administração Pública prima por atender aos anseios dos grupos sociais, com efetividade e a busca do melhor resultado com menor custo, o princípio da subsidiariedade vem se firmando como supedâneo ao modelo de Estado menos interventor nas atividades em que a sociedade civil pode resolver, e intervindo quando verificar a insuficiência dos grupos sociais no desempenho das suas atividades, principalmente, se envolver o cumprimento dos deveres e garantias fundamentais, para tanto, surgiu um novo modelo de atuação estatal – Estado Regulador subsidiário.

Todavia, essa política de implantação de modelo regulador não tem recebido do Estado brasileiro a devida importância, porquanto o Planalto deixa de preencher os cargos mais importantes nas Agências Nacionais, muitas delas sem a indicação dos nomes definitivos para presidência, algumas estão sendo dirigidas interinamente, a exemplo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e Agência Nacional de Águas (ANA), numa demonstração de descompasso e compromisso com a efetivação desse modelo de regulação.

3.1 Modalidades de transferências de funções do Estado no modelo regulador

Com o surgimento do Estado-Regulador, em razão da mudança no próprio conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado do bem-estar, quando não promoveu o bem de todos com qualidade e a custo que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade, decorreu a descentralização de funções públicas para os particulares (SOUTO, 2002, pp. 31-32).

Porém, o conceito de regulação deve ser alargado, na medida em que a coordenação pública da economia abrange a pública e a privada, ou seja, o objeto da regulação pública é a atividade privada e as próprias empresas públicas, *lato sensu* (MOREIRA, 1997, p. 39).

Por outro lado, muito embora a presença desse modelo de Estado no debate jurídico brasileiro seja recente, o uso normativo da palavra já constou no texto da Carta Federal de 1988, no art. 174, caput, ao atribuir ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, não impôs aplicabilidade imediata, por parte dos aplicadores e autores jurídicos, o que veio a ocorrer com a onda de criação das agências reguladoras em 1995, pelas emendas constitucionais nº 08 e 09, para os setores de petróleo e de telecomunicações, tornando-se a regulação um lugar-comum jurídico (SUNDFELD, 2014, p. 98).

Essa retirada da presença do Estado das atividades constitucionalmente reservadas à iniciativa privada, com o fito de que ela atue com mais eficiência se perfaz pela desestatização, gênero do qual são espécies: a privatização, concessão, permissão, terceirização e gestão associada de funções públicas. Ou, ainda, pela desregulamentação que é a redução dos quantitativos de normas que limitam a atividade econômica por meio da desburocratização e regulação, através da qual se atribui competência legal, dentro de um

marco previamente determinado, a órgãos independentes como as agências reguladoras, as quais promovem a normalização, a mediação e a arbitragem nos conflitos de interesses entre o Poder Público e a empresa particular, entre estes e os usuários dos serviços públicos e demais titulares de interesses difusos (SOUTO, 2003, p. 147).

Consequentemente, o conceito de serviço público assume outra formatação no direito administrativo contemporâneo. Às vezes como atributo do Estado, em face do poder estatal de regular, ou como direito do próprio indivíduo, justificado pela regulação que protege esses direitos. Ademais, a divisão de serviços públicos em direito público e privado não atende aos preceitos de Estado regulador, atividades de direito privado, estranhas à noção desses serviços passaram a ter regime jurídico muito semelhante, a exemplo dos bancos e seguros, nas quais o Estado reforça a atuação como regulador (SUNDFELD, 2014, pp. 119-120).

Indubitavelmente o Estado, no modelo aqui defendido, que atenda ao compromisso constitucional assumido de buscar atender ao bem comum. É que legitima o Estado a definir quais atividades e meio deverão ser atribuídos a cada nível de sociedade e os meios pelos quais empregará para cumprir esse compromisso social.

