

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

CLAYTON SANTOS DO COUTO

REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:
entre desenvolvimento e eficiência administrativa

CURITIBA
2014

CLAYTON SANTOS DO COUTO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Emerson Gabardo.

**CURITIBA
2014**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Couto, Clayton Santos do
C871r Regulação dos serviços públicos : entre desenvolvimento e eficiência
2014 administrativa / Clayton Santos do Couto ; orientador, Emerson Gabardo.
– 2014.
140 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2014
Bibliografia: f. 128-140

1. Serviço público. 2. Direito administrativo. 3. Agências reguladoras de
atividades privadas. 4. Direitos civis. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Doris 4. ed. – 340

CLAYTON SANTOS DO COUTO

**REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:
entre desenvolvimento e eficiência administrativa**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração Direito econômico e Socioambiental, linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

COMISSÃO EXAMINADORA

ORIENTADOR: Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Thiago Marrara
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 29 de março de 2014.

Aos meus pais, Isaias e Carmen,

Aos amigos Maicon e Manoella.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao professor Dr. Emerson Gabardo pela inestimável orientação, estendendo meus cumprimentos e admiração pelo brilhante trabalho desenvolvido como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito desta Universidade.

Agradeço em especial aos amigos Maicon Castilho, Manoella Donadello de Borba Castilho e Rafaela Juliana Castilho, pelo apoio incondicional, motivação e conselhos, que certamente foram determinantes para a conclusão deste trabalho.

À Mariza Donadello de Borba, Edison Daniel de Borba e Daniel Donadello de Borba, pela recepção e apoio prestados.

Agradeço também aos meus pais, Isaias Couto da Silva e Carmen Rosa dos Santos, que incessantemente me apoiaram, e, embora a milhares de quilômetros de distância, sempre estiverem presentes nas minhas melhores lembranças.

À Eva Curelo e à Daiane Kuster, pelas orientações, esclarecimentos e paciência dispendidos. Aos colegas de Mestrado, pela sólida amizade e bons momentos partilhados neste biênio.

A todo o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Por fim, agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Paraná pela bolsa de estudos a mim concedida através do Prêmio Marcelino Champagnat.

Vocês que vivem seguros em suas cálidas casas, vocês que, voltando à noite, encontram comida quente e rostos amigos, pensem bem se isto é um homem que trabalha no meio do barro, que não conhece paz, que luta por um pedaço de pão, que morre por um sim ou por um não. Pensem bem se isto é uma mulher, sem cabelos e sem nome, sem mais força para lembrar, vazios os olhos, frio o ventre, como um sapo no inverno [...].¹

¹ LEVI, Primo. **É isto um homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988, Introito.

SUMÁRIO

RESUMO.....	1
ABSTRACT	2
INTRODUÇÃO	3
I. SERVIÇOS PÚBLICOS.....	6
1.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	6
1.2. A ACEPÇÃO CLÁSSICA DE SERVIÇO PÚBLICO	9
1.3. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	13
1.4 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
1.5 A NATUREZA ECONÔMICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	22
II. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL.....	29
2.1 A REFORMA GERENCIAL: CONTEXTO HISTÓRICO.....	29
2.2 O CENÁRIO DE IMPLANTAÇÃO DA REFORMA GERENCIAL NO BRASIL	34
2.3 FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	41
III. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	52
3.1. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E O DESENVOLVIMENTO COMO INSTRUMENTO DE DIREITOS	52
3.2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO.....	58
3.3 O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE E O MITO DA SUBSIDIARIEDADE	62
3.4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS E PLANEJAMENTO.....	67
IV. REGULAÇÃO E EFICIÊNCIA	74
4.1 O ESTADO REGULADOR: ENTRE O ECONÔMICO E O SOCIAL	74
4.2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA INTERPRETAÇÃO	80
4.3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS: CONTROLE NORMATIVO.....	86
4.4 REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: AS CONFLUÊNCIAS ENTRE DIREITO E ECONOMIA	89

4.5 DESENVOLVIMENTO E EFICIÊNCIA	100
4.6 INDEPENDÊNCIA E DESENHO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	104
4.7 REGULAÇÃO, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	108
4.8 EFICIÊNCIA E SUBSIDIARIEDADE: O PAPEL DA REGULAÇÃO NO ESTADO SOCIAL	112
4.9 PRESSUPOSTOS PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM ESTADO REGULATÓRIO EFICIENTE	115
4.10 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O TERCEIRO SETOR	118
CONCLUSÃO.....	124
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	128

RESUMO

O trabalho analisa a sistemática de regulação dos serviços públicos no Brasil, implantada com a Reforma Gerencial da década de 1990, que resulta, de certa forma, da constatação da impossibilidade do Estado em prestar de modo eficiente determinados serviços públicos e regular a economia. Partindo do pressuposto de que o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado interventor deve ser avaliado a partir da otimização da realização dos serviços públicos, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial e a lógica social, o estudo aborda a evolução do conceito de serviço público, a partir dos fatores econômicos, sociais e políticos que contribuíram para sua mutação até a concepção adotada pela Constituição Federal de 1988. Compreende, ainda, a problemática engendrada desde o poder normativo e a independência dos órgãos reguladores até a descaracterização dos serviços públicos e seu regime como forma de regulamentação da atividade privada nesta seara, bem como a influência de tais aspectos na satisfação da eficiência. O estudo defende uma nova proposta de crítica à ideia de regulação dos serviços públicos pelas agências reguladoras, que tem como substrato a mensuração do grau de eficiência das agências reguladoras a partir da promoção do desenvolvimento. A prestação de serviços públicos eficientes, diante desta conjuntura, requer a adoção de políticas públicas universalistas que garantam, a um só tempo, a satisfação das necessidades humanas e a promoção do direito ao desenvolvimento, concebido, neste ideário, como direito humano fundamental.

Palavras-chave: Serviços públicos; Regulação; Princípio da Eficiência; Direito ao Desenvolvimento.

ABSTRACT

The study analyzes the system of regulation of public services in Brazil, located in the Management Reform of the 1990s, resulting in some ways, of the impossibility of the State to provide efficiently certain public services and regulate the economy. Assuming that the degree of efficiency of the regulatory activity of the intervening State shall be assessed from the completion of the optimization of public services, through a balance control between the competitive logic and social logic, the study focuses on the evolution of the concept of service public, from the economic, social and political factors that contributed to his transfer to the concept adopted by the Federal Constitution of 1988 factors. Comprises also the problem engendered from the normative power and independence of regulators to the mischaracterization of public services and his regime as a form of regulation of private activity in this endeavor, as well as the influence of these aspects on meeting efficiency. The study advocates a new proposed critical to the idea of regulation of public services by regulatory agencies, whose substrate to measure the degree of efficiency of the regulatory agencies from promoting development. The provision of efficient public services, before this situation requires the adoption of universal public policies that guarantee, at the same time, the satisfaction of human needs and promoting the right to development, designed, this ideology as a fundamental human right.

Keywords: Public Services; Regulation; Principle of Efficiency, Right to Development.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 projetou um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados e os objetivos definidos venham a ser plenamente realizados, garantindo-se como finalidade da ordem econômica assegurar a todos a existência digna. Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.

Seja porque o serviço público é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, seja porque corresponde a uma atividade importante relativamente à sociedade ou, ainda, simplesmente porque segue um determinado regime legal, é possível afirmar que, se determinada atividade econômica é serviço público, está sujeita ao inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação de modo eficiente. Neste contexto, o conceito de serviço público, resultado de uma série de fatores econômicos, ideológicos e políticos que impactam o papel do Estado e a sua própria essência, possui um caráter dinâmico que permite sua adaptação aos valores defendidos pela sociedade de acordo com o espaço e ao longo do tempo.

De igual modo, é possível verificar a acentuada instrumentalidade do serviço público em relação aos direitos fundamentais, como meio que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Esta visão que concebe o serviço público como sinônimo da atuação estatal na satisfação dos interesses da coletividade torna o conteúdo da expressão muito amplo e engendra, diante do atual modelo de Estado adotado, a necessidade de que a regulação de serviços públicos atenda estritamente ao princípio da eficiência, que se traduz na satisfação da necessidade para cujo atendimento é prestado o serviço.

Entretanto, a constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos, numa das facetas da Reforma de Estado implementada a partir da década de 1990. Com a reforma gerencial, assistiu-se a uma drástica transformação no papel do Estado: em

lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

A retirada do Estado da efetiva execução de alguns serviços públicos e o trespasse de sua exploração a particulares mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões, antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa, ao revés, na necessidade de fortalecimento da atuação pública. Neste sentido, a constatação de que os serviços públicos podem ser prestados pelo setor privado não afasta a prerrogativa do Estado de exigir que esta atividade seja amplamente regulada e fiscalizada por meio de agências públicas e independentes. O Estado continua com a tarefa de ser o elemento condutor do desenvolvimento social, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à sociedade.

O modelo regulatório adotado pautou-se na criação de agências reguladoras independentes, constituídas na forma de autarquias de regime especial, dotadas de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria de cada setor. As agências reguladoras brasileiras, inspiradas na prática norte-americana, tornaram-se peças fundamentais no projeto nacional de eficiência na prestação de serviços públicos. Neste cenário, que surge com a proliferação de agências reguladoras, as questões que afloram desse contexto abarcam uma série de pontos controversos, envolvendo desde o poder normativo, o desenho institucional e a independência dos órgãos reguladores até a necessidade de imprimir maior participação da sociedade no processo regulatório e o debate em torno de adoção de um modelo subsidiário de Estado.

Não obstante, a regulação de serviços públicos deve ser analisada tendo em vista a promoção do desenvolvimento, concebido como direito humano fundamental que se refere a um conjunto de aspectos que vão além do seu caráter econômico para incluir, também, o desenvolvimento ambiental, social, cultural e político. Esta visão, rompe com a tradicional concepção de desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico. Nesta perspectiva, a eficiência cria para o direito regulatório uma responsabilidade que não se reduz nem ao risco administrativo (responsabilidade pelo risco), nem à igualdade perante os encargos públicos (responsabilidade institucional), mas antes, as incorpora em nome da obrigação de prestar de modo eficiente os serviços públicos e promover o desenvolvimento.

Nesta conjuntura, o presente trabalho propõe uma análise da sistemática de regulação dos serviços públicos, implantado com a Reforma de Estado na década de 1990, partindo do pressuposto de que a atuação das agências reguladoras deve estar adstrita ao princípio

constitucional da eficiência administrativa. Para tanto, são abordadas as principais nuances do conceito de serviço público, considerando a ausência de consenso doutrinário acerca da temática, o estudo da intervenção do Estado no domínio econômico, culminando no atual modelo de Estado Regulador; os pressupostos caracterizadores do princípio da eficiência administrativa sob a ótica da Constituição Federal de 1988; a verificação da satisfação do princípio da eficiência administrativa no que atine aos serviços públicos cujas atividades estão submetidas ao controle das agências reguladoras; a defesa de uma nova proposta de crítica à ideia de regulação dos serviços públicos pelas agências reguladoras, tendo como substrato a possibilidade de maior efetividade ao princípio da eficiência administrativa, e; a análise e proposição de paradigmas para a mensuração do grau de eficiência atingido pela regulação dos serviços públicos.

O presente estudo pauta-se por uma moldura analítico-crítica, com o intuito de não se restringir a uma mera verificação da conjuntura normativa-institucional, mas sim ultrapassar as barreiras da dogmática estabelecida a fim de se estabelecer um estudo aprofundado da eficiência na prestação de serviços públicos no Brasil. O enfoque conferido está voltado à análise da problemática no ambiente nacional, atentando-se, não obstante, para o fundamento doutrinário estrangeiro, permitindo uma comparação e a elaboração de novos padrões de regulação. Neste sentido, optou-se por uma finalidade mais ampla, na medida em que se acredita possível uma proposta crítica alternativa à atual sistemática de regulação dos serviços públicos, como forma de se alcançar a eficiência administrativa, tida, neste aspecto, como princípio constitucional.

I. SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O discurso que acompanhou o tema de serviço público² desde seu surgimento sempre se caracterizou por uma forte tendência econômica, ideológica e política. A formação do conceito de serviço público está, portanto, intimamente relacionada com a transformação da noção e do papel do Estado na passagem do modelo liberal para o modelo de bem-estar social,³ em um contexto histórico específico de desenvolvimento do capitalismo.⁴

No plano econômico, o final do século XIX retratava a falência do modelo liberal de *laissez-faire*, caracterizado pela menor atuação do Estado na economia ou pela restrita, e sempre criticada, intervenção estatal.⁵ O Estado Liberal tinha como premissa fundamental o afastamento do domínio econômico estatal. Entretanto, é preciso aduzir que, até mesmo durante o liberalismo, o Estado nunca deixou de atuar na economia, precipuamente por meio de medidas legislativas e do exercício do poder de polícia, visando assegurar a livre manifestação das atividades privadas e preservar a ordem pública, de modo que até mesmo Adam Smith, ferrenho defensor do liberalismo, afirmava que a prestação de determinados serviços públicos era uma atribuição específica do Estado. Smith impingia ao Estado, entre suas funções, a atribuição de criar e manter certos serviços públicos - como obras públicas e instituições públicas - não suscetíveis de interessar à iniciativa privada, porque não lucrativas.⁶ Em outros termos, significava atribuir ao Estado um desempenho nas atividades econômicas.

De acordo com os pressupostos do liberalismo, o Estado era mal empresário, e, portanto, seu papel devia ser estritamente jurídico, não econômico.⁷ O peso desta ideologia

² O uso originário da expressão “serviço público” é atribuído a Rousseau para significar qualquer atividade estatal, portanto, destituída de seu significado atual. GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

³ Monica Spezia Justen ratifica a influência de fatores políticos e ideológicos na construção do conteúdo conceitual dos serviços públicos no fato de que seu desenvolvimento ocorreu paralelamente às mutações sofridas pelo Estado na passagem do modelo liberal para o modelo de bem-estar social. JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19.

⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. (Coord.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

⁵ JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público...** Op. cit., p. 20.

⁶ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 173.

⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico: modelos de Estado, gestão pública, regulação económica**. 3. ed., Madrid: Comares, 2004, p. 280-281.

liberalista que dominou o século XIX era um obstáculo de primeira ordem para que o Estado assumisse um papel mais efetivo e importante na prestação de serviços públicos.

Todavia, o próprio sucesso do liberalismo e do chamado capitalismo, somado à ameaça causada pelo sucesso da teoria marxista e ao fato de o sistema econômico do *laissez-faire* ter gerado uma riqueza sem precedentes, sem que a sua base teórica tivesse sido enunciada, minaram as instituições sociais que tornavam o Estado Liberal possível.⁸ Frente a este contexto de crise, os objetivos políticos, como o pleno emprego, a contenção do comunismo, a modernização das economias atrasadas ou ainda em declínio ou em ruínas após a Segunda Guerra Mundial, passaram a ter como prioridade e justificativa a intervenção do governo.⁹

Diante deste cenário, o modelo político-econômico que substituiu o liberalismo caracterizou-se por uma forte atuação estatal na economia e na esfera social, através da prestação de serviços públicos. As constantes reivindicações da população durante o esforço humano mobilizado em meio às Guerras Mundiais e a preocupação com o bem-estar transformaram os serviços relacionados às necessidades do conjunto da sociedade não mais uma questão de caridade aos menos favorecidos, mas num direito de todo cidadão. Conforme aponta Thomas Humphrey Marshall, com o Estado de Bem-Estar Social surge a compreensão generalizada de que a todos deveria se estender os frutos de um sistema cooperativo de ajuda mútua nacional com vistas a garantir segurança, habitação, emprego e nível de vida compatíveis com os padrões de vida que o dever coletivo impunha. O Estado de Bem-Estar Social se estabelece com um núcleo central que consistirá na criação de um seguro social, assistência pública, serviços médicos, política habitacional e educação. Assim, o Estado Providência surge em parte como uma reivindicação de direitos, cobrando um conjunto de prestações positivas por parte do Estado.¹⁰

A partir da década de 1970, consideradas sempre as peculiaridades de cada país, evidenciaram-se sinais de desgaste do modelo do Estado Social. Nesse momento histórico, o Estado-Providência começa a experimentar grave “crise fiscal”, que aliada a outros fatores desfavoráveis na conjuntura internacional, levaram à inviabilização econômico-financeira do

⁸ STEWART JÚNIOR, Donald. **O que é o liberalismo**. 5. ed. São Paulo: Instituto Liberal, 1995, p. 22.

⁹ HOBBSAWN, Eric John Earnest. **Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 267.

¹⁰ Conforme Marshall, a política social do Estado de Bem-Estar Social se circunscreve nos limites da política econômica capitalista, envolvendo, porém, valores humanitários e supondo modificações nas estruturas sociais ligadas direta ou indiretamente ao processo produtivo, sem questionar a forma como a sociedade está estruturada. MARSHALL, Thomas Humphrey. **Política Social**. Tradução de Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 7.

modelo.¹¹ Nesta perspectiva, se o Estado de bem-estar social surgiu da diminuição da distância entre Estado e sociedade, no final da década de 1960 ocorre uma “incompatibilidade natural entre as duas funções do Estado assistencial: o fortalecimento do consenso social e o apoio à acumulação capitalista com o emprego anticonjuntural da despesa pública”.¹² O excesso de demandas para prestação dos mais variados serviços públicos levaria a um engessamento das organizações políticas, ocasionando uma impossibilidade de gerar consenso social. Seria um embate entre a capacidade de resistir das instituições em face da pressão de “grupos sociais numa perpétua atitude reivindicativa”.¹³

O declínio do modelo de bem-estar social abriu caminho à implantação de políticas neoliberais, numa tentativa de redefinição do liberalismo clássico que apoia uma economia protecionista junto com um Estado intervencionista e controlador. O neoliberalismo, a despeito de não ter como objetivo projetar uma ruptura com o modo capitalista de produção, não exclui retomar concepções mais atuantes do Estado, como um mecanismo importante e insubstituível para induzir atividades econômicas de maior sensibilidade social. O ideário do Estado social, jamais inteiramente afastado, desponta revitalizado, embora com outros matizes. No sentido da indispensabilidade da sua presença na área econômica, a atuação estatal é estratégica não só para corrigir distorções ou disfunções do mercado, como também para assegurar à coletividade os serviços essenciais a uma “vida digna”.¹⁴

No plano ideológico, o conceito de serviço público sofreu influência principalmente do trabalho de Émile Durkheim, sociólogo que difundiu a doutrina solidarista, a qual serviu, na prática, de justificativa para uma intervenção crescente do Estado nas relações sociais. Durkheim concebeu a solidariedade como fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social. Assim, de acordo com a doutrina solidarista, a vida em sociedade não pode se estender em nenhum campo sem que a vida jurídica a siga simultaneamente nos mesmos relacionamentos. Em Durkheim, o direito é o “símbolo visível” da solidariedade

¹¹ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política I**. Tradução de Carmen Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 418.