3.2 No Estado regulador ocorre a deslegalização?

Na doutrina brasileira, há quem defenda que o poder normativo das agências reguladoras se assemelha a deslegalização¹². Nessa mesma linha a lição da Odete Medauar (2003, pp. 250-251), assevera que:

A deslegalização, também denominada deslegificação, vem ocupando, em escala significativa, a doutrina e a legislação italianas a partir de 1990. Por isso, grande parte da literatura da matéria tem autoria italiana. [...] Aventa-se também um sentido mais amplo de deslegalização, para abranger tanto as reservas de matérias para a fonte regulamentar, quanto a atribuição de poderes normativos a entes territoriais ou agências reguladoras (denominadas na Europa de autoridades independentes).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 34) conceitua deslegalização, como sendo uma modalidade anômala de *transferência sem delegação*, pela qual as casas legislativas cedem certa capacidade normativa, geralmente de natureza técnica, em que elas se excluem da função de criar certas normas legais, para que outros entes públicos ou privados, exerçam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, de acordo com a competência implícita no caput do art. 48 da Carta Federal.

¹² Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Alexandre Santos Aragão.

Ensina Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 424) que “o poder regulamentar é um poder administrativo limitado e circunscrito ao exercício de sua função normativa, subordinando-se aos limites da competência executiva”. Ademais disso, não se eleva ao patamar do Poder Legislativo, de criar, tampouco alterar, extinguir direitos e obrigações, ou mesmo adiar ou suspender a execução de leis, exatamente, por sujeitar-se ao império da legalidade.

Nesse aspecto, não é possível aceitar norma reguladora que venha de encontro às garantias do cidadão, a possibilitar a retirada do direito à prestação do serviço público, de não ter direito à melhoria das condições de prestação dos serviços públicos, direito à manutenção das condições de prestação desses serviços, sob pena de ferir aos princípios da dignidade da pessoa humana, da adaptação e da vedação ao retrocesso. Ademais disso, os direitos fundamentais dos usuários devem estar previstos no marco regulatório e nas garantias do usuário, em havendo alteração da obrigação do concessionário concomitante deve ocorrer o reequilíbrio econômico-financeiro (art. 9º, § 4º, Lei nº 8.987/95), podendo ocorrer a suspensão do serviço em razão do inadimplemento do usuário, quando o serviço público em causa facultativo, podendo satisfazer sua necessidade por outros meios, consoante posicionamento majoritário da jurisprudência¹³ (ARAGÃO, pp. 505-530).

Sobre o tema Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 50-51) leciona que:

[...] não parece razoável sustentar que uma norma regulatória possa revogar uma lei, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista material; a lei pode traçar um novo marco regulatório que permita que os padrões técnicos e financeiros considerados na norma legal anterior sejam substituídos por novos padrões instituídos pela norma regulatória; trata-se, apenas, de modificação do conteúdo interno da norma (ou em outras palavras, do insumo); o centro de decisão política, no entanto, não sai do legislador, para o regulador, sob pena de subverter-se o princípio democrático, afastando a legitimidade da ação administrativa em favor da instituição da tecnocracia na Administração Pública. [...]

Já Henrique Ribeiro Cardoso (2013, p. 29), leciona que “[...] é da tradição jurídica nacional a vedação à delegação de poderes normativos ao Executivo [...]”. E mais, o poder normativo das agências reguladoras não decorre de delegação legislativa, pois é atribuição própria do Poder Executivo, seja pela Administração Pública Direta e Indireta, incluídas as

¹³ No STJ várias são as decisões no sentido de que o corte do fornecimento de energia elétrica, pode ocorrer na hipótese de inadimplência do consumidor, podendo a concessionária promover o corte, sob pena de restar abalada a equação econômica-financeira da concessão, nesse sentido AgRg na SLS 1459/PB, REsp 313606/AL; em outras oportunidades tem decidido inadmissível a suspensão de serviços públicos quanto afetar direito fundamental, como a saúde ou integridade física, no REsp 1245812/RS e no REsp nº 1101937/RS; igualmente, a suspensão do serviço por inadimplência de unidades públicas: hospitais, pronto-socorros, escolas, creches, etc. no AgRg nos EREsp 1003667/RS, REsp 900064/RS, AgRg na SLS 1175/CE, EREsp845982/RJ, dentre tantos.

agências reguladoras. No entanto, observa que as agências não legislam, mas normatizam os setores que lhe foram legalmente encarregados de promover a regulação.