¹³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de...** Op. cit., p. 418.

¹⁴ Todavia, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho expõe que, do ponto de vista social, os resultados negativos predominaram no neoliberalismo. As desigualdades regionais cresceram, não evoluiu o prestígio aos valores da “dignidade da pessoa humana”, da efetiva proposta de desenvolvimento dos países emergentes, e a economia, em uma visão geral, não retomou a prometida expansão. Outrossim, a distribuição de renda piorou, o desemprego aumentou, as economias nacionais ficaram mais fragilizadas e as crises financeiras se sucederam. CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos...** Op. cit., p. 30-31.

social.¹⁵ A ideologia propugnada pelo solidarismo serviu de fundamento para a intervenção do Estado na economia e para a garantia dos serviços públicos, dada a necessidade de se garantir a solidariedade social, rompendo com o antigo modelo político-econômico liberal.

No campo político, o principal protagonista das mudanças na concepção e no papel do Estado foi a própria Administração francesa, que foi capaz de conciliar a tradição com a transformação. O Estado francês, ao optar por um modelo centralizado, materializou a figura paternal em relação à sociedade. Ainda no plano político, é importante destacar a influência da “onda socialista” que ganhou força na França ao longo do século XIX e contribuiu para que se passasse a prestigiar a ideia de que o Estado deveria promover a justiça social.¹⁶

Destarte, é possível aferir que a evolução da concepção de serviços públicos é resultado de uma série de fatores econômicos, ideológicos e políticos que impactaram o papel do Estado e a sua própria essência. Estes fatores imprimiram ao conceito de serviço público um caráter dinâmico, que permite sua adaptação de acordo com os valores defendidos pela sociedade de acordo com o espaço e ao longo do tempo, e possibilita, em tese, o atendimento dos interesses públicos.

1.2. A ACEPÇÃO CLÁSSICA DE SERVIÇO PÚBLICO

O desenvolvimento da noção de serviço público se deu na França, no período entre o final do século XIX e início do século XX.¹⁷ A concepção clássica francesa apresenta um conceito extensivo de serviço público, no sentido de abarcar toda atividade da Administração tendente a satisfazer de uma forma positiva um interesse ou necessidade pública, qualquer que seja este interesse. Tanto a atividade jurídica como social eram equiparadas ao serviço público no puro sentido subjetivo ou estrutural: é serviço público tudo o que a Administração gestiona.¹⁸

A noção de serviço público na França apresentou três etapas claras de desenvolvimento: a primeira, como justificação da existência do próprio Estado; depois, como fundamento do direito administrativo; e, finalmente, a identificação de um povo e seus

¹⁵ Refutando a existência do direito privado, Durkheim acredita que todo direito é público, porque todo direito é social. Destarte, em Durkheim, todas as funções da sociedade são sociais. DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 34-37.

¹⁶ JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público...** Op. cit., p. 20.

¹⁷ JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público...** Op. cit., p. 17.

¹⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico...** Op. cit., p. 295.

anseios sociais.¹⁹ Evidencia-se, portanto, a estreita relação entre o conceito clássico de serviço público e as atividades do Estado.

Entre os franceses, a teoria elaborada por León Duguit pretendia justificar a existência do Estado pela prestação de serviços públicos, e não tomando como conceito justificador a noção de soberania do Estado.²⁰ O jurista francês defende que “*la notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public*”.²¹ As reflexões desenvolvidas por Duguit podem ser divididas em três fases. A primeira é marcada pela influência da filosofia de Spencer, adotando um organicismo em que o Direito e a economia política são vistas como as duas partes que compõem a sociologia.²² Na segunda fase, a partir de 1901, há forte influência do pensamento de Durkheim,²³ calcado num sociologismo experimental, recorrendo principalmente ao conceito de solidariedade social para a análise jurídica. Já num terceiro momento, a partir de 1914, ele faz grande apelo ao trabalho de Santo Tomás de Aquino e ao sentimento de justiça.²⁴

Segundo Duguit, “o Estado era tão somente uma cooperativa de serviços, organizada e controlada pelos governantes. Este seria o elemento a legitimar a existência do próprio Estado e, ainda, o limitador do Poder Público, que apenas deveria ser usado em razão da

¹⁹ JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público...** Op. cit., p. 19.

²⁰ Desde a Revolução Francesa que a noção de soberania nacional se consolidou como um dos fundamentos do direito público, sendo verdadeiro dogma da sociedade francesa. Porém a doutrina contestou tal conceito, a exemplo de Royer-Collard e Guizot, que falavam em uma soberania da justiça e da razão, passando por Carré de Malberg, que dividia a soberania em soberania nacional e soberania do povo, que segundo Bacot implicavam uma única soberania de uma coletividade indivisível de cidadãos atuais, até Saint-Simon e Auguste Comte, que criticavam esta noção como metafísica, distanciada da realidade dos fatos, só tendo significado se contraposta a soberania divina. Cf. FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 142-147.

²¹ “A noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público.” O autor utiliza o termo “*souveraineté*” para se referir à autoridade, ao poder público. DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**, 2.ed, v.2, 1923, p.70. Tradução nossa.

²² A teoria desenvolvida por Herbert Spencer propõe uma renovação dos princípios organicistas, mas se enquadra menos no sistema de uma concepção biológica do que nas linhas de uma explicação mecanicista do universo e da sociedade. De acordo com Spencer, o Estado é órgão integrador e a sociedade é um superorganismo, ambos sujeitos às mesmas leis segundo as quais, em toda ordem de seres, verifica-se uma passagem da homogeneidade indefinida, incoerente, confusa, para a heterogeneidade definida, coerente, coordenada. SPENCER, Herbert; CAZELLES, Emiliano Honorato. **Principes de sociologie**. Troisième Édition. Vol. II. Paris: Librairie Germer Baillière & Cie, 1883, p. 163.

²³ Émile Durkheim promove uma crítica profunda ao individualismo utilitarista ao centrar seu fudo de estudo nas consequências sociais do modo capitalista de organização social e econômica, partindo de uma premissa que os fenômenos econômicos são fruto de um contexto histórico, sendo influenciado pelo comportamento dos indivíduos, os quais influenciam. O individualismo racional seria um fenômeno recente e gradual, característico de sociedades modernas. Segundo Durkheim, para que vários indivíduos possam constituir uma sociedade é necessário o estabelecimento de laços de solidariedade, podendo esta solidariedade ser mecânica ou orgânica. A primeira se caracteriza por uma igualdade entre os indivíduos, todos se assemelhando em idéias e valores, enquanto que a segunda é exatamente o oposto, em que o consenso resulta ou é fruto da diferenciação. Sobre o tema, ver: DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social...** Op. cit.

²⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do Estado no fim do século XIX...** Op. cit., p. 19-21.

necessidade de organizar os serviços públicos”.²⁵ Para o jurista francês, a prestação de serviços públicos demanda controle e intervenção do Estado, de acordo com um sistema próprio de direito público, não mais fundado no conceito de soberania – em termos de poder público soberano –, mas formado por um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram o seu funcionamento regular e ininterrupto.²⁶

Destarte, Léon Duguit propõe um rompimento com a visão tradicional do Estado soberano, criticando a concepção do Poder Público como uma vontade subjetiva dos governantes sobre os governados. Para Duguit, o Estado não é um soberano que comanda, mas uma força capaz de criar e gerar serviços públicos, com vistas a criar um sistema realista fundado na solidariedade social, objetivamente imposto a todos os cidadãos. O cerne da Teoria do Estado desenvolvida por Duguit é, portanto, a defesa do fim da ideia de dominação mediante a substituição da soberania pelo serviço público, como noção fundamental do Direito público. Por essa razão, o Direito público passou a ser o direito objetivo dos serviços públicos.²⁷

A teoria desenvolvida por León Duguit contribuiu decisivamente para refutar e substituir a noção de poder público e adotar o conceito de serviço público não apenas como critério para definir a competência administrativa, mas como limite à atuação estatal.²⁸

Apesar de se mostrar inovadora, principalmente por propor o rompimento do modelo de Estado soberano, que tem suas estruturas presas à soberania e ao poder de comando, a teoria de Duguit desenvolve uma noção de serviço público cujo objeto denota uma amplitude que tem o condão de abarcar todas as atividades exercidas pelo Estado, independente de sua natureza ou da importância para a sociedade. Destarte, a extensão da noção formulada por Duguit implica na dificuldade em se estabelecer precisamente o conteúdo do que seja serviço público, tendo em vista que abarcaria atividades que, não obstante tenham em comum o fato de serem exercidas pelo Estado, possuem natureza e finalidades totalmente díspares.

De mesmo modo, ao tocar na problemática engendrada pela definição conceitual da expressão, Gaspar Ariño Ortiz defende que o serviço público deva ser considerado num

²⁵ DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel...** Op. cit., p.70.

²⁶ DUGUIT, León. **Les Transformations du droit public.** Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 52.

²⁷ DUGUIT, León. **Manuel de Droit Constitutionnel.** 3. ed. Paris: Ancienne Ubrailie Fontemoing & Cie Éditeurs, 1918, p. 67-84.

²⁸ “*De meme que le droit privé cesse d’être fondé sur le droit subjectif de l’individu, sur l’autonomie de la personne meme et repose maintenant sur la notion d’une fonction sociale s’imposant à chaque individu, de meme le droit public n’est plus fondé sur le droit subjectif de l’Etat, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d’une fonction sociale des gouvernants, ayant por object l’organisation et le fonctionnement des services publics.* DUGUIT, León. **Les Transformations du droit public...** Op. cit., p. 52-53.

âmbito mais genérico: o dos fins do Estado.²⁹ O jurista espanhol, seguindo a clássica teoria francesa, parte do pressuposto de que a finalidade do Estado, em sua formulação tradicional é “o bem comum dos súditos”. Neste contexto, a despeito de admitir a possibilidade de se vislumbrar outras origens do que seria, em tese, o cerne dos serviços públicos, o autor afirma que a gênese e compreensão do conceito deve ser feita a partir de uma determinada concepção do dualismo Estado-sociedade, que surge com a Revolução Francesa, tendo em vista que, a despeito da possibilidade de se encontrar atividades anteriores análogas e inclusive idênticas, estas tinham um significado totalmente diferente, pois se inserem em um sistema jurídico-político distinto.³⁰

Na teoria proposta por Ortiz, qualquer fim estaria inserido nas finalidades do Estado, uma vez que “o Estado é uma entidade de todos os fins”. Uma vez delimitado o conceito com base na finalidade do Estado, a determinação do conteúdo do conceito de serviço público estaria intimamente relacionada com a história.³¹ No entanto, esta visão que concebe o serviço público como sinônimo da atuação estatal na satisfação dos interesses da coletividade torna o conteúdo da expressão muito amplo. O conceito de serviço público tomado como finalidade do Estado confunde-se com o próprio objeto do Direito administrativo, o que ocasiona uma indeterminação do conteúdo envolvido pela expressão. Como afirma Odete Medauar, se esta fosse a acepção adequada, todo o direito administrativo conteria um único capítulo, denominado “serviço público”, pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam.³² Na mesma esteira, Alexandre Santos de Aragão defende que, apesar de correspondente à noção clássica francesa de serviço público, esta acepção poderia até ser adotada em um estudo de ciência política ou sociologia, mas seria de escassa utilidade em um estudo jurídico, já que abrangeria atividades totalmente díspares entre si.³³

Contrapondo-se à visão que concebe o serviço público como sinônimo de finalidade estatal, Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que o serviço público é essencial não porque se

²⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico...** Op. cit., p. 276.

³⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico...** Op. cit., p. 277.

³¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico...** Op. cit., p. 277.

³² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Não obstante a amplíssima esfera atribuída ao serviço público pelo clássico conceito francês, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto explica que, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, emergiram a inadequação e a insuficiência deste conceito de serviço público, tendo em vista que “os interesses de grupos heterogêneos foram, uns e outros, qualificados como públicos e tutelados como tais pelo Direito Positivo”. Ademais, tal complexidade intensifica-se com o advento da oposição entre interesses, amplos, coletivos, de grupos diversos. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 96, vol. 859, maio de 2007, p. 22.

refere a funções ou fins essenciais do Estado. Com respaldo em Massimo Severo Giannini, Bacellar Filho assevera que “a função pública fundada no poder soberano, é atividade necessária do Estado, mas o serviço público é atividade que somente adquire este caráter quando o Estado dela se faz titular podendo, em princípio, ser exercida pelos particulares”.³⁴ Alexandre Santos de Aragão corrobora de tal posicionamento ao afirmar que o fundamento da atividade estatal (o bem comum ou a satisfação das necessidades dos cidadãos) não deve ter maior importância para fins de conceituação dos serviços públicos, até porque toda atividade estatal, de qualquer dos Poderes inclusive, de uma maneira ou de outra, possui este fundamento.³⁵

Diante da discussão em torno do tamanho do papel do Estado na configuração do conceito de serviço público, Gaspar Ariño Ortiz trata da problemática relativa à amplitude e a extensão da atuação estatal para atingir os fins de utilidade pública. Nesta perspectiva, Ortiz questiona qual deve ser o grau de intervenção do Estado de modo a alcançar os fins sociais, asseverando que a resposta a esta pergunta não é uma questão de Direito administrativo, mas uma questão que está além do Direito administrativo. O grau de intervenção, diz ele, será uma resposta histórica que é dada ao jurista a cada momento e em cada país.³⁶

1.3. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Seguindo a tendência do Direito francês, o conceito de serviço público no Brasil apresenta uma das questões mais controversas da doutrina administrativista,³⁷ de modo que não há um consenso sobre as atividades que estariam inseridas no rol de serviços públicos. Pelo contrário: há uma diversidade de teorias opostas ou, no mínimo, que propõem diferentes graus de atuação do Estado.

³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Org.). **Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 605.

³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**... Op. cit., p. 13.

³⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico**... Op. cit., p. 278.

³⁷ Eros Roberto Grau opõe a ideia de “conceito” de serviço público à ideia de noção. Neste sentido, a indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções. Assim, conforme Grau, tratando-se de da doutrina do serviço público, onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção. Com apoio em Jean Paul Sartre, a noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 130.

O raciocínio desenvolvido por Eros Roberto Grau vincula serviço público à ideia de “atividade indispensável à consecução da coesão social”, tendo como principal característica a sua “vinculação ao interesse social”. Neste contexto, a partir de León Duguit, Grau se refere ao serviço público como “a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social” ou, com base em Cirne Lima, “a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico”.³⁸

Neste cenário, segundo Grau, opera-se a superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social – que devem caminhar juntas, voltando-se à realização dos mesmos fins, o Estado e a sociedade. Daí porque a preservação dos vínculos sociais pelo Estado assumem enorme relevância, a ele incumbindo “a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”.³⁹

Diferentemente, o conceito proposto por Odete Medauar adota uma concepção de serviço público a partir de um critério subjetivo, calcado na distribuição de funções do Estado⁴⁰. De acordo com Medauar, a expressão “serviço público” diz respeito à “atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo”, referindo-se “à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva”.⁴¹ As atividades exercidas pelo Executivo e pelo Judiciário, portanto, não se enquadrariam no conceito técnico apresentado pela jurista.

O conceito desenvolvido por Odete Medauar, embora estabeleça um critério subjetivo concreto baseado na natureza da esfera pública responsável pela prestação do

³⁸ Quanto aos serviços públicos do tipo privativo, é possível extrair do texto do art. 21 da Constituição de 1988 a conclusão de que há serviço público, de titularidade da União, na prestação dos serviços referidos nos seus incisos X, XI e XII, ao texto do § 2º do art. 25, a conclusão de que há serviço público na prestação de serviços locais de gás canalizado; ao texto do art. 30, V, a conclusão de que há serviço público na prestação de transporte coletivo local. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 121.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 127.

⁴⁰ Conforme Dalmo de Abreu Dallari, embora seja clássica a expressão “separação de poderes”, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 48.

⁴¹ As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno...** Op. cit., p. 323.

serviço, não oferece mecanismos para se determinar quais atividades, dentre todas a encargo do Poder Executivo, seriam canceladas com a alcunha de serviço público. Neste contexto, ao relacionar serviço público à “atividade em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva”, não parece ser possível excluir do rol de serviços públicos quaisquer das atividades prestadas pelo Executivo, eis que todas as atividades da Administração, direta ou indiretamente, ou, ainda, em diferentes graus, se destinam à prestação de uma ação necessária à sociedade. O conceito, portanto, não consegue delimitar objetivamente o conteúdo material do que seja serviço público.

Em contraposição, Juarez Freitas defende que o conceito de serviço público deve atender a um critério eminentemente material, mas condicionado ao caráter de atividade essencial. Freitas leva em conta que o serviço público é uma consequência direta do modelo de Estado vivenciado em determinado período, e, portanto, conclui que o modelo a ser adotado, é o Estado essencial. Destarte, o serviço público a ser prestado pelo Estado é todo aquele, e somente aquele responsável pela supressão de uma necessidade essencial ao ser humano.⁴²

Como apontado, o conceito apresentado por Freitas está fundamentado tão somente no critério material, no sentido em que prioriza a delimitação da atuação estatal, ao mesmo tempo em que propõe uma visão focada na satisfação das necessidades humanas. Destarte, embora o critério para determinação das atividades inseridas no conceito de serviço público seja o mesmo adotado por Odete Medauar, Freitas defende a materialidade do serviço público como único fator determinante ao seu conteúdo, em contraposição ao que propõe Medauar, que defende a inclusão do critério subjetivo para delimitação da expressão.