Vê-se, pois, respeitando as posições contrárias, com fundamentos nas lições acima, que se mostra mais condizente à não aceitação da deslegalização no modelo de Estado Regulador, eis que “[...] a norma reguladora nada cria; apenas explicita, na forma e limites autorizados em lei, os conceitos necessários à sua implementação” (SOUTO, 2002, p. 52).

3.3 Regulação: privatizar para regular e não desregular

No caso brasileiro as privatizações vieram juntamente com a tentativa de reforma administrativa e de desestatização da economia, identificada esta na ideia de privatização¹⁴, porém, “desestatizar é, obviamente, muito mais do que privatizar empresas públicas ou controlar sua expansão” ensina Helio Beltrão (2002, p. 119). Tendo em vista que a garantia de expansão da livre iniciativa deve observar a redução da excessiva regulamentação.

Nesse ponto, insta mencionar os ensinamentos de Vital Moreira (1997, p. 38), que adverte: “[...] existe por via de regra uma relação inversa entre a actividade econômica do Estado e a sua actividade regulatória. Em princípio, quanto maior for aquela menor tem de ser esta”. Acrescenta que reduzir o papel do Estado produtor e prestador de serviços, sobretudo serviços públicos, implica geralmente em mais regulação. Para exemplificar, a privatização pode conduzir a aplicação de esquemas regulatórios que a anterior propriedade pública se permitia dispensar, posto que a propriedade e a gestão pública dispensam regulação.

Este autor segue a doutrina que enumera, quanto à finalidade, as modalidades de regulação econômica (tradicional) e ‘regulação social’ (moderna). A primeira tem como prioridade regular a entrada na atividade, mercados e preços, quantidade e natureza dos produtos etc. A segunda visa finalidades exteriores à atividade econômica como a proteção ao meio ambiente, segurança e outros interesses dos consumidores. E mais, quanto aos organismos reguladores em regulação estadual, na qual a titularidade da regulação cabe ao

¹⁴ No Brasil foram criadas 10 agências reguladoras federais: Agência Nacional de energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional de Petróleo Gás e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Águas (Ana); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Cinema (Ancine); Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Além disso, deve-se mencionar que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), foram estruturados identicamente às agências reguladoras. Ademais, outras agências reguladoras foram criadas em âmbito de vários estados da federação.

Estado e outros membros da Administração ou a auto-regulação¹⁵, na qual os próprios membros da sociedade procuram regular voluntariamente suas relações econômicas ou associativas, numa perspectiva de cooperativismo, com características semelhantes ao modelo de regulação estatal pública.

Ressalte-se que hodiernamente é crescente esse modelo de mediação de conflitos, como vem acontecendo em outras áreas, a exemplo da mediação e composição de conflitos nas mais diversas áreas do direito a exemplo da esfera cível e até penal¹⁶, em que as partes procuram resolver seus conflitos e encontrar justiça fora do formalismo e da burocracia dos procedimentos e processos no Poder Judiciário¹⁷.

CONCLUSÃO

Este ensaio demonstrou que o Estado brasileiro, diante das constantes mudanças sociais, culturais e, principalmente, econômicas, vem se amoldando com a implantação de um Estado com viés subsidiário, atrelado ao princípio da legalidade e fundamentado pelos princípios e valores de um Estado Democrático de Direito.

Nesse modelo de Estado, inaugurado com a Constituição de 1988, os princípios fundamentais passaram a nortear os propósitos e o modo de atuar da própria Administração Pública, com diversas possibilidades de intervenção, com o fito de assegurar ao consumidor/cidadão os seus direitos, como uma boa prestação de serviços públicos.

Averiguou-se que o paradigma do Estado constitucional é intervir na Ordem Econômica, como medida política necessária à garantia de prestação dos serviços, que anteriormente estava sob sua responsabilidade ou outros que possam surgir, mas que por diversos motivos podem ser executados por particulares com eficiência, sob a supervisão do Estado regulador.