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de serviço público pode ser tido como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público” como consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, e “instituída pelo Estado em favor dos interesses que houver definido

⁴² FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 34. É este, também, o entendimento de Jacques Dembour, segundo o qual “le service public est un organisme créé par les gouvernants – c’est-à-dire par les pouvoirs publics – et soumis á leur haute direction aux fins d’assurer la satisfaction d’un ou de plusieurs besoins collectifs. Tradução: “o serviço público é um organismo criado pelas autoridades - isto é, por parte do governo - e sujeito à sua alta administração, a fim de garantir a satisfação de uma ou mais necessidades coletivas. Tradução do autor. DEMBOUR, Jacques. **Droit Administratif**. Liège: Faculté de Droit, D’économie et de Ciencias Sociales de Liège. 1978, p. 91.

como próprios no sistema normativo”.⁴³ Destarte, o conceito apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello oferece uma acepção mais ampla de serviço público, que pode abarcar tanto a prestação de atividades relacionadas à satisfação de direitos fundamentais, quanto outras atividades que, embora não se enquadrem na hipótese anterior, sejam definidas como de interesse do Estado.

Diante do conceito formulado por Celso Antonio Bandeira de Mello, o serviço público seria composto de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruída singularmente pelos administrativos; o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”.⁴⁴ Marçal Justen Filho destaca um terceiro elemento: o ângulo subjetivo, que diz respeito à atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes).⁴⁵

Em relação ao elemento material, a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone coletivo etc), singularmente fruíveis, que o Estado assume como próprios, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da sociedade, em dado tempo histórico. Quanto ao elemento formal, isto é, à submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo é que confere carácter jurídico à noção de serviço público.⁴⁶

Com bases nestes pressupostos, Marçal Justen Filho afirma que o serviço público se refere a uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa

⁴³ Celso Antonio Bandeira de Mello explica que, em linguagem leiga, costuma-se designar como ‘serviço’ tudo aquilo que o Estado faz ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Juridicamente, entretanto, trata-se de obras públicas. O jurista elenca, então, as distinções entre serviço público e obra pública: a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico; b) a obra é uma coisa: o produto cristalizado de operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; assim, depende sempre integralmente dela; d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 647-669.

⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 682-683.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 735.

⁴⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 683-684.

privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.⁴⁷

O conceito elaborado por Marçal Justen Filho apresenta-se complexo na medida em que traz em seu cerne, como fator determinante para a configuração do serviço público, a obrigatoriedade de vinculação a um direito fundamental. Diferentemente, o conceito desenvolvido por Celso Antonio Bandeira de Mello, a despeito de não vincular “serviço público” a direitos fundamentais, condiciona a elevação de determinada atividade à categoria de serviço público com base nos interesses que o Estado houver definido como próprios no sistema normativo.

Romeu Felipe Bacellar Filho possui entendimento similar ao de Marçal Justen Filho, no que concerne à vinculação da prestação de serviço público à satisfação de direitos fundamentais. Nesta esteira, Bacellar Filho afirma que, a partir da definição clássica de serviço público, “é possível verificar a acentuada instrumentalidade do serviço público em relação aos direitos fundamentais, como meio que, ao possibilitar o exercício de direito fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana”.⁴⁸ É este, também, o entendimento de Rosana Helena Maas, que defende que as atividades de serviço público adquirem a conotação de instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, de modo que “o serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos”. Decorre daí o vínculo direto e imediato entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais, a tal ponto que, se esse liame não existir, torna-se impossível reconhecer a existência de um serviço público.⁴⁹

Nesse diapasão, os serviços públicos precisam orientar-se na concretização dos valores consagrados na Carta Política, que estabelece como seu fundamento último “a coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos. Isso porque tanto a Nação como o Estado reconhecem que a satisfação das necessidades essenciais segundo o

⁴⁷ Diz Justen Filho: “O serviço público é uma atividade destinada à satisfação de necessidades essenciais comuns a todos os indivíduos, que não possam ser atendidas por meio do modelo econômico privado. Tais necessidades são relevantes em especial quando relacionadas diretamente com os direitos fundamentais. Nesses casos, o serviço público se torna um meio inafastável para a realização de valores albergados pelo direito”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 731.

⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In: **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out./dez. 2002, p. 155.

⁴⁹ MAAS, Rosana Helena. Serviço público e constitucionalismo Brasileiro: uma abordagem a partir dos aportes teóricos de Jürgen Habermas e de Pete Haberle. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira e; ZANOTELLI, Maurício. (Coord.). **Direito e administração pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 112.

mecanismo de mercado podem conduzir à exclusão social.⁵⁰ Em outras palavras, os mais abastados podem dispor de recursos para obter a satisfação das suas necessidades essenciais, contrariamente ao que se passa com os carentes.⁵¹

O conceito apresentado por Alexandre Santos de Aragão define serviço público como sendo “atividade de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”.⁵² Semelhantemente, Floriano de Azevedo Marques Neto opta por abordar a noção de serviço público na sua acepção restrita, própria, nos termos do previsto art. 175 da Constituição Federal (portanto, como espécie do gênero econômica), referindo-se a “serviço público” não como sinônimo de atividade estatal, mas como a produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequências, passíveis de exploração econômica.⁵³ Para o jurista, o fato de uma atividade ser considerada serviço público não extraí dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de geração de lucros. Com base neste pressuposto, ainda que essas atividades sejam exploradas diretamente pelo Estado, isso não retiraria o conteúdo de atividade econômica em sentido amplo.⁵⁴

Marçal Justen Filho retrata que a qualificação de um serviço como público depende da sua *publicatio*, ou seja, da edição de norma (constitucional ou legal) que submeta o serviço a regime de direito público, atribuindo sua titularidade ao Estado, haja vista a “instrumentalidade do serviço para a realização dos fins da comunidade como limite para a definição normativa de um serviço como público (*publicatio*)”.⁵⁵ No entanto, aduz Justen Filho que a caracterização do serviço público requer, ainda a “satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 127.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Cobrança de tarifa pela prestação dos serviços Públicos de saneamento básico. In: MARRARA, Thiago; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene; Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. (Orgs.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 455.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. In: **Revista dos Tribunais...** Op. cit., p. 224.

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun.2002, p. 18.

⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de direito administrativo...** Op. cit., p. 19.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal; CESAR, Guimarães Pereira. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 219, 2000, p. 272.

um direito fundamental, insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada”.⁵⁶ De mesmo modo, Emerson Gabardo defende que não basta o exercício da *publicatio* para que uma atividade econômica em sentido estrito transforme-se em serviço público. Os elementos políticos, sociológicos filosóficos que se traduzem em determinada história da utilização de institutos como o serviço público são relevantes para a sua própria definição. São fatores que delineiam, a partir da mentalidade vigente, o caráter material imprescindível para a legitimação de qualquer tentativa formal de reconhecimento de um serviço público.⁵⁷

Luiz Alberto Blanchet elenca, dentre os pressupostos imprescindíveis para a instituição de um serviço público, a carência ou insuficiência da iniciativa privada na execução da atividade considerada e o interesse público a demandar sua prestação.⁵⁸ Para Blanchet, a *publicatio* é condição essencial para a configuração do serviço público, o que se denota do conceito formulado pelo jurista: é serviço público somente a atividade assim considerada pela Constituição da República ou pela lei, atividade esta prestada de forma permanente (ou contínua) submetida ao regime de direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas de interesse coletivo.⁵⁹

A partir dos conceitos apresentados, verifica-se a impossibilidade de se estabelecer um conceito unânime de serviço público. As discussões e as oposições por parte da doutrina atestam a dificuldade de se estabelecer um conceito único que delimite o conteúdo da expressão. Todavia, alguns aspectos essenciais devem ser levados em conta ao se considerar a problemática da definição de serviço público.

Neste contexto, qualquer que seja o critério utilizado, a noção de serviço público está intrinsecamente relacionada à satisfação dos direitos humanos fundamentais. A relação entre serviço público e direitos humanos pode ser justificada pela finalidade do Estado, tendo em vista que o seu papel de satisfação das necessidades da coletividade.⁶⁰ Por outro lado, não se pode olvidar da historicidade dos serviços públicos, no sentido de que variam de acordo com o tempo e a evolução social. O rol de atividades consideradas como prestação de serviços

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo...** Op. cit., p. 345.

⁵⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135-136.

⁵⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 52.

⁵⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo** – o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55.

⁶⁰ Há que se ressaltar, entretanto, que a satisfação cotidiana das necessidades coletivas depende da eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47.

públicos, a partir disso, irá oscilar segundo as necessidades de cada sociedade, cujo fator temporal é determinante. Ademais, considerando a relação entre serviços públicos e direitos humanos, infere-se que os direitos humanos “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.⁶¹ Portanto, se mostra impossível, pelo menos do ponto de vista teórico, a destituição do conteúdo temporal da noção de serviço público.

Acerca do critério subjetivo, não se mostra convincente o argumento de que apenas as atividades prestadas pelo Poder Executivo estariam, em tese, inseridas no conceito de serviço público. Isto porque as atividades prestadas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo se revestem de importância similar àquelas exercidas pela Administração Pública. Não obstante, se o critério material for concebido tendo por base a satisfação das necessidades impostas pela vida coletiva, é indefensável reconhecer que todos os poderes do Estado desempenham atividades essenciais ao suprimento dos imperativos sociais. O exercício de atividades como a prestação jurisdicional, a propositura e a aprovação de leis que atendam ao interesse público e a fiscalização da atuação do Executivo são indispensáveis à satisfação das necessidades da coletividade e estão, diante disso, inseridas no conteúdo material dos serviços públicos. Ainda, no tocante ao critério subjetivo, impende destacar a unicidade e indivisibilidade do poder do Estado, ao passo que o que existe são vários órgãos exercendo o poder soberano do Estado, o que não possui o condão de quebrar a unidade do poder. Neste sentido, a ideia de vinculação de serviço público às atividades exercidas apenas pelo Executivo se mostra contrária à visão de unicidade do poder estatal, considerando as finalidades e justificação da existência do próprio Estado.

Ainda, é possível aferir que, embora a determinação do que seja serviço público possua em seu cerne um núcleo flexível, que permita uma variação das atividades consideradas essenciais pelo Estado, obedecendo a critérios de tempo e espaço, esta face dinâmica do conteúdo dos serviços públicos não está de todo exposta à discricionariedade do ente estatal. A determinação das atividades que constitui o serviço público está condicionada, portanto, à observância dos limites impostos à atuação estatal e à satisfação de um interesse público.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

1.4 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 não adotou um conceito preciso na utilização da nomenclatura de serviço público. Todavia, embora inexista uma “definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, que são as balizas que permitem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não”.⁶²

Por outro lado, além de permitir a identificação de novas áreas de serviço público, através de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, a Constituição Federal indica decisivamente a intensidade a ser adotada na prestação dos serviços públicos que o caracterizam.⁶³ Neste contexto, a partir do disposto no artigo 1º da Constituição Federal, “se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos no Estado, o interesse perseguido no exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva”.⁶⁴

A perseguição do que seja serviço público encontra, ainda, suas balizas no art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual “Incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.⁶⁵ Não obstante, ao discriminar as competências dos diversos entes federados, a Constituição refere-se a certas atividades como serviços públicos. O artigo 21 da Carta Magna contém diversas previsões acerca de serviços públicos, o que conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência.⁶⁶ Assim, compete à União, entre outros serviços públicos, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;⁶⁷ explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações; explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, a navegação aérea, aeroespacial e a

⁶² ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo: serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 4, 1993, p. 61.

⁶³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 108-109.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores...** Op. cit., p.154.

⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores...** Op. cit., p.154.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 738.

⁶⁷ Sobre a prestação de serviço postal e correio aéreo, veja-se GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson. (Coords.). **Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-52.

infraestrutura aeroportuária, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

A Constituição pátria considera como serviços públicos, por exemplo: o transporte coletivo (art.30, V); serviços telefônicos, telegráficos (art.21, XI); energia elétrica (art.21, XII, b). Por sua vez, a lei 9.074, de 07.07.1995, indica os serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações como serviços públicos.⁶⁸ Tradicionalmente existe o chamado “núcleo pacífico dos serviços públicos” água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio. Finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; proporcionar o benefício do serviço aos menos favorecidos, suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico.⁶⁹

Uma vez que a Constituição eleja uma atividade à categoria de serviço público e indique sua titularidade, não há margem para interpretações divergentes. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti,⁷⁰ é possível, inclusive, que o próprio legislador ordinário caracterize uma determinada atividade econômica como serviço público. Destarte, excluídos o que é serviço público obrigatoriamente e o que obrigatoriamente não é, o legislador infraconstitucional pode determinar outras atividades como serviço público (sendo, porém, tal atividade sujeita a limitações materiais e requisitos positivos extraídos do ordenamento).⁷¹

1.5 A NATUREZA ECONÔMICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A prestação de serviços públicos, a despeito da íntima relação destes com o conteúdo dos direitos humanos fundamentais e a satisfação das necessidades coletivas, é atividade que possui caráter econômico.

Desde a constituição de sua soberania, o Estado moderno se interessou pela atividade econômica. Dos tradicionais interesses fiscais, militares, políticos, e de polícia chegando até à

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno...** Op. cit., p. 324.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno...** Op. cit., p. 324.

⁷⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-48.

⁷¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 136.

avançada proposta de responsabilização pelo desenvolvimento, os fins do Estado sempre estiveram ligados direta ou indiretamente à consecução de bens econômicos.⁷²

A atividade econômica em sentido amplo pode ser dividida em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. A distinção proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello pressupõe que sempre que uma necessidade humana for uma manifestação direta e imediata dos direitos fundamentais (em especial, a dignidade humana), sua satisfação será imposta ao Estado como serviço público. Em contrapartida, estará caracterizada a atividade econômica propriamente dita quando a necessidade a ser satisfeita não envolver de modo imediato e direto os direitos fundamentais, tal como ocorre com as atividades empresariais conhecidas (prestação de serviços não essenciais). Ainda, cogita-se de atividade econômica propriamente dita quando a necessidade, em que pese relacionada direta e imediatamente aos direitos fundamentais, puder ser adequadamente satisfeita pela livre iniciativa privada.⁷³

No mesmo sentido, de acordo com a classificação proposta por Eros Roberto Grau, as atividades econômicas em sentido estrito, embora de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado. Isto poderá ocorrer tanto nas hipóteses enunciadas pelos artigos 173 da Constituição Federal, quando a exploração direta, pelo Estado, é necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, quanto nos casos nos quais tal tenha sido determinado pela própria Constituição.⁷⁴ A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, encontra-se prevista no artigo 177 e artigo 21, inciso XXIII da Carta Magna, sob o regime de monopólio. Diferentemente, o serviço público se caracteriza por sua vinculação ao interesse social, constituindo “atividade indispensável à consecução da coesão social”.⁷⁵ Por sua vez, os

⁷² GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 130.

⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 696.

⁷⁴ Se o Estado identificar qualquer destes casos, deverá propor a criação de pessoas jurídicas de direito privado que em regime de descentralização administrativa que integrarão a chamada Administração indireta para que explorem a atividade mediante um regime jurídico misto (privado, porém parcialmente derogado pelo Direito público). De acordo com Gabardo, é perceptível uma predominância do regime privado parcialmente derogado pelo Direito público nas atividades econômicas privadas exploradas pelo Estado. A atividade já será privada, independentemente de uma especial recorrência ao Direito. Não obstante, sua exploração pelo Estado é definida, constitucionalmente, a partir de critérios de natureza material (relevante interesse coletivo ou segurança nacional). O mesmo não ocorre com os serviços públicos, que não possuem esta delimitação em sede constitucional. GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 133-135.

⁷⁵ Eros Roberto Grau adota uma visão marxista ao asseverar que a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito se deve em função das vicissitudes das relações entre as forças sociais. Neste contexto, a ampliação ou redução das atividades econômicas e dos serviços públicos estão relacionados com o confronto entre capital e trabalho. O capital pretende reservar sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, de todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo

serviços públicos se diferem, ainda, entre não privativos e privativos: enquanto os primeiros podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.⁷⁶

Emerson Gabardo retrata que há situações em que determinadas atividades econômicas em sentido estrito serão declaradas como de titularidade estatal (como um dever público típico), mas não receberão a *publicatio*, ou seja, não serão excluídas da incidência do princípio da livre iniciativa. Trata-se de uma forte exceção, que pode ser interpretada de duas formas. Na primeira, adotada por Carlos Ari Sundfeld, em tal situação não se estará diante de um serviço público propriamente dito, mas do que pode ser denominado de um “serviço social” (terceira modalidade que não se confundiria com a atividade econômica em sentido estrito nem com o serviço público). Isso porque seu status constitucional não é enquadrável no artigo 173 nem no caput do artigo 175.⁷⁷

Entretanto, há a segunda interpretação, desenvolvida por Eros Roberto Grau. Como materialmente é uma atividade essencial que, inclusive, foi juridicamente reconhecida como um dever típico do Estado (portanto de sua titularidade), seu enquadramento é realizado como sendo um efetivo serviço público, só que não privativo do Estado, pois poderá ser prestado livremente pelos particulares no regime jurídico de Direito privado (ainda que parcialmente derogado pelo Direito público).⁷⁸

A despeito da classificação proposta, é relevante destacar que não há um consenso pacífico acerca deste ordenamento normativo da atividade econômica.⁷⁹ A propósito, Romeu Felipe Bacellar Filho não vislumbra tal diferenciação entre atividade em sentido estrito e em sentido amplo. O jurista propõe a alteração da própria natureza da atividade econômica

especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 101-127.

⁷⁶ Há prestação de serviço público privativo, de titularidade da União nas hipóteses previstas no art. 21, incisos X, XI, e XII da Constituição de 1988; de titularidade dos Estados Federados, conforme o disposto no parágrafo 2º do artigo 25 da Constituição; e de titularidade dos Municípios, pelo que se depreende do artigo 30, V da Constituição Federal. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 121. Gabardo explica que é inadmissível no sistema jurídico brasileiro a exploração de serviços públicos privativos do Estado por intermédio das autarquias, cujo regime presta-se à execução de atividades estatais de caráter materialmente metaeconômico, ou seja, que não podem ser oferecidas no mercado. GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 137.

⁷⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 138.

⁷⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 138-139.

⁷⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 132.

quando prestada pelo Estado (mediante o reconhecimento de um regime jurídico diferenciado dos particulares e próximo ao das atividades eminentemente administrativas).⁸⁰

Emerson Gabardo considera que a classificação proposta por Eros Roberto Grau, que dissocia atividade em sentido estrito e o serviço público como espécie da atividade econômica, “parece consonante não só com a Constituição, mas com a própria natureza da expressão”.⁸¹ A partir da dissociação apresentada por Eros Roberto Grau, Gabardo afirma que o serviço público nada mais é do que “uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do estado ao torná-lo típico”. Estas atividades, como outra qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito Privado, caracterizado pela autonomia da vontade, capacidade universal, vinculação negativa ao Direito, disponibilidade de direitos e interesses e igualdade das partes. Diferentemente, a partir de sua ascensão à categoria de serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público, cujos adjetivos fundamentais são a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a igual desigualdade entre as partes.⁸²

Boa parte da doutrina, entre eles Celso Antonio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho,⁸³ Odete Medauar⁸⁴ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁸⁵ defende que os serviços públicos são submetidos ao regime jurídico de direito público,⁸⁶ tendo em vista que a prestação não se subordina aos postulados da livre iniciativa.⁸⁷

Todavia, na concepção de Emerson Gabardo, o regime jurídico dos serviços públicos é muito mais complexo. Gabardo aponta algumas das questões que dificultam um consenso sobre a natureza do regime jurídico dos serviços públicos: a definição popular raramente

⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 173.

⁸¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 134.

⁸² GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 134.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. Cobrança de tarifa pela prestação dos serviços Públicos de saneamento básico. In: MARRARA, Thiago; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene; Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. (Orgs.). **Direito e administração...** Op. cit., p. 454-555.

⁸⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno...** Op. cit., p. 325.

⁸⁵ Diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Existem algumas características que tradicionalmente são apontadas como próprias do serviço público: trata-se de atividade que o Estado assume, com ou sem exclusividade; a atividade é assumida pelo Estado precisamente porque ela é considerada essencial para a coletividade, não sendo conveniente que sua prestação fique dependente da iniciativa privada; exatamente por isso, a atividade é prestada sob o regime jurídico de direito público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 89.

⁸⁶ O conceito de “regime jurídico”, neste estudo, deve ser tido como expressão que designa o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde as normas de origem constitucional até as disposições normativas privadas que regulam determinada situação. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1182.

⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 684.

coincide com o entendimento que o pensamento oficial tem dele; é comum que o próprio posicionamento doutrinário a respeito do seu conceito retrate variações quando não fortes divergências, considerando que os sistemas jurídicos nem sempre trazem elementos suficientes para um fechamento conceitual; a ideia que se tem da própria ontologia dos serviços públicos varia conforme o modelo de Estado instituído pelo ordenamento jurídico-político, além do que, depende dos diferentes critérios distintivos, ainda que existam “aspectos consolidados” da sua noção.⁸⁸

De acordo com Monica Spezia Justen, a questão do regime jurídico dos serviços públicos reveste-se de uma dificuldade conceitual que se insere num contexto mais amplo: a distinção entre atividade pública e privada. Com fundamento em Mescheriakoff, a jurista expõe que o problema de se atribuir um regime jurídico especial, ou não aos serviços públicos pode ser resolvido pela identificação do fim a que se presta a atividade. Em suma, seria considerado serviço público, e teria regime jurídico especial toda atividade que se preste a um uso coletivo ou individual, não *intuito personae*, que satisfaça uma necessidade de uso público.⁸⁹

Para Eros Roberto Grau, a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público é totalmente equivocada. Ao correlacionar serviço público com a atividade desempenhada sob esse regime, além de privilegiar-se a forma em detrimento do conteúdo, incorre-se em indesculpável tautologia. Neste contexto, Grau explica que “determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público, e não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”. O autor ainda adverte que tal concepção formal de serviço público reduz o conceito ao “regime de direito administrativo” enquanto “regime especial marcado pela submissão dos interesses privados aos interesses públicos” em que se vislumbra um “regime exorbitante do direito comum”.⁹⁰

Carlos Ari Sundfeld afirma que o serviço público não está vinculado ao regime jurídico administrativo. Segundo o jurista, não é possível localizar no texto constitucional onde estaria a definição desse regime jurídico único, de modo que a Constituição faz referência apenas à previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e os deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público.⁹¹ Contrário à posição majoritária na doutrina,

⁸⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 134.

⁸⁹ JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público...** Op. cit., p. 64.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 114.

⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços Públicos e regulação estatal.** In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.) **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

Alexandre Santos de Aragão explica que não é possível justificar a vinculação dos serviços públicos ao regime de direito público utilizando como argumento a necessidade de atendimento de alguns princípios, como a universalidade e continuidade, eis que tais princípios, por si próprios, são bastante fluídos e também aplicáveis, total ou parcialmente, a atividades plenamente privadas, como ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de planos de saúde, mormente em razão da publicização dos contratos privados,⁹² da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e das imposições da legislação consumerista.⁹³

A complexidade em se determinar a natureza jurídica dos serviços públicos é ainda maior quando levado em conta os serviços públicos prestados pela iniciativa privada, à mercê do permissivo contido na Constituição Federal. O ordenamento jurídico brasileiro admite a participação de particulares na execução de atividades administrativas ligadas ao oferecimento de utilidade ou comodidades materiais aos administrados. O Estado pode prestar diretamente o serviço público (mediante órgãos ou pessoas jurídicas criadas para esta finalidade mediante delegação legal), ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão a empresas particulares.⁹⁴

Segundo Odete Medauar, mesmo que seja realizada por particulares, em tese sujeita a regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação: não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado.⁹⁵ No mesmo sentido, Marçal Justen Filho defende que, mesmo nos casos de serviços públicos prestados por particulares sob regime de concorrência, não incide o regime de autonomia próprio das atividades econômicas puramente privadas.⁹⁶ Marçal Justen Filho aponta que, neste caso, a qualificação jurídica da atividade (como serviço público ou como atividade econômica) dependeria da identidade do sujeito que a explorar. Para alguns, tal orientação excluiria a possibilidade de adoção de idêntica solução a outros serviços públicos, por não existir expressa previsão constitucional de concomitante exploração por particulares. Essa posição é insatisfatória porque não teria cabimento que as atividades mais essenciais (saúde, assistência social e educação) comportassem uma exploração mista, enquanto outras, de

⁹² Sobre a publicização do direito privado, veja-se: FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**... Op. cit., p. 16.

⁹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes**... Op. cit., p. 157.

⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**... Op. cit., p. 325.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Cobrança de tarifa pela prestação dos serviços Públicos de saneamento básico. In: MARRARA, Thiago; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene; Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. (Orgs.). **Direito e administração**... Op. cit., p. 454-555.

relevo político, social e econômico muito menor, fosse, reservadas privativamente ao Estado.⁹⁷ Romeu Felipe Bacellar Filho, na mesma esteira, assevera que a outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação. O prestador do serviço trava com o Estado uma relação jurídica de colaboração, permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço.⁹⁸ É este, também, o posicionamento de Jacques Dembour⁹⁹ e José Joaquim Gomes Canotilho.¹⁰⁰

Em sentido contrário, Cristiane Derani defende que a transferência da atividade da mão pública para a mão privada não é mera alteração do sujeito agente, mas provoca toda uma modificação no objeto social e na origem patrimonial e implica em alteração do sujeito. No entendimento de Derani, a empresa privada responsável pelo exercício de atividade típica do Estado passará a produzir valores de troca com o objetivo de obter lucro, enquanto o Poder Público produz valores de uso com objetivo de satisfazer uma necessidade social procurando remunerar a produção para continuar dispondo do capital produtivo. A confrontação destas duas formas de produção leva necessariamente a um impasse, posto que a lógica do mercado é distinta da do serviço público. A lógica do mercado se insere na preferência individual para produção e consumo e no poder econômico que detém estes indivíduos para exercer com maior amplitude sua preferência e se reproduz pela movimentação dos valores de troca. Ao revés, a lógica do serviço público é a de produção para solver necessidades sociais e se dirige, portanto, à produção de valores de uso social.¹⁰¹

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 743.

⁹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito...** Op. cit., p. 50.

⁹⁹ Segundo Jacques Dembour, o cumprimento de uma atividade ou tarefa elevada à categoria de serviço público pode ser assumida por um organismo privado, caso em que se estará diante de uma gestão privada de serviço público. DEMBOUR, Jacques. **Droit Administratif...** Op. Cit., p. 91.

¹⁰⁰ Canotilho esclarece que a transferência de tarefas para os sujeitos privados não significa um abandono da responsabilidade estatal pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 354.

¹⁰¹ DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos:** as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 74-75.

II. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

2.1 A REFORMA GERENCIAL: CONTEXTO HISTÓRICO

O histórico de reformas na administração pública revela que os fatores que justificam a implantação de um novo modelo de administrativo estão, no mais das vezes, fundamentados nas deficiências e nos problemas apresentados pelo modelo anterior e não nas características e na possibilidade de quebra de paradigmas do modelo que se propõe.

A Administração Pública Burocrática, modelo administrativo que precedeu a administração gerencial, baseada nos princípios administrativos do exército prussiano, surgiu na segunda metade do século XIX, durante o Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo típicos da Administração patrimonialista.¹⁰² A administração burocrática se pautou na profissionalização, na ideia de carreira, na hierarquia funcional, na impessoalidade e no formalismo. A concepção do modelo burocrático parte de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é “a efetividade no controle dos abusos”.¹⁰³ O modelo burocrático clássico surge como resultado de uma série de reformas do serviço público implantadas na segunda metade do século XIX na Alemanha, na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos e no início do século XX, no Canadá, na Nova Zelândia e na Austrália,¹⁰⁴ como resposta à incompatibilidade do modelo de administração patrimonial com o capitalismo industrial e com os regimes parlamentares político-liberais que surgiram no século XIX,¹⁰⁵ não obstante os problemas estruturais relacionados ao nepotismo, empreguismo e a corrupção.¹⁰⁶

¹⁰² Na administração Pública Patrimonialista, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995, p. 15.

¹⁰³ Este defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram muito reduzidos. O Estado limitava-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 15.

¹⁰⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 206.

¹⁰⁵ Conforme aponta Luiz Carlos Bresser Pereira, o capitalismo exige, como condição para a sua manutenção, a existência do estado de direito e de uma nítida separação entre Estado e mercado, ao passo que as atividades empresariais necessitam de instituições que garantam os direitos de propriedade e os contratos. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 202-207.

¹⁰⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 241.

Este cenário exigiu o desenvolvimento de um tipo de administração que partisse não só da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre político e o administrador público.¹⁰⁷ A par disso, a reforma do serviço público e o aparecimento da administração burocrática, baseada na centralização, linhas hierárquicas e métodos impessoais de recrutamento de pessoal e sigilo, representaram um nível mais elevado de racionalidade instrumental ou eficiência em relação ao modelo patrimonial.¹⁰⁸

O modelo de administração pública burocrática clássica foi recepcionado com entusiasmo porque representava uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. No entanto, à medida que o pequeno Estado liberal do século XIX foi sendo substituído pelo grande Estado social-democrático do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais – educação, saúde, cultura, previdência e assistência sócia, pesquisa científica – e de papéis econômicos – regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura - a administração burocrática não garantiu que fossem prestados ao público serviços de boa qualidade ou de baixo custo.¹⁰⁹ O problema da eficiência tornou-se, portanto, essencial. Por outro lado, a expansão do Estado respondia não só às pressões da sociedade, mas também às estratégias de crescimento da própria burocracia.¹¹⁰

A administração pública burocrática, no dizer de Bresser Pereira, mostrou-se lenta, dispendiosa, autocentrada, autoritária e não preocupada em atender às demandas dos cidadãos. Para o economista, diante do aumento dos serviços públicos prestados pelo Estado de bem-estar social, o pressuposto da eficiência, no qual se baseia a reforma do serviço público, não se mostrou sólido no modelo burocrático, antes apontou para o esgotamento da administração pública burocrática, possibilitando que a nova gestão pública ficasse em evidência.¹¹¹ Neste contexto, desde o início dos anos 1980, vê-se crescer em todo o mundo uma onda global de reforma do setor público. Praticamente todos os governos começaram a

¹⁰⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 241.

¹⁰⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 207.

¹⁰⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 241.

¹¹⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 242.

¹¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 208.

ser pressionados a reduzir o tamanho do Estado, de modo a modernizar e agilizar a administração pública.¹¹²

É necessário destacar, todavia, que parte substancial da doutrina aponta severas críticas à adoção de um modelo gerencial de administração em contraposição ao modelo burocrático, principalmente pelo discurso utilizado para a legitimação do novo sistema. Conforme aponta Emerson Gabardo, a deturpação decorrente da formação de um “estamento burocrático”, completamente afastado do modelo burocrático, propiciou o nascimento de um preconceito em relação ao próprio modelo. Sendo assim, ao invés de medidas tendentes a realinhar o regime a fim de aproximá-lo do ideal, tornou-se corrente a busca por desburocratização.¹¹³ Neste contexto, Emerson Gabardo, considera que as críticas apontadas à burocracia na qualidade de sistema, em regra de caráter destrutivo, são em sua maioria deslocadas. Para o autor, é a autonomização do modelo burocrático que provocou a sua deturpação, seja em decorrência da permanência do clientelismo e do formalismo, que, por óbvio, provocou prejuízos nas perspectivas material, inclusive do ponto de vista político-democrático.¹¹⁴

A Administração Pública Gerencial emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial. A eficiência da administração pública, neste período tomada como sinônimo de redução de custos e aumento da qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário, torna-se então essencial e passa a ser a orientação predominante para a reforma do aparelho do Estado.¹¹⁵

Este modelo de administração pública constitui um avanço e até certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial encontra apoio na reforma burocrática, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais.¹¹⁶ A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de

¹¹² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 242.

¹¹³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 44.

¹¹⁴ O administrativista afirma que “é ingênuo acreditar que o modelo gerencial vai acabar com os primeiros problemas, bem como que a melhor solução para o excesso de formalismo é a sua negação, através do liberalismo administrativo”. Gabardo pondera, entretanto que exaltar a eficiência do modelo burocrático não significa defender o formalismo irresponsável, que é “incontestavelmente pernicioso”. GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 39.

¹¹⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 15.

¹¹⁶ Entre os princípios peculiares à administração burocrática que sofrem a flexibilização imposta pelo modelo gerencial estão a admissão segundo critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de

basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.¹¹⁷

A reforma da gestão pública gerencial só ganhou impulso nos anos 1980, com a onda neoliberal e com a eleição de Margaret Thatcher para primeira-ministra do Reino Unido.¹¹⁸ As principais iniciativas originaram-se da política inicial de reduzir o tamanho e o custo do setor público. Esses objetivos simples influenciaram os melhoramentos efetuados no gerenciamento e as mudanças mais importantes nas atividades do Estado britânico. Uma das medidas importantes adotadas durante a reforma gerencial no Reino Unido foi a implantação de um sistema de organização do trabalho de modo que cada departamento fosse organizado com vistas a focalizar o serviço a ser feito. O novo sistema levou ao processo de delegar a responsabilidade pela administração às agências executivas e de reduzir os sistemas centralizados de administração do serviço público.¹¹⁹ A reforma gerencial no Reino Unido possibilitou, desse modo, o aumento do profissionalismo na administração do setor público, permitindo uma maior especificidade quanto aos resultados que pretendem alcançar.¹²⁰

Na Nova Zelândia, as reformas na administração pública tinham como objetivo melhorar o desempenho e aumentar a *accountability* do setor público em todos os aspectos. Especificamente, a reforma neozelandesa procurou melhorar a relação custo/eficiência na produção de bens e serviços pelo setor público e na qualidade desses bens e serviços, tornar a atuação do setor público como provedor de bens e serviços mais sensível às necessidades dos consumidores, dar aos representantes eleitos maior controle sobre a utilização do dinheiro dos contribuintes, aumentar a transparência do setor público e restringir os gastos públicos em geral, dentro dos limites de uma administração fiscal responsável.¹²¹ O Estado neozelandês conseguiu promover uma transformação ainda mais radical no setor público. Conforme

remuneração, as carreiras estruturadas, a avaliação constante de desempenho e o treinamento sistemático. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 15-16.

¹¹⁷ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 15-16.

¹¹⁸ Todavia, o tema da reforma administrativa, no Reino Unido, vem de longa data. Segundo Kate Jenkins, os governos britânicos têm lutado contra a incompetência e a ineficiência desde que a burocracia governamentalmente existe, com objetivos em comum: melhorar o funcionamento do governo, aumentar a eficiência, reduzir custos, eliminar o empreguismo e a corrupção e aumentar a eficiência. JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 201.

¹¹⁹ JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 205.

¹²⁰ JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 211.

¹²¹ RICHARDSON, Hurt. As reformas no setor público da Nova Zelândia. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 217.

destaca Donald Kettl, é provável que nenhum outro país no planeta tenha sido mais agressivo do que a Nova Zelândia na venda de empresas estatais ao setor privado e na sujeição do restante de sua administração pública à concorrência de mercado.¹²² As funções das agências públicas passaram a obedecer a metas muito claras de desempenho, ao passo que os administradores mais graduados passaram a ser remunerados de acordo com o desempenho e os que não atingem as metas propostas podem ser demitidos.¹²³

Destarte, tanto no Reino Unido quanto na Nova Zelândia, o modelo de administração gerencial adotado obedeceu estritamente aos pressupostos da teoria econômica. Em outros termos, é o mercado que determina o sucesso da administração pública, de modo que o conceito de eficiência, neste contexto, apresenta um forte viés econômico.