¹⁵ A auto-regulação apresenta três traços característicos: primeiro, é uma maneira e espécie de regulação e não falta dela. Segundo, é um modelo de regulação coletiva com organização e imposição de regras e disciplinas aos seus membros. Terceiro, é um modelo de regulação não estadual. Nesse tipo de regulação os a regulação é feita pelos próprios regulados, ou seja, os regulados são, também, reguladores de suas atividades, por meio de organizações sociais ou representativas da cada setor econômico, social ou profissional, como associações ou câmaras profissionais, de trabalhadores, patronais, empresariais (setorial ou em âmbito territorial, por exemplo câmaras do comércio, indústria e agricultura, consórcios de proprietários rurais). Exemplifica com um vasto estudo sobre as modalidades dessas organizações instituídas nos mais diversos países da Europa como a Alemanha, França, Itália, Espanha, Áustria, Holanda, Grã-Bretanha e Portugal (MOREIRA, 1997, pp. 54-59 e 203-294).

¹⁶ Esse tema foi abordado em diversos artigos na obra de SILVA, Luciana Machado Gonçalves, et al (Org.).

Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁷ O Judiciário brasileiro introduziu nos Tribunais a possibilidade de mediação, através da Resolução nº 125/10.

Desse modo, examinou-se que a regulação surgiu como a forma de intervenção do Estado na esfera econômica, por meio das funções de fiscalização, planejamento e incentivos fiscais, determinado a alcançar os fins colimados no texto constitucional de justiça social ampla, valorização do trabalho, da livre iniciativa e dignidade da pessoa humana. Todavia, não impede que, em nome do princípio da subsidiariedade, seja possível o poder estatal repartir as atribuições entre o Estado e a sociedade, intervindo aquele quando esta não tiver capacidade ou meios suficientes ou eficientes de cumprir suas atividades, sem abdicar de suas prerrogativas ou do poder de regulamentação.

A temática abordada nesse sentido, nos leva a uma reflexão necessária na defesa de uma sociedade mais engajada em um processo de regulamentação, tanto na defesa de um modelo que responda aos anseios sociais garantidos no plexo de valores estabelecidos no texto constitucional, bem como que busque ferramentas de auto-regulação de suas atividades econômicas e sociais.

Restou patente que no Estado Democrático de Direito há uma vinculação à persecução do bem-estar social pelo Estado, por conta da força normativa dos princípios fundamentais constitucionalmente previstos, em consequência, o princípio da legalidade vincula a atuação da Administração Pública à ordem constitucional vigente, notadamente, ao atuar com espeque à garantia desses direitos e, por conseguinte, a legitimar uma atuação subsidiária do Estado, mas na moldura constitucionalmente prevista.

Portanto, no modelo de Estado regulador é legítima a atuação da administração no desempenho das funções nas áreas afetas às agências reguladoras, calcado em normas específicas, com instrumentos legais que, necessariamente, não configuram lei em sentido estrito, todavia moldados dentro do arcabouço jurídico constitucional vigente.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Tradução de Magna Lopes. **Modernização Reflexiva**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BELTRÃO, Hélio. **Desestatização e Liberdade**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26604/DF, Relator. Min, Carmem Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 04 out. 2007. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 11 nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Henrique Ribieiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coordenadores). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FALCÃO, Joaquim. et al. **Novas Parcerias entre os setores público e privado**. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GUERRA, Sérgio. et al. (Org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

MAFFINI, Rafael Da Cás. **Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal**. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia.; et.al. (Org.). **Direito Administrativo Contemporâneo: Administração Pública, Justiça e Cidadania: garantias fundamentais e direito sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, Paulo Geraldo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade**. Disponível em:< <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16086>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MOTTA, Fabrício. **O Paradigma da Legalidade e o Direito Administrativo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coordenadores). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROIG, Maria José Añon. **Elementos para uma teoria de los derechos sociales em construcción**. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia et. al. (Org.). **Direito Administrativo Contemporâneo: Administração Pública, Justiça e Cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia.; et. al. (Org.). **Direito Administrativo Contemporâneo: Administração Pública, Justiça e Cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SARMENTO, Daniel (et. al.). **Interesses Públicos versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

_____, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Público e regulação no Brasil**. In: GUERRA, Sérgio et al. (Org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. **O Princípio da Subsidiariedade: as origens e algumas manifestações**. Disponível em <<http://gi.fd.ul.pt/biblioteca/revista>>. Acesso em: 08 dez. 2014.