Nos Estados Unidos, a reforma do serviço público nos Estados Unidos foi relativamente tardia. No âmbito federal, a reforma da gestão pública começou em 1978, com a *Civil Service Reforma Act*, no governo do presidente Jimmy Carter. Essa lei previa a introdução da avaliação de desempenho e de sistemas de remuneração baseados no mérito para o serviço público norte-americano, juntamente com novos procedimentos de rebaixamento e demissão.¹²⁴

Na América Latina, o tema da reforma administrativa, manteve-se visível durante a maior parte dos últimos 70 anos. No entanto, na maioria dos países, a reforma administrativa não envolveu uma mudança significativa, limitando-se a alterações de estrutura organizacional, tendo por base o modelo burocrático norte-americano ou francês. Embora o desafio fosse superar o domínio patrimonial e tornar a administração pública profissional e racional-legal, as reformas intentadas não acompanharam o modelo da gestão pública. Segundo Bresser Pereira, a maior parte dessas reformas foi conduzida por economistas locais e de organismos internacionais, que têm pouca familiaridade com a gestão pública e sentimentos contraditórios sobre o tema. Diante deste panorama, a reforma da gestão pública avançou pouco na América Latina, salvo no Brasil e no Chile.¹²⁵

¹²² KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 83.

¹²³ Tanto no Reino Unido quanto na Nova Zelândia, as reformas administrativas seguiram rigorosamente a teoria econômica: o Estado, por ser monopolista, é inerentemente ineficiente; tende a crescer e a “inchar”; e por isso tem mau desempenho. Esta tese foi contraposta ao argumento de que “não há ineficiência, má gestão e desperdício só na administração pública; que o mesmo acontece em *qualquer* monopólio, público ou privado; e que só a livre concorrência é capaz de corrigir esses vícios”. KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 83.

¹²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 231-232.

¹²⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 239-243.

A reforma administrativa chilena ocorreu em um contexto diferente dos demais países. Desde 1982, o Chile não enfrentou uma situação crítica ou inadministrável que tornasse necessária a adoção de medidas drásticas. Além disso, não enfrentou nenhum dos problemas que geralmente acompanham os processos de reforma do Estado, como crise fiscal, corrupção generalizada, deficiências óbvias, ou graves questões sobre o tamanho ou o escopo adequados do Estado.¹²⁶

2.2 O CENÁRIO DE IMPLANTAÇÃO DA REFORMA GERENCIAL NO BRASIL

A implantação de um modelo de administração gerencial no Brasil em substituição ao modelo burocrático, seguindo a experiência já adotada por outros países, surgiu como consequência administrativa da tentativa de consolidação e legitimação do Estado Social. Enquanto, por um lado, se iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário através de um processo de privatizações de empresas estatais, por outro lado, constituiu-se um novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação, numa tentativa de se alcançar maior eficiência na prestação dos serviços públicos.¹²⁷

A ideia de reforma e modernização da Administração Pública burocrática não nasceu com o gerencialismo típico da década de 1990, e nem com ele se encerrou, como se ele tivesse realizado uma “superação dialética” ou mesmo uma “ruptura de paradigma epistemológico”.¹²⁸ Diante disso, é possível situar a gênese do modelo gerencial no Brasil na segunda reforma administrativa, ocorrida em 1967.¹²⁹

O modelo de administração burocrática que emergiu a partir dos anos 1930 foi consequência do capitalismo moderno e da aceleração da industrialização brasileira, onde o Estado assumiu papel decisivo, intervindo pesadamente no setor produtivo de bens e serviços. Neste contexto, a administração pública sofreu um processo de racionalização que se traduziu no surgimento das primeiras carreiras burocráticas e na tentativa de adoção do concurso como forma de acesso ao serviço público.¹³⁰ Com o objetivo de realizar a modernização

¹²⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 246.

¹²⁷ No Brasil, a importância do Direito da regulação foi maior que em outros países, pois, sendo de criação recente, também evoluiu em pouco tempo, acompanhando o desenvolvimento das privatizações, que lhe deram um grande impulso. WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. In: **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 866, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez./2006, p. 15.

¹²⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 117.

¹²⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do Estado...** Op. cit., p. 243.

¹³⁰ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 18-19.

administrativa, foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, em 1936. De início, a administração pública sofre a influência da teoria da administração científica de Taylor, tendendo à racionalização mediante a simplificação, padronização e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicação de métodos na definição de procedimentos. Registra-se que, neste período, foi instituída a função orçamentária enquanto atividade formal e permanentemente vinculada ao planejamento. Entretanto, o patrimonialismo (contra o qual a administração pública burocrática se instalara), embora em processo de transformação, mantinha ainda sua própria força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo.¹³¹

Tendo em vista as inadequações do modelo, a administração burocrática implantada a partir de 1930 sofreu sucessivas tentativas de reforma, que incluíram a extinção e criação de órgãos e a constituição de estruturas paralelas visando alterar a rigidez burocrática.¹³²

Todavia, no Brasil, a evolução do Estado Personalista para o Estado Moderno não se realizou de forma clara. Demonstração deste fenômeno foi a presença marcante do bacharelismo na Administração Pública brasileira. Com base na posição de Raymundo Faoro, Gabardo expõe que a confusão entre o setor privado e o público altera sua forma de manifestar-se em face da personificação absolutista, mas se mantém como um vício na medida em que o capital arrecadado pelo Estado é distribuído entre seus “clientes”, pelo emprego público. Ou seja, as raízes da burocracia brasileira, contrariamente ao modelo legal-burocrático de administração pública, estruturam-se no bojo de um Estado formalmente público, mas materialmente privado.¹³³

A reforma iniciada pelo Decreto-lei nº 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil.¹³⁴ Pela reforma instaurada pelo Decreto-Lei nº 200, realizou-se a descentralização de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores, a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle.¹³⁵

¹³¹ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 18-19.

¹³² BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 19.

¹³³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 34.

¹³⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 243.

¹³⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 20.

O Decreto-Lei nº 200 representou um ensaio da reforma administrativa. No entanto, o modelo proposto pelo diploma legal teve duas consequências inesperadas e indesejáveis: de um lado, permitiu a contratação de servidores sem concurso público, o que facilitou a sobrevivência de práticas patriarcalistas e nepotistas; de outro, não se preocupou com mudanças na estrutura da administração direta ou central, ou seja, não conferiu a devida importância para as carreiras de altos administradores. Como resposta, o modelo implantado permitiu a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central.¹³⁶ A reforma administrativa cogitada pelo Decreto-Lei nº 200 ficou pela metade e acabou por fracassar.¹³⁷

Uma nova tentativa de inversão da tendência expansionista da administração pública brasileira se manifesta em julho de 1979, quando o Decreto nº 83.740 institui o Programa Nacional de Desburocratização¹³⁸ que, a partir de 1981, define a política restritiva na criação de novas entidades parastatais e estabelece as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado.¹³⁹

Conforme explica Hélio Beltrão, o Programa Nacional de Desburocratização adotou a acepção popular de burocracia, e não a científica ou acadêmica, segundo a qual a burocracia corresponde a uma organização administrativa sem nenhuma conotação depreciativa, de acordo com o conceito desenvolvido por Max Weber.¹⁴⁰ Beltrão justifica a tomada da acepção popular de burocracia aludindo que “como o programa se propõe a promover uma transformação cultural, sua linguagem, endereçada diretamente ao usuário e ao servidor, não pode ser a científica, que está nos livros, e sim a popular, que está na mente do povo e nos dicionários mais modernos [...]”.¹⁴¹ Entretanto, não se mostra plausível a adoção da acepção popular de burocracia¹⁴² – diga-se de passagem, carregada de conotação negativista, como de

¹³⁶ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 20.

¹³⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. **Revista Jurídica Virtual**. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm. Acesso em 2 de outubro de 2013.

¹³⁸ O Programa Nacional da Desburocratização originou o extinto Ministério Extraordinário para a Desburocratização, em 1979, durante o governo de João Baptista Figueiredo, cujo primeiro Ministro foi Hélio Beltrão.

¹³⁹ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 242, out./ dez 2005, p. 113.

¹⁴⁰ BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto Hélio Beltrão, 2002, p. 30.

¹⁴¹ BELTRÃO, Hélio. **Descentralização...** Op. cit., p. 30.

¹⁴² O verbete “burocracia” apresenta, deveras, conotações diferentes. Segundo o dicionário etimológico da língua portuguesa, a burocracia pode se referir tanto à “administração da coisa pública por funcionário sujeito a hierarquia e regulamentos rígidos, e a uma rotina inflexível” quanto à complicação ou morosidade no

morosidade e de má prestação de serviços públicos - tão somente por uma questão de facilidade de interpretação. O ideal de burocracia proposto por Max Weber, exprime a forma de organização humana fundada na racionalidade, a fim de garantir a máxima eficiência possível no alcance dos objetivos do Estado. O modelo burocrático de administração tem suas bases na prestação de serviços por pessoas qualificadas para tanto, no cumprimento normal e continuado dos deveres do Estado e na organização em setores jurisdicionais estáveis e oficiais organizados.¹⁴³ Na visão de Emerson Gabardo, Max Weber foi quem perfeitamente descreveu a dominação legal realizada através do quadro burocrático. Na burocracia, o Direito é racionalmente estabelecido dentro de um território a partir de um conjunto de regras abstratas. As ordens expedidas pelos funcionários passam a ser impessoais e quem as obedece o faz como membro da “associação”, pelo que, só há obrigação dentro da competência objetiva, racionalmente limitada. As definições típico-ideais de Estado e burocracia se fundam, então, na natureza dos “meios”. A partir desta concepção, os fins do Estado podem ser mais diferentes devido à existência de inúmeros e discrepantes interesses; o que o define é a sua capacidade de alcançar os próprios fins através de meios racionais: os procedimentos.¹⁴⁴

Neste contexto, ainda que, para Luiz Carlos Bresser Pereira a administração pública gerencial não decorra apenas de problemas de crescimento, e das decorrentes diferenciações de estruturas e complexidade crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também da legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania,¹⁴⁵ a estratégia de atrelar a noção de burocracia à ideia desenvolvida no imaginário coloquial se mostra uma medida tendenciosa, na medida em que acentua o aspecto negativo do conceito de burocracia para justificar o rompimento com o sistema de administração antigo e obter o apoio popular para a implantação do novo modelo adotado.

A partir do início da década de 1980, a ação direta do Estado na atividade econômica e social atinge o ápice de sua ascensão no Brasil, o que enseja uma estrutura gigantesca. A título exemplificativo, Caio Tácito expõe que, enquanto até o ano de 1930 os órgãos paraestatais não iam além de 17, este número elevou-se a 70 na década de 1950, saltando para 582 na década de 1980.¹⁴⁶

desempenho de tarefas. CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 106.

¹⁴³ WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Brasília: Conselho Federal de Administração, 2012, p. 9-10.

¹⁴⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 33.

¹⁴⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., 242.

¹⁴⁶ Esta intervenção incisiva do Estado na economia visava, entre outros fatores, o desenvolvimento econômico e a ocupação de setores em que se revelava ineficaz ou ausente a iniciativa privada, a par do monopólio estatal

Com a multiplicação de atribuições assumidas pelo Poder Público durante o Estado de Bem-Estar Social, seguiu-se um quadro de dificuldades financeiras e déficits orçamentários que reduziram sensivelmente a capacidade de o Estado executar os encargos que assumira. Os serviços públicos se revelaram deficientes. Descapitalizadas, as empresas estatais não absorveram, em tempo hábil, as novas tecnologias.¹⁴⁷

Desse modo, o Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza.¹⁴⁸ Não obstante, a constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao caminho para Reforma de Estado implementada a partir da década de 1990.¹⁴⁹

A crise do modo de intervenção, acelerada pelo processo de globalização da economia mundial, caracterizou-se pelo esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações, que foi bem sucedido em promover a industrialização nos anos 1930 e 1950, mas que deixou de sê-lo a partir dos anos 1960; transpareceu na falta de competitividade de uma parte ponderável das empresas brasileiras; expressou-se no fracasso em se criar no Brasil um Estado do Bem-Estar que se aproximasse dos moldes socialdemocratas europeus.¹⁵⁰

Embora a crise da burocracia administrativa brasileira tenha emergido com toda a força depois de 1988, os sinais de sua eclosão surgiram ainda no regime militar, não só porque o governo autoritário não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, adotou um mecanismo de recrutamento de administradores através de suas empresas estatais.¹⁵¹

Segundo o panorama traçado por Bresser Pereira, nos dois primeiros anos do regime democrático, a crise fiscal e a necessidade de rever radicalmente a forma de intervir na economia foram ignoradas. Imaginou-se que seria possível promover a retomada do desenvolvimento e a distribuição da renda através do aumento do gasto público e da elevação

nos setores de petróleo e de telecomunicações. TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 113.

¹⁴⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos...** Op. cit., p. 22.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, jul., 2002, p. 286-288.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 293.

¹⁵⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 240.

¹⁵¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 240.

forçada dos salários reais, ou seja, através de uma versão populista. O resultado deste modelo foi o desastre do Plano Cruzado. O país, sob a égide de uma coalização política, mergulhou em uma política populista e patrimonialista que representava uma verdadeira volta ao capital mercantil.¹⁵²

O modelo de administração pública contido na Constituição de 1988 resultaria de todas essas forças contraditórias. Seria uma reação ao populismo e ao fisiologismo que recrudesciam com o advento da democracia. Em síntese, o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 foi uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos, mas também foi uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o *ethos* burocrático. Além disso, resultou de uma atitude defensiva da alta burocracia, que, sentindo-se acuada e injustamente acusada, defendeu-se de forma irracional.¹⁵³ Por isso, a Constituição sacramentaria os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo. Uma administração pública “altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda prioridade seria dada à administração direta, e não à indireta”.¹⁵⁴

A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.¹⁵⁵ A Constituição de 1988, no entendimento de Bresser Pereira, ignorou completamente as novas orientações da administração pública.¹⁵⁶

Embora tenha estabelecido a exigência de concurso público para todos os cargos, a Constituição de 1988 retrocedeu ao rejeitar a descentralização, por julgá-la vinculada ao autoritarismo militar.¹⁵⁷ Este enrijecimento burocrático, dos quais resultou o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira, agravou a crise administrativa.¹⁵⁸

¹⁵² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 245.

¹⁵³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 248.

¹⁵⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 246.

¹⁵⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 21.

¹⁵⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 246.

¹⁵⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. **Revista Jurídica Virtual...** Op. cit.

¹⁵⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 240.

Conforme retrata Bresser Pereira, num momento em que o país necessitava urgentemente reformar sua administração pública, de modo a torna-la mais eficiente e de melhor qualidade, aproximando-a do mercado privado de trabalho, a Constituição Federal de 1988 realizou o inverso. O serviço público tornou-se mais influente e mais caro, e o mercado de trabalho público separou-se completamente do mercado de trabalho privado. Esta separação foi causada pelo sistema privilegiado de aposentadorias do setor público; pela exigência de um regime jurídico único, que levou à eliminação dos funcionários celetistas; e pela afirmação constitucional de um sistema de estabilidade rígido, que tornou inviável a cobrança de trabalho dos servidores.¹⁵⁹

Após o episódio da hiperinflação, em 1990, no final do governo Sarney, a sociedade abriria os olhos para a crise. Em consequência, as reformas econômicas e o ajuste fiscal ganharam impulso no governo Collor. O Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, representou um importante passo para primeiro grande passo para modificar o papel do Estado.¹⁶⁰

Embora o Governo Collor tenha se perdido em meio à corrupção – culminando, inclusive, no impeachment do presidente – foi nele que se iniciou o processo de reforma da economia, dando um novo impulso às privatizações e ao ajuste fiscal.¹⁶¹ Na área da administração pública, porém, as tentativas de reforma do governo Collor foram equivocadas. De acordo com Bresser Pereira, as causas do fracasso do governo Collor na implantação de um novo modelo administrativo se devem a um diagnóstico equivocado da situação e à falta de competência técnica para enfrentar os problemas, culminando na tentativa desastrosa de

¹⁵⁹ Bresser Pereira chama a atenção para o fato de que a estabilidade, entretanto, implica um custo, além de impedir a adequação dos quadros de funcionários às reais necessidades do serviço e inviabilizar a implantação de um sistema de administração pública eficiente, baseado nem sistema de incentivos e punições. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 252.

¹⁶⁰ O artigo 1º da Lei nº 8.031/1990 elencava como objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização: “I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa. BRASIL. **Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em 2 de setembro de 2013. Posteriormente, essa Lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que, embora alterando procedimentos previstos na lei anterior, manteve as linhas básicas do Programa.

¹⁶¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 250.

reduzir o aparelho do Estado por meio da demissão de funcionários e eliminação de parte da estrutura estatal, sem antes assegurar a legalidade das medidas através da reforma da Constituição.¹⁶²

O tema da reforma da administração pública foi novamente retomado no primeiro mandato do Governo Fernando Henrique Cardoso (1994-1998), embora não constasse dos temas da campanha eleitoral de 1994.¹⁶³ Como medida para implantação da reforma da administração, Fernando Henrique Cardoso decidiu transformar a antiga e burocrática Secretaria da Presidência, que geria o serviço público, em um novo ministério, o da Administração Federal e Reforma do Estado. Escolhido para o cargo de ministro, Luis Carlos Bresser propôs que a reforma administrativa fosse incluída entre as reformas constitucionais já definidas como prioritárias pelo novo governo – reforma fiscal, reforma da previdência social e eliminação dos monopólios estatais.¹⁶⁴ A Emenda Constitucional da reforma administrativa foi remetida ao Congresso Nacional em agosto de 1995. À emenda, seguiu-se a publicação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado -, cuja proposta básica era transformar a administração pública brasileira, de burocracia, em gerencial.¹⁶⁵

2.3 FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Ainda que não se possa falar da existência de uma unanimidade sobre o diagnóstico da crise, menos ainda sobre as estratégias que deveriam ser adotadas, o modelo de reforma que prevaleceu foi o que postulava que o Estado deveria reduzir o seu tamanho, se tornar mais ágil, flexível, eficiente, e, principalmente, “mais responsável diante da sociedade”.¹⁶⁶ No entanto, à semelhança do que ocorreu em outros países, não havia neste momento no cenário político brasileiro uma visão unânime sobre como a reforma deveria ocorrer. Isso porque, dentre outras razões, também estava em curso no país “um novo paradigma reformista: o

¹⁶² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 250.

¹⁶³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 21.

¹⁶⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 21.

¹⁶⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 22.

¹⁶⁶ FLEURY, Sonia. Reforma del Estado. **RAP – Revista de Administração Pública**, 35, Set/Out. 2001, p. 12.

estado-novíssimo-movimento-social, que rearticula o Estado e a sociedade, combinando a democracia representativa e a participativa.¹⁶⁷

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, documento desenvolvido durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso sob a coordenação do então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira,¹⁶⁸ representou a tentativa do Ministério da Administração e Reforma do Estado de modernizar as práticas administrativas do Estado brasileiro na década de 1990.¹⁶⁹ Objetiva-se preparar o Estado para enfrentar a crise que ameaçava as economias em escala mundial, e em tese, proporcionar maior competitividade ao País num cenário de intensificação da integração regional e, principalmente, global.¹⁷⁰ Para tanto, entendeu-se necessário encaminhar ao Congresso Nacional diversos projetos transformadores existentes, reabrindo a discussão da modificação do modelo de gestão burocrático para o denominado modelo gerencial.

O paradigma de reforma gerencial brasileiro foi importado do sistema do *common law*, de onde se tentou copiar a existência de agências e do qual se extraiu uma série de neologismos inspirados na Ciência Política, como, por exemplo, *governance* (governança) e *accountability*.¹⁷¹ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado pretendeu, ainda, reforçar a governança - a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada

¹⁶⁷ PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira. Entre o Gerencialismo e a Gestão Social. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, v.45, n.1, 2005, p. 39.

¹⁶⁸ Luiz Carlos Bresser Pereira foi ministro do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado durante os anos de 1995 e 1998 – período de existência deste ministério.

¹⁶⁹ Irene Patrícia Nohara retrata, sinteticamente, o conteúdo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal: contemplou a interpretação da crise do Estado, associada à crise econômica e à globalização, no seu viés de ajuste fiscal; a classificação das três formas de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e gerencial; um breve histórico das Reformas Administrativas no Brasil; um diagnóstico da situação que tinha em foco as seguintes indagações: atividades que podem ser eliminadas ou transferidas para Estados, Municípios, setor público não estatal ou privado, criação de novas instituições (agências autônomas e organizações sociais) para que o Estado desempenhasse funções mais reguladoras do que executoras, revisão do contingente de servidores existentes, com política de recursos humanos nova, rumo à qualidade e à motivação, e orientação do Estado para a eficiência; o quadro dos principais setores do Estado e das formas de gestão mais adequadas; a estratégia de mudança, com base em alterações constitucionais e legislativas; os principais projetos de reforma; e, por fim, os órgãos estratégicos envolvidos na “missão”. NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78-79.

¹⁷⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 77.

¹⁷¹ O termo *accountability* sequer foi traduzido, mas é geralmente utilizado para designar o dever de os agentes públicos prestarem contas dos resultados obtidos, em função da posição e do poder retidos. No vocabulário da nova gestão, o objetivo era mudar o modelo burocrático, centrado nas regras (*rule-based accountability*), para uma noção de gestão pelo desempenho/resultado (*performance-based accountability*). NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 80-97.

para o atendimento do cidadão.¹⁷² O modelo proposto apresentou um viés inspirado na administração de empresas, mas, segundo o discurso oficial, não pode ser confundida com esta. Ressalta, então, que enquanto a administração de empresas está voltada para o lucro privado, para a maximização dos interesses dos acionistas, esperando-se que, pelo mercado, “o interesse coletivo seja atendido, a administração pública gerencial está explícita e diretamente voltada para o interesse público”.¹⁷³

De modo geral, a proposta de reforma administrativa¹⁷⁴ desenvolvida por Bresser Pereira procurava combinar a visão que já vinha construindo desde meados da década de oitenta sobre a crise brasileira, com as concepções de reforma do aparelho do Estado que se agrupavam em torno da chamada administração pública gerencial.¹⁷⁵

Acerca das condições políticas e democráticas necessárias para a instituição do novo modelo de administração, o Plano Diretor consignou que “o governo brasileiro não carece de ‘governabilidade’, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil”. Entretanto, o documento ressaltou como dificuldade o que convencionou chamar de “problema de governança”,¹⁷⁶ na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.¹⁷⁷ A despeito disso, tornou-se recorrente como modelo modernizante a tentativa de importação do paradigma europeu, focado na ideia geral de governança. Todavia, é na própria tentativa de importação que reside o problema da adoção do modelo de governança no Brasil. Consoante expõe Gabardo, embora a ideia de governança pareça uma só, a realidade europeia é muitíssimo distinta dos países em desenvolvimento como o Brasil. Para a União Europeia, a governança designa especificamente “um conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu,

¹⁷² BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 13-14.

¹⁷³ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 16-17.

¹⁷⁴ Luiz Carlos Bresser Pereira explica que a reforma da gestão pública não deve ser confundida com “reforma regulatória”, apesar de envolver a descentralização para agências reguladoras. A despeito de a reforma regulatória ter surgido mais ou menos ao mesmo tempo que a reforma da gestão pública, aquela foi claramente uma expressão da onda neoliberal que visava a reduzir o tamanho do Estado. É um complemento da privatização, justificando a venda de empresas estatais que atuam em setores monopolistas ou quase-monopolistas, como energia elétrica, abastecimento de água e saneamento básico. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 268.

¹⁷⁵ OSBORNE, David; GLAEBER, Ted. **Reinventando o governo:** como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Tradução de Sérgio F. G. Bath e Ewandro M. Júnior. 2. Ed. Brasília, MH Comunicação, 1995, p. 25.

¹⁷⁶ De acordo com Gabardo, a expressão “governança” surgiu em substituição ao termo “governo”, por um “eufemismo que lhe pudesse extrair a conotação autoritária que lhe seria tão característica”. No Brasil, a ideia de “governança” obteve pouco impacto no universo jurídico, restando mais relevante para os administradores e economistas. Desenvolve-se renovada, porém, a noção de “boa administração”, típica da doutrina italiana. GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 116.

¹⁷⁷ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 13-14.

essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia”. Diverso disso, no Brasil a ideia de governança vem sendo o lema daqueles que querem justamente desprestigiar as formas de atuação do Estado rumo à ampliação do setor privado, ainda que público não-estatal.¹⁷⁸ Desse modo, o cerne da governança torna-se puramente administrativo e não na participação dentro do processo político de decisão a respeito do exercício da função administrativa. Esta situação acaba por alterar, para pior, o já retórico discurso da governança, pois do ponto de vista ontológico não inova em nada (ou muito pouco) nos métodos tradicionais da democracia de Estado de bem-estar social. De acordo com Gabardo, trata-se de um discurso “construído fundamentalmente como decorrência da perene dificuldade prática dos governos dos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento (ainda que por motivos radicalmente diversos) de propiciar a proclamada participação efetiva dos cidadãos no exercício do poder”. A diferença da concepção dada à governança no Brasil e na Europa é, pois, gritante.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é claro ao propor uma ruptura com o modelo de Estado até então operante, quando consigna que a reforma do Estado¹⁷⁹ deve ser entendida “dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento”.¹⁸⁰ O plano questionou a atuação direta do Estado no domínio econômico, considerando que seria necessário que fossem transferidas para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado, dando ênfase aos processos de privatização.¹⁸¹ Daí a crítica de Emerson Gabardo, quando aduz que infelizmente, o Plano de Reforma Gerencial tem influência direta dos aspectos mais marcantes da mentalidade pragmatista, cuja prática confere muito mais ênfase à privatização do que à “boa conduta pública”. Aliás, a teoria do social-liberalismo de Bresser Pereira tem assumidamente esta feição, na medida em que o próprio autor propõe equivalência entre as denominações “pragmática” e “social liberal”.¹⁸²

A política da administração pública gerencial se baseia em tomar o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Assim, os resultados da ação do

¹⁷⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 118.

¹⁷⁹ A redação dada ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabeleceu uma distinção entre reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado. Segundo o documento, a reforma do Estado diz respeito “às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania”. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 11-12.

¹⁸⁰ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 12.

¹⁸¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 79.

¹⁸² GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 55.

Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, mas porque as necessidades do cidadão cliente estão sendo atendidas.¹⁸³

O ambiente gerencial propõe, destarte, um modelo de governo orientado para o cidadão e para a obtenção de resultados, sob o pressuposto de que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança. Como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação e utiliza o contrato de gestão¹⁸⁴ como instrumento de controle dos gestores públicos.¹⁸⁵ No modelo gerencial propagado pelo plano a estratégia volta-se para: a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; a garantia da autonomia do administrador na gestão de recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição, na persecução dos objetivos contratados; e o controle *a posteriori* dos resultados.¹⁸⁶

Por outro lado, a reforma gerencial propugna a necessidade de um corpo de servidores públicos profissionais de alto escalão, com a capacidade e mandato legal para administrar o Estado, sob a supervisão dos políticos e da sociedade civil.¹⁸⁷ Pretende-se criar novas instituições jurídicas e organizacionais que permitam transformar os burocratas profissionais em administradores públicos. O enxugamento do aparelho do Estado pode fazer parte dela, mas o objetivo central é reconstruir a capacidade do Estado, tornando o governo mais eficiente e mais responsável.¹⁸⁸

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado elencou como medidas inadiáveis para a implantação de uma nova conformação administrativa no Brasil: o ajustamento fiscal duradouro; reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; a reforma da previdência social; a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços públicos, e; a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua “governança”.¹⁸⁹

¹⁸³ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 17.

¹⁸⁴ Sobre o tema, veja-se: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁸⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 28.

¹⁸⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 81.

¹⁸⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 212.

¹⁸⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 205.

¹⁸⁹ BRASIL. **Plano Diretor...** Op. cit., p. 11.

Luiz Carlos Bresser Pereira aponta as principais distinções entre a administração burocrática e a gerencial: ao passo que a administração pública burocrática concentra-se no processo, em definir procedimentos para a contratação de pessoal, para a compra de bens e serviços e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a administração pública gerencial orienta-se para os resultados. A burocracia atenta para os processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção. Os controles são preventivos, vêm *a priori*. Entende, além disso, que punir os desvios é sempre difícil, para não dizer impossível; prefere, pois, prevenir. A rigor, uma vez que sua ação não tem objetivos claros – definir indicadores de desempenho para as agências estatais é tarefa extremamente difícil –, não tem outra alternativa senão controlar os procedimentos.¹⁹⁰

Diante da distinção estabelecida entre os dois modelos por Bresser Pereira, Irene Patrícia Nohara aponta que o principal argumento de justificação da Reforma Gerencial é a crítica ao modelo burocrático de administração. Neste sentido, o discurso oficial da Reforma Administrativa foi construído mediante a contraposição entre uma administração burocrática “rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno” e um modelo gerencial, no qual se promete uma nova organização “flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”.¹⁹¹ Para garantir a maior adesão ao novo modelo, o discurso reformista teve de se focar na deslegitimação do antigo, isto é, no ataque ao modelo burocrático.¹⁹² Conforme aponta Nohara, um modelo em que o estado fosse mais eficiente e, sobretudo, voltado para o atendimento do cidadão-administrado seria facilmente aceito pela sociedade, mas os silêncios que são manipulados no discurso gerencial residem justamente na resposta a como, exatamente, isso pode ser possível, ou a que custo o modelo gerencial promove os objetivos anunciados.¹⁹³ É possível, pois, concluir que, apesar da preocupação com o desempenho do Estado, que deveria se orientar para uma maior eficiência, percebe-se que o modelo gerencial não foi claramente exposto. Além do mais, Nohara ressalta o fato de que as práticas gerenciais da administração privada são tão variadas, que o plano deveria ter sido mais claro sobre o qual tipo de gestão teria por paradigmática. Ao revés, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do

¹⁹⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado...** Op. cit., p. 28.

¹⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 91.

¹⁹² De acordo com Nohara, o esforço de deslegitimar o modelo burocrático pode ser identificado já na escolha da denominação do plano reformista: Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o que não pode ser ignorado quando de sua análise. NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 91-92.

¹⁹³ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 91.

Estado indica-se apenas, de forma difusa, que se quer flexibilizar a Administração, para dar maior ênfase à criatividade e à inovação do que ao controle de procedimento.¹⁹⁴

O posicionamento de Irene Nohara é plausível. Tratando-se da discussão da reforma do modelo administrativo, é essencial que haja uma contraposição entre o modelo proposto e o modelo que se cogita substituir ou reformar. No entanto, as deficiências do modelo a ser alterado, embora sejam a justificativa da reforma, não podem, por si só, servir de fundamento para a adoção de qualquer modelo de atuação estatal, como ocorreu no discurso que legitimou a reforma gerencial. Embora, em geral, as críticas ao ambiente burocrático sejam fundadas,¹⁹⁵ o novel modelo deve se mostrar adequado à realidade social onde será implantado, coerente com as políticas públicas adotadas pelo Estado e apresentar um alto grau de eficiência.

Apesar de se considerar que o modelo burocrático promoveu mudanças positivas, o Plano Diretor apontou como defeito principal a ineficiência. Aludiu-se que a administração pública gerencial conserva da burocrática a admissão, segundo rígidos critérios de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho e treinamento sistemático.¹⁹⁶

Assim, as modificações sugeridas pelo Plano Diretor foram inspiradas tendo por pressuposto o valor-base da eficiência. Conforme expõe Gustavo Henrique Justino de Oliveira, a “entronização” da Administração Pública gerencial, fundada na eficiência como meio de maximização de resultados, foi encarada como uma forma de oposição e superação da Administração Pública burocrática. Para o jurista, todavia, em que pesem os argumentos do discurso reformador bresseriano, “assevera-se não ser possível consentir que o aparecimento do modelo gerencial visou suceder ao modelo burocrático”. Também não se demonstra pertinente equiparar o fenômeno da ascensão de um modelo pós-burocrático de gestão (*in casu*, o gerencial) àquele correspondente à história da eclosão do modelo burocrático de administração pública. De acordo com Justino de Oliveira, o modelo gerencial - voltado à realização da eficiência administrativa - não substitui por completo o modelo burocrático, mas cumpre papel importante na evolução organizacional da sociedade, inovando e agregando conceitos antes desconhecidos, ou ao menos impensados, à Administração Pública.¹⁹⁷

Uma das principais medidas da reforma foi a Emenda Constitucional nº 19/98, que promoveu a alteração de alguns dispositivos do art. 37 da Constituição e inseriu em seu *caput*

¹⁹⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 96.

¹⁹⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 117.

¹⁹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 80.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na Administração Pública brasileira.** 2005. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 284-285.

o princípio da eficiência, como vetor jurídico de atuação do Poder Público.¹⁹⁸ Dentre as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, destacam-se aquelas relacionadas com a estabilidade dos servidores públicos, com o regime de remuneração dos agentes públicos e com a gestão gerencial da administração pública. A alteração constitucional previu a exigência de um período de três anos para aquisição da estabilidade dos servidores públicos, com o meio de avaliação de seu desempenho (o que teve como principal consequência tornar a estabilidade uma prerrogativa exclusiva do servidor),¹⁹⁹ a possibilidade de o servidor estável também perder o cargo por insuficiência de desempenho no serviço público ou por excesso de despesas; a possibilidade de substituição dos vencimentos ou remuneração de alguns agentes públicos por subsídios, a fixação de teto remuneratório e a necessidade de regulamentação para a criação de convênios de cooperação entre municípios ou entre estados e municípios para a administração de serviços públicos comuns entre a União e Estados, para a transferência de seus servidores, imóveis e equipamentos.²⁰⁰

Expõe Bresser Pereira que, neste período, a Reforma do Estado tornou-se tema central, sendo considerada uma resposta ao processo de globalização em curso. Embora em um primeiro momento, muitos pensaram que o país não estava ainda preparado para a implantação da reforma, haja vista as forças patrimonialistas e corporativas, aos poucos foi ficando claro que o país estava maduro para a mudança que se propunha. A par disso, o discurso oficial indicava que, em 1995, havia ficado claro para a sociedade brasileira que essa reforma tornava-se condição, de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos.²⁰¹

Entretanto, apesar do pretense apoio social, as propostas da Reforma Administrativa entraram em choque com forças opostas. Ao procurar modificar o papel do Estado de prestador direto de serviços públicos para gerenciador de atividades que seriam progressivamente transferidas ao setor privado, quer por meio de delegação ou até por privatização *stricto sensu*, tais projetos se depararam com noções refratárias que reiteravam a

¹⁹⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 77.

¹⁹⁹ Sobre os avanços e desafios da demissão de servidor público por insuficiência de desempenho veja-se: NASSUNO, Marianne. **Demissão por insuficiência de desempenho na reforma gerencial: avanços e desafios**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 1998.

²⁰⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. **Revista Jurídica Virtual...** Op. cit.

²⁰¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: por uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 19.

necessidade de se prosseguir com um modelo de Estado prestador de serviços públicos, para evitar que, com o movimento de “desmonte burocrático”, ocorresse um retrocesso em direitos assegurados constitucionalmente.²⁰²

Sinteticamente, a reforma da gestão pública envolveu: a descentralização dos poderes e recursos para as agências reguladoras e executivas que desempenham atividades exclusivas de Estado, aumentando, ao mesmo tempo, o poder do núcleo estratégico do Estado sobre os resultados, e das secretarias formuladoras de políticas sobre as reformas e políticas institucionais; a contratação com organizações públicas não-estatais de serviço, reconhecidas como “organizações sociais”, os serviços sociais e científicos que a sociedade decidir financiar com recursos do Estado por envolverem altas externalidades e direitos humanos básicos; a terceirização para empresas comerciais as atividades de apoio ou auxiliares que não envolvam nem o poder do Estado (e não realizadas pelas agências) nem direitos humanos básicos (que devem ser prestadas por organizações sociais); a responsabilização das agências e as organizações sociais por meio do controle de resultados contratados, da competição administrada pela excelência e do controle social; o reforço do serviço público, que se limitará a desempenhar as atividades exclusivas de Estado e continuará a ser organizado em carreiras ou “corpos”; a exigência de servidores públicos não apenas com competência técnica e comportamento ético, mas autonomia razoável de decisão, além de capacidade política; o estabelecimento de um sistema de incentivos, envolvendo diferenciais de remuneração, avaliação transparentes do desempenho e reais oportunidades de treinamento e progressão na carreira; a adoção da informática e, em especial, da tecnologia de internet para auditoria, compras, pagamentos e todo tipo de registros oficiais.²⁰³

Para alcançar tais objetivos, a Reforma Administrativa procurou: da perspectiva do agente público, estabelecer procedimento de avaliação periódica de desempenho, previsto em lei complementar, como mais uma hipótese de perda do cargo estável; criar um sistema de “escolas de governo”, para a União, os Estados e o Distrito Federal, sendo facultada a celebração de convênios ou contratos entre os entes, voltado para a formação e o aperfeiçoamento de servidores públicos; e, do ponto de vista da organização/estruturação da Administração Pública, seguir com as políticas de privatização, reduzindo a atuação direta do Estado no domínio econômico; estabelecer um sistema de agências reguladoras, para fiscalizar e regular as atividades exclusivas do Estado, que foram sendo repassadas progressivamente aos particulares por delegação; criar o contrato de gestão como figura

²⁰² NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 77.

²⁰³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano...** Op. cit., p. 266-267.

jurídica apta a incentivar iniciativa dos gestores e descolar o “controle dos procedimentos” para o “controle de resultados”; e para as atividades não exclusivas, como ensino e saúde, incrementar o fomento, por meio da celebração de parcerias com organizações públicas não estatais, como, exemplo, organizações sociais.²⁰⁴

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado mapeou quatro setores específicos, para os quais tinha proposta de gestão diferenciadas.²⁰⁵ O primeiro setor, que se referia ao governo, em sentido *lato sensu*, foi denominado Núcleo Estratégico. Neste setor são tomadas decisões estratégicas, correspondendo, na visão do PDRAE, aos Poderes Legislativo, Judiciário, Ministério Público e ao Poder Executivo, constituído pelo Presidente da República, de seus Ministros, auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e pela formulação das políticas públicas.²⁰⁶ O segundo setor é o de atividades exclusivas, onde são prestados serviços que só o estado pode realizar, pois são efetivados com o seu poder extroverso, associado ao poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar. Como exemplos, são mencionados a cobrança e a fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o “serviço de desemprego”, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, entre outros.²⁰⁷ Em terceiro lugar, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado menciona serviços não exclusivos, correspondentes à atuação estatal simultâneas com organizações públicas não estatais e privadas, que produzem ganhos que não podem ser transformados em lucros, a exemplo das universidades, hospitais, centros de pesquisa e museus.²⁰⁸ Por fim, o documento trata do setor de produção de bens e serviços para o mercado, área de atuação das empresas. Compreende atividades econômicas voltadas para o lucro e que ainda permanecem no aparelho do Estado. De acordo com o Plano Diretor, estas atividades estão no Estado seja porque “faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle vai mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida”.²⁰⁹

De acordo com o modelo de reforma contido no Plano Diretor de Reforma, os serviços públicos não exclusivos deveriam, da perspectiva do projeto de reforma, voltar-se ao setor público não estatal, mediante o programa de “publicização”, que envolveria a

²⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 200.

²⁰⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 82.

²⁰⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 82-83.

²⁰⁷ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 41.

²⁰⁸ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma...** Op. cit., p. 41-42.

²⁰⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 84.

transformação das atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo, com direito ao acesso à dotação orçamentária.²¹⁰ Este cenário, que conduz a uma limitação de serviços públicos prestados diretamente pelo Estado²¹¹ e à tendência de retomada da abertura da ordem econômica, a par do crescimento na demanda de serviços essenciais, implicam em uma crescente política de retração na atividade pública empresarial, com a busca de maior produtividade em áreas acessíveis à economia privada. O Estado continua, assim, com a tarefa de ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade.²¹² Assim, ao propor a descentralização administrativa, a concessão de serviços à iniciativa privada e a regulação, o processo de reformas gerenciais das décadas de 1990 fez romper os limites estabelecidos originalmente entre o público e o privado, tornando-se comum a promoção de alternativas jurídicas até então inexistentes.²¹³

²¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa...** Op. cit., p. 85. Sobre o tema do repasse de atividades estatais para o terceiro setor, vide GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 142-152.

²¹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 128.

²¹² TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo...** Op. cit., p. 113.

²¹³ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 134.

III. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E O DESENVOLVIMENTO COMO INSTRUMENTO DE DIREITOS

A teoria econômica clássica sempre trabalhou com o conceito de desenvolvimento a partir da ideia de aumento do produto gerado por uma sociedade.²¹⁴ Sob esta perspectiva, a formulação de uma política pública de cunho desenvolvimentista deve se preocupar exclusivamente com o resultado de maximização da riqueza social. Esta concepção estrita de desenvolvimento não apenas desconsidera as posições individuais frente à utilidade agregada, mas também as concebe estritamente em termos de renda, isto é, de riqueza gerada. Esta aceção desenvolvimentista não compreende qualquer perspectiva de justiça social, nem a necessidade de distribuir a renda gerada.²¹⁵ Ao revés: consoante observa Alexandre Ditzel Faraco, uma noção de desenvolvimento formulada nesses termos aceitaria, como melhoria das condições de uma sociedade, mudanças que provocassem significativa deterioração na qualidade de vida de parcela da comunidade. Ou seja, na medida em que o desenvolvimento é concebido a partir da maximização da renda global, é possível incorporar no conceito um princípio de “compensação potencial”, passando-se a admitir que um sistema se moveria para uma conformação melhor se os prejuízos causados pudessem ser compensados pelos ganhos produzidos.²¹⁶

Conforme apontado por Fábio Nusdeo, o conceito de desenvolvimento sofreu sensíveis alterações, deixando de ter um viés estritamente econômico, para abarcar também

²¹⁴ Ana Paula Teixeira Delgado afirma que a palavra desenvolvimento começou a ser utilizada relativamente aos países não industrializados no final da Segunda Guerra Mundial e, em particular, com referência às novas nações, antigas colônias das potências europeias. Relacionadas a elas teriam aparecido as palavras “subdesenvolvimento”, “países em vias de desenvolvimento”, “países atrasados”. DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

²¹⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas, de comunicação – rádio, televisão e internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51. No mesmo sentido, Cristiane Derani explica que o crescimento, dentro da teoria neoclássica, expressa-se no aumento nominal do resultado do cálculo do produto interno, cuja valorização se dá à medida que se aplique crescentemente capital, trabalho, recursos naturais (energia e matéria) e tecnologia, aumentando-se produção, transporte e consumo. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 105.

²¹⁶ Sob essa ótica, a ocorrência efetiva da compensação é colocada como irrelevante (até porque os seus custos poderiam ultrapassar os benefícios gerados). Em outras palavras, se os mais abastados enriquecerem em decorrência da transferência de renda dos mais miseráveis, haveria desenvolvimento desde que a perda destes fosse menor do que o ganho daqueles. FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação...** Op. cit., p. 52.

outras esferas não menos importantes. Esta visão multifacetária é resultado de uma evolução marcante no relacionamento entre os conceitos de desenvolvimento e bem-estar. Num primeiro momento, associava-se bem-estar ao desenvolvimento, o que era mensurado pelas cifras do Produto Interno Bruto ou pela renda per capita. A seguir, começou-se a qualificar o desenvolvimento a partir do bem-estar, ou seja, aceitou-se *prima facie* os dados puramente quantitativos como uma razoável medida do desenvolvimento, desde que acompanhados por progressos também razoáveis dos demais indicadores qualitativos. Contemporaneamente, a tendência é a de se desconsiderarem as cifras brutas do produto e da renda, caso não haja incremento de qualidade de vida ou redução na agressão ambiental. Para Nusdeo, isto equivale a ver o desenvolvimento econômico não um fim em si, mas um meio, um “grande e complexíssimo meio para se chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida – para a qual o acesso à maior quantitativa de bens de consumo direto é apenas um ingrediente”.²¹⁷

O conceito de desenvolvimento moderno impõe que este seja visto como direito humano fundamental, com alusão a um conjunto de aspectos que vão além do seu caráter econômico para incluir em seu bojo também o desenvolvimento ambiental, social, cultural e político. Essa nova visão rompe com a tradicional concepção de desenvolvimento tido como sinônimo de crescimento econômico. Nesta linha, o desenvolvimento passa a ser instrumento para a redução das desigualdades sociais, o combate à fome e à pobreza, a preservação do meio ambiente, o fomento a políticas culturais, o fortalecimento da democracia, entre outras premissas.

Diante disso, Emerson Gabardo pontua que, do ponto de vista conceitual, a expressão “desenvolvimento econômico” não é a mais correta, uma vez que “não existe desenvolvimento apenas de caráter econômico”. Portanto, não há qualquer sentido em se referir ao desenvolvimento como “apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social”.²¹⁸ Na mesma linha, Carla Abrantkoski Rister aduz que o direito ao desenvolvimento vai além do conceito de desenvolvimento puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos direitos humanos.²¹⁹ Neste sentido, seria necessário, ao se pensar o desenvolvimento, ter em mente paz, economia, meio ambiente, justiça e democracia.²²⁰

²¹⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 382.

²¹⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 245.

²¹⁹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 67. De acordo com Gilberto Bercovici, o conceito de desenvolvimento compreende a ideia de crescimento, superando-a. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54.

²²⁰ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 67.

Por outro lado, Eros Roberto Grau anota que a ideia de desenvolvimento pressupõe mutações dinâmicas e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. Neste sentido, “o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”.²²¹ Daí porque, para Gilberto Bercovici, a passagem do subdesenvolvimento para o desenvolvimento só pode ocorrer em processo de ruptura com o sistema, interna e exteriormente, afinal, “em suas raízes, o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação, ou seja, de natureza cultural e política”. Deste modo, o desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais.²²²

Para além do critério de ruptura, Luiz Carlos Bresser Pereira foi um dos primeiros a ressaltar a necessidade que o desenvolvimento esteja relacionado a um critério de autonomia. O desenvolvimento, nestes termos, representaria um processo de transformação econômica, política e social, por meio do qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo. Para tanto, segundo o autor, é necessário que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofram contínuas e profundas transformações. Conforme aduz Bresser Pereira, “se o desenvolvimento econômico não trazer consigo modificações de carácter social e político; se o desenvolvimento social e político não for a um tempo o resultado e causa de transformações econômicas, será porque de fato não tivemos desenvolvimento”.²²³

Neste contexto, enquanto o crescimento consiste na ocorrência de mudanças de ordem apenas quantitativa, não refletindo necessariamente a melhoria das condições de vida da população, podendo ser associado a um surto ou a um fenômeno cíclico por impulso exógeno, após o qual se dá o retorno ao *status quo ante*, o desenvolvimento está relacionado a um processo de mudança estrutural e qualitativa de realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica de autossustentado, entendida esta como a capacidade da manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.²²⁴

²²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 213.

²²² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 53.

²²³ Luiz Carlos Bresser Pereira exemplifica: muitas vezes cresce a renda *per capita* sem que haja aumento do padrão de vida, a não ser pra uma parcela mínima de privilégios dentro da população. Quando isso acontece, é provável que não se tenha transformações políticas e sociais, o crescimento da renda terá sido aleatório e instável, é certo que não poderemos falar em desenvolvimento econômico. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 20.

²²⁴ Diante desta distinção, Ana Paula Teixeira Delgado infere que a mera modernização obtida pelo país por meio do efeito demonstração, consistente na industrialização por imitação do padrão de consumo das nações desenvolvidas, não se trata de desenvolvimento, mas sim do fenômeno conhecido por subdesenvolvimento,

Para Bernardo Brasil Campinho, o direito ao desenvolvimento pode possuir várias acepções. Na primeira, o direito ao desenvolvimento aparece como corolário ou desdobramento natural da autodeterminação dos povos. Sob essa ótica, o direito ao desenvolvimento seria o “complemento da autodeterminação” na medida em que se apresentaria como instrumento da verdadeira independência, da negação do colonialismo e do pleno acesso dos povos aos bens e direitos inerentes a um estágio de desenvolvimento que garanta o bem-estar econômico e social de cada um dos cidadãos de um Estado Nacional.²²⁵

Sob outro ângulo, o direito ao desenvolvimento adota a concepção de desenvolvimento sustentável, como a garantia de que o desenvolvimento econômico, social e político de um povo ou dos povos não será feito às custas do patrimônio comum da humanidade, particularmente do meio ambiente e da paz. Em outro aspecto, o direito ao desenvolvimento tem seu foco voltado à redução das desigualdades locais ou regionais dentro de um mesmo Estado ou de um espaço político supranacional, com vistas à uniformização dos benefícios do progresso econômico e social dentro de uma mesma coletividade. Por fim, o direito ao desenvolvimento pode ser visto relacionado, no plano nacional e na esfera internacional, ao conjunto de políticas e direitos a ela conexos voltados para enfrentar as desigualdades materiais, garantindo direitos sociais e econômicos, individuais e coletivos.²²⁶

bem representado pela coexistência de suas situações definidas e estanques, quais sejam a de uma pequena parcela da população desfrutando de um alto padrão de consumo, em contraposição a uma ampla parte sem acesso às mínimas condições satisfatórias de qualidade de vida, à beira de resvalar para a marginalidade. Nem tampouco o processo caótico de urbanização e destruição de recursos naturais consiste em desenvolvimento, a despeito da imagem de progresso a que pode ser associado. DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 40-42.

²²⁵ Campinho infere que o modelo de direito subjetivo, por si só, não é suficiente para explicar o direito ao desenvolvimento, na medida em que, embora tenha uma dimensão coletiva associada a beneficiários individualizáveis e individualizados, para sua concretização o direito ao desenvolvimento precisa de um conjunto de políticas sociais, econômicas e culturais, não sendo, portanto, uma prestação aferível de imediato ou que possa ser invocada como um benefício específico ao sujeito titular, embora seja ele composto, nas suas diversas variáveis, de um feixe de diversas prestações singulares. CAMPINHO, Bernardo Brasil. O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 156.

²²⁶ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). **Direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 157. Relativo a outras conotações de desenvolvimento, Felipe Gómez Isa, defende que os direitos humanos e as liberdades individuais constituem um dos principais elementos que integram o conteúdo do direito ao desenvolvimento. Assim, explica: “*Desde la óptica del derecho ao desarrollo, no cabe um verdadeiro processo de desarrollo sin um respeto escrupuloso de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho al desarrollo se convierte así em um derecho que refuerza y aprofundiza la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos.*” ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 324.

Esta última acepção vislumbrada por Bernardo Campinho apresenta um conceito mais alargado de desenvolvimento em relação aos demais. Nela, o desenvolvimento figura como ferramenta para o alcance de todos os demais direitos. A partir desta perspectiva, que acentua o seu caráter instrumental, o desenvolvimento não seria um fim em si mesmo ou um objetivo, mas um caminho necessário para a promoção dos direitos relacionados à qualidade de vida da sociedade, o que implica numa concepção de caráter utilitarista.

Na visão de Celso Furtado, o conceito de desenvolvimento pode ser visto em dois sentidos distintos. O primeiro diz respeito à evolução de um sistema social de produção à medida que este, mediante a acumulação e o progresso das técnicas, torna-se mais eficaz, ou seja, eleva a produtividade do conjunto de sua força de trabalho. Já o segundo sentido relacionar-se-ia com o grau de satisfação das necessidades humanas, aduzindo que, nesse caso, o grau de ambiguidade que já vislumbra no primeiro sentido do termo aumentaria ainda mais, pois, quanto mais se afasta do plano da satisfação das necessidades humanas mais urgentes se tornaria a referência a um sistema de valores, pois a ideia de necessidade humana tenderia a perder nitidez fora de determinado contexto cultural.²²⁷

O primeiro conceito exposto por Furtado apresenta uma acepção econômica de desenvolvimento, assemelhando-se ao ideário de crescimento econômico, eis que não agrega os demais valores avultados pela moderna concepção de desenvolvimento. Por outro lado, o segundo conceito formulado, a despeito de apresentar maior conexão com ideais contemporâneos, traz em si a problemática da indeterminação de quais ações ou fatores estariam, de fato, inseridas no plano das necessidades humanas.

O desenvolvimento também pode ser visualizado como a garantia de melhor nível de vida coordenado com um equilíbrio na distribuição de renda e de qualidade de vida mais saudável. Esta visão corrobora o argumento de que a medida de renda per capita não é o mais apropriado indicador do desenvolvimento econômico compreendido pela ordem econômica constitucional. Consoante Cristiane Derani, adepta desta concepção desenvolvimentista, o grau de desenvolvimento deveria ser aferido, sobretudo, pelas condições materiais de que dispõe uma população para o seu bem-estar.²²⁸

²²⁷ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 21-30.

²²⁸ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental**... Op. cit., p. 242. Alexandre Ditzel Faraco também preceitua que a noção de desenvolvimento, à medida que está associada à melhoria das condições de vida de uma comunidade, considerando-se os padrões axiológicos nela existentes, não pode ficar adstrita ao aumento da riqueza social. FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação**... Op. cit., p. 55-56.

O conceito formulado por Fábio Konder Comparato ressalta o papel do Estado na promoção do desenvolvimento. Diante dos avanços obtidos na formação do conteúdo axiológico do termo, o autor afirma que há um razoável consenso no sentido de que o desenvolvimento é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental, que envolve três campos interligados: econômico, social e político. O elemento econômico, diz ele, “consiste no crescimento endógeno sustentado da produção de bens e serviços”. Endógeno, porque fundado nos fatores internos de produção e não, portanto, de modo predominante, em recursos advindos do exterior. Crescimento sustentado, porque não obtido com a destruição dos bens insubstituíveis, constituintes do ecossistema. O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural. Por fim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é “a chave da abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo o poder e destinatário de seu exercício”.²²⁹

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, ainda que de forma implícita, a existência do direito fundamental ao desenvolvimento. Isso se dá por meio da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais contido no artigo 5º, §2º da Carta Magna, que admite a existência de outros direitos materialmente fundamentais, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior, e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. De acordo com Daniel Wunder Hachem, a atribuição de *status* de direito fundamental a posições jurídicas não inseridas formalmente no rol do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição, nem expressamente em outras partes do texto constitucional, “exige que elas ostentem conteúdo e importância que as aproximem dos direitos formalmente fundamentais, e que derivem diretamente dos princípios enumerados do art. 1º ao 4º do Título I (“Dos Princípios Fundamentais”)”.²³⁰ A partir de uma

²²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 363. Em sentido análogo, Daniel Wunder Hachem preceitua que “é exatamente a maximização das condições de existência digna e a possibilidade de participação ativa dos cidadãos na esfera política, realizando plenamente a democracia, que se objetiva com os elementos social e político do conceito de desenvolvimento”. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 155.

²³⁰ Daniel Wunder Hachem lembra que alguns dos primeiros passos para a busca do desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional se deu com o Decreto-Lei nº 200/67.103 Em seu art. 7º, o diploma prevê que “A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b)

leitura da Constituição de 1988, Hachem propõe que a noção jurídica de desenvolvimento, desvinculada de uma perspectiva meramente econômica, reclama a postura interventiva de uma Administração Pública inclusiva, por meio de ações universalizadas, que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial. Nesta perspectiva, ao Estado não incumbe uma função subsidiária nessa seara, limitada a proporcionar uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos como ponto de partida; pelo contrário, a ele compete a implementação de políticas públicas de modo planejado, com vistas à redução das desigualdades entre as posições sociais existentes na realidade brasileira.²³¹

3.2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO

A polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos – se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos se são direitos que derivam de determinado sistema moral, ou, se seria possível universalizar os direitos humanos mostra-se intensa.

Flávia Piovesan defende a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Enquanto reivindicações morais, explica, os direitos humanos são “fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório”.²³² Segundo Flávia Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inovou a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade, diz Piovesan, “porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco

programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 154-163.

²³¹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 133. O posicionamento do autor está fundamentado na tese originalmente defendida por Emerson Gabardo, de que inexistente no Direito Público brasileiro um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado. GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 203-250.

²³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos...** Op. cit., p. 175.

à condição humana”.²³³ Todavia, Ana Paula Teixeira Delgado explica que a Declaração Universal dos Direitos do Homem apresentava um grande problema concernente à eficácia de suas normas, eis que tinha natureza de “*soft law*”, ou seja, possuía um valor meramente moral, sem qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados. Entretanto, pondera a jurista, procurou-se elaborar diversos Pactos e Convenções Internacionais sobre o patrocínio da Organização das Nações Unidas, visando assegurar a proteção dos direitos do homem, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela Assembleia Geral em Nova Iorque.²³⁴

A partir de uma perspectiva histórica de construção dos direitos humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade considera que as Consultas Mundiais das Nações Unidas constituíram-se em exercício dos mais oportunos e úteis para clarificar a própria conceituação do direito ao desenvolvimento como um direito humano e considerar os possíveis métodos de sua implementação. Os avanços conceituais logrados nas Consultas Mundiais se inserem no reconhecimento da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos. Dos prolongados debates, também se pôde depreender o entendimento prevalecente hoje nas Nações Unidas de que o desenvolvimento, longe de ser apenas econômico, constitui um processo global, a abarcar a proteção dos seres humanos e dos povos nos domínios civil, político, econômico, social e cultural.²³⁵

O direito ao desenvolvimento foi concebido no âmbito dos direitos dos povos e consagrado pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, reunida no Quênia em 1981. A Carta Africana consistiu no primeiro documento normativo internacional a conferir direitos aos povos, tanto no plano interno como no plano internacional. Consoante destaca Carla Abrantkoski Rister, até então, só havia sido reconhecido o direito dos povos à

²³³ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento – desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 98. No mesmo sentido expõe Norberto Bobbio, aduzindo que a Declaração de 1948 iniciou uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é ao mesmo tempo universal e positiva [...].” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 30.

²³⁴ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 66-67. A despeito de não possuir força de lei, Flávia Piovesan enfatiza que há uma aceitação generalizada de que a Declaração Universal e os princípios nela insertos têm se tornado parte do direito costumeiro internacional, conferindo-lhe força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos artigos 1º e 55 da Carta das Nações Unidas. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos...** Op. cit., p. 214.

²³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 420-421.

autodeterminação, nos termos do art. 1º do Pacto Internacional de Direitos Humanos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²³⁶

Posteriormente, o direito ao desenvolvimento restou previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.²³⁷ Ao encontro, a Declaração de Viena de 1993 estabeleceu que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. Com a Declaração de Viena, o desenvolvimento é atrelado à democracia pelo vínculo do respeito aos direitos humanos e direitos fundamentais, como direitos interdependentes e de reforço mútuo, além de reafirmar o direito ao desenvolvimento como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais.

Depreende-se disso que, no contexto atual, o desenvolvimento é visto como direito humano fundamental, referindo-se a um conjunto de aspectos que vão além do seu caráter econômico para abarcar também o desenvolvimento ambiental, social, cultural e político. Rompe-se, desse modo, com a tradicional concepção de desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico. O desenvolvimento passa a ser instrumento para a redução das desigualdades sociais, o combate à fome e à pobreza, a preservação do meio ambiente, o fomento a políticas culturais, o fortalecimento da democracia, entre outras ações.

Esta concepção está fundada na ideia de que o desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o avanço econômico típico da concepção clássica de desenvolvimento, pouco significará. Assim, conforme esclarece André Ramos Tavares, independente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar o mencionado desenvolvimento.²³⁸

²³⁶ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 53-54.

²³⁷ Consta do artigo 1º: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**: adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/pdf_tratados7/Declara%E7%E3o%20sobre%20o%20Direito%20ao%20Desenvolvimento.pdf> Acesso em 15.11.12.

²³⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 68.

O desenvolvimento, pensado como direito humano fundamental, faz nascer uma série de imbricações, que remetem à necessidade de sua efetividade dentro do sistema econômico. Em outras palavras, a ordem econômica deve propiciar meios para a promoção do desenvolvimento, que não é mera norma de caráter programático, contribuindo para a redução das desigualdades sociais, o combate à fome, a preservação do meio ambiente, o fim da exploração do ser humano em todas as suas formas, a erradicação da corrupção, a promoção da paz e do bem-estar social, entre outras premissas.

Entretanto, esta visão moderna de desenvolvimento, a despeito de se harmonizar com os anseios e necessidades da sociedade, encontra óbices no fenômeno da globalização. De acordo com Celso Furtado, o desenvolvimento, entendido como a ideia de que os países com economias menos desenvolvidas podem algum dia desfrutar das formas de vida dos atuais países detentores de economias bem desenvolvidas, é irrealizável, e por isso representaria um mito. O autor aponta que diante dessa falsa ideia de desenvolvimento ‘tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abrem ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos, como são os investimentos, as exportações e o crescimento’.²³⁹

Na mesma linha defendida por Celso Furtado, Ana Paula Teixeira Delgado preceitua que a própria superação do subdesenvolvimento requer a prioridade à satisfação das necessidades da população, obtida através da distribuição equitativa de renda, fato que é estranho ao fenômeno da globalização, e que, segundo a autora, trata-se de um problema de natureza política.²⁴⁰ Neste contexto, diante da lógica global imperante, Ana Paula Teixeira Delgado constata que o direito ao desenvolvimento, cuja essência consiste em situar a pessoa humana no processo de desenvolvimento, compreendendo-se aí não só a satisfação das necessidades econômicas e sociais indispensáveis à dignidade humana, mas também a sustentabilidade, a capacitação e a participação das pessoas como forma de ampliar as suas oportunidades, almejando-se assim, a superação do subdesenvolvimento, torna-se um direito sem eficácia, impossível de ser concretizado diante do contexto de globalização atual.²⁴¹

A visão pessimista retratada pela jurista não parece ser a mais acertada. De fato, o direito ao desenvolvimento encontra obstáculos ante ao processo de globalização econômica, que se revela como a face mais aguçada do capitalismo. Todavia, é possível vislumbrar a possibilidade de se conferir ao Estado um papel mais ativo na adoção de políticas públicas

²³⁹ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 89.

²⁴⁰ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 69.

²⁴¹ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 138.

que fomentem o desenvolvimento, acentuando, destarte, a função estatal. É neste cenário que se acentua a importância da prestação de serviços públicos eficientes que garantam, a um só tempo, a satisfação das necessidades humanas e a promoção do direito ao desenvolvimento.

3.3 O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE E O MITO DA SUBSIDIARIEDADE

Entre as diversas acepções de desenvolvimento formuladas ao longo das últimas décadas, que variam, basicamente, em relação ao rol de direitos abarcados e aos elementos sociais inseridos, a teoria desenvolvimentista desenvolvida pelo economista indiano Amartya Sen surge com a pretensão de refutar as estruturas tradicionais e criar um ideário de desenvolvimento focado no valor liberdade.

A concepção de desenvolvimento como sinônimo de expansão das liberdades dos indivíduos desenvolvida por Amartya Sen tornou-se clássica no estudo da temática. Sen afirma que o desenvolvimento consiste na “eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”, entre elas a “pobreza e a tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.²⁴² Na concepção de Sen, o desenvolvimento deve ser encarado, portanto, como “um processo de expansão das liberdades reais, que as pessoas desfrutam, em contraste com visões que identificam desenvolvimento apenas com crescimento do Produto Nacional Bruto, aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico e modernização social”.²⁴³

O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da

²⁴² Amartya Sen estabelece cinco tipos distintos de liberdade que “ajudam a promover a capacidades geral de uma pessoa: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e; segurança protetora. SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 17- 25.

²⁴³ Na visão de Amartya Sen, o desenvolvimento é relevante inclusive para os países considerados muito ricos. A presença de contrastes intergrupais nesses países deve ser considerada, nessa visão, como aspecto essencial da concepção de desenvolvimento e subdesenvolvimento. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...** Op. cit., p. 17. Celso Furtado também relaciona o direito ao desenvolvimento com o grau de satisfação das necessidades humanas, apontando, entretanto, que o grau de ambiguidade já vislumbrado no conceito de desenvolvimento aumenta ainda mais. FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 21-30.

sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de particular de discussões e averiguações públicas). De forma análoga, a industrialização, o processo tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências.²⁴⁴

Na concepção de Carla Abrantkoski Rister, a visão de desenvolvimento vislumbrada por Amartya Sen, que inclui os aspectos econômico, social, cultural, judicial e jurídico, entre outros, permite uma ligação estrutural da ordem econômica com o ambiente e com problemas inerentes à satisfação das necessidades da pessoa humana, dentre os quais estão os decorrentes da desigualdade social. Neste íterim, segundo a jurista, é possível estabelecer uma estreita relação da pobreza e da fome com o desenvolvimento, podendo ser considerada mesmo como uma questão prévia ou um ponto de partida para a formulação das políticas públicas visando o desenvolvimento, tendo em vista que não há como conceber o desenvolvimento social, manifesto por meio de uma educação de qualidade acessível a todos, saúde e desenvolvimento tecnológicos, num país que apresente níveis de pobreza alarmantes.²⁴⁵

Todavia, a despeito de reconhecer a importância da tese de Amartya Sen para o cenário geopolítico típico da década de 1990, eis que, inadvertidamente, se constituiu em fonte de resistência e contraposição do neoliberalismo, Emerson Gabardo retrata que a concepção de desenvolvimento como liberdade formulada por Sen estabelece uma limitação tipicamente liberal, na medida em que “é reduzido o objeto do desenvolvimento à ideia da liberdade, cuja essência conceitual repousa em um inafastável aspecto de ‘negatividade’”, onde “ser livre” significa não possuir obstáculos à realização das ações desejadas. Destarte, o papel de positividade do Estado na promoção do desenvolvimento humano é ignorado.²⁴⁶

Nestes termos, entender o desenvolvimento como liberdade implica aceitar a noção de igualdade de oportunidades como fator determinante dos fins do Estado.²⁴⁷ Tal concepção reputa como justas as desigualdades existentes entre as posições sociais, desde que a todos tenham sido proporcionadas as condições minimamente necessárias para exercer suas

²⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...** Op. cit., p. 17.

²⁴⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 338.

²⁴⁶ Na concepção de Gabardo, Amartya Sen “inverte o sentido do desenvolvimento, que passa a ser primordialmente a consequência da liberdade, e não o contrário; ainda que se reconheça a condição simultânea de meio e finalidade das liberdades indicadas (que, todavia, não perdem seu caráter instrumental)”

GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 329-330.

²⁴⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 330.

liberdades, por considerar que os ocupantes de postos desprivilegiados não lutaram para conquistar patamares mais altos na escala social, embora, em tese, pudessem fazê-lo.²⁴⁸

A partir disso, é possível inferir que a tese de desenvolvimento defendida por Amartya Sen está consubstanciada numa ação negativa do Estado, no sentido de que, segundo o autor, incumbe à atuação estatal a criação de condições para o exercício das liberdades pelos indivíduos, pelas quais seria possível a expansão das capacidades humanas.²⁴⁹ Em outros termos, ao Estado caberia, precipuamente, permitir que a sociedade usufrua de suas liberdades, adotando, para tanto, uma ação de abstenção. A ideia de desenvolvimento como sinônimo de liberdade está, portanto, relacionada a um não-fazer do Estado, tal como se verifica na efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão,²⁵⁰ os quais têm como fundamento, justamente, a limitação do poder do Estado e a reserva para o indivíduo de uma esfera de liberdade.

A concepção dos direitos fundamentais revela uma dupla dimensão, considerada como direitos subjetivos e objetivos. Na primeira perspectiva, as pretensões constitucionais afiguram-se como garantia concedida aos indivíduos e tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana frente ao Estado e aos demais membros do corpo social. Na segunda dimensão, tais direitos atuam como fundamento da ordem político-jurídica do Estado, que se propõem a emanar uma ordem dirigida ao Ente Público, no sentido de que a ele incumbe a obrigação permanente de concretização e realização de tais pretensões essenciais.²⁵¹

Diante disso, os direitos de primeira dimensão constituem “verdadeiro obstáculo à interferência estatal”. Eles limitam a atuação do Poder Público, buscando controlar e limitar os desmandos do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais da pessoa

²⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**... Op. cit., p. 159.

²⁴⁹ O enfoque da capacidade, na concepção de Sen, concebe a vida humana como um conjunto de atividades e de modos de ser que pode ser denominado de “efetivações” (*functionings*) — e relaciona o julgamento sobre a qualidade da vida à avaliação da capacidade de funcionar ou de desempenhar funções. SEN, Amartya. *Development as Capability Expansion*. In: DEFILIPPIS, James; SAEGERT, Susan (Ed.) **The Community development reader**. 2. ed. New York, Routledge, 2012, p. 320.

²⁵⁰ Eduardo Maia Tenório da Cunha e Carlos Henrique Bezerra Leite explicam que, a despeito de controvérsia sobre a adequação dos vocábulos “dimensão” e “geração” como melhor significante da evolução histórica dos direitos humanos, o primeiro tornou-se mais aceito porque representa a ideia de extensão ou abrangência e não de sucessão ou de substituição de direitos, como se extrai do segundo. CUNHA, Eduardo Maia Tenório da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tipologia dos direitos humanos de terceira dimensão e acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012, p. 39.

²⁵¹ GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, jul. 2010, p. 185.

humana. Esses direitos, segundo Paulo Bonavides, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, que se enquadram na categoria do *status negativus*. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme defendem as correntes do pensamento liberal de teor clássico.²⁵²

Nesta perspectiva, a tese concebida por Amartya Sen, ainda que concentrada numa concepção expandida de liberdade, tem o condão de aproximar o direito ao desenvolvimento do rol de direitos fundamentais de primeira dimensão. A partir desta aproximação, o direito ao desenvolvimento ensejaria uma postura de não interferência do Estado, como meio de garantia de liberdade aos indivíduos para o exercício próprio de suas capacidades.²⁵³

Todavia, não se pode olvidar que o desenvolvimento, conforme expresso no âmbito da Organização das Nações Unidas, é classificado como direito pertencente à terceira geração dos direitos fundamentais. Consoante expõe Ana Paula Teixeira Delgado, os direitos humanos de terceira dimensão estão relacionados à qualidade de vida dos povos e à solidariedade e são concebidos como direitos de titularidade coletiva, ou direitos difusos.²⁵⁴

A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.²⁵⁵ De acordo com Paulo Bonavides, os direitos de terceira dimensão são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, eis que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado.²⁵⁶ Os direitos de terceira dimensão qualificam-se justamente pela transindividualidade, pois não pertencem exclusivamente ao indivíduo e

²⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 562-564.

²⁵³ Esta visão de liberdade eminentemente formal surge no liberalismo jurídico. Conforme destaca Carmen Lúcia Silveira Ramos, o Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração de poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo”. RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 04. Na mesma linha, Eugênio Facchini Neto pontua que Segundo Facchini Neto, a ética prevalente nesse período é a da liberdade formal, com normas estatais que buscam assegurar tão-somente o espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais...** Op. cit., p. 20-22.

²⁵⁴ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento...** Op. cit., p. 78-79.

²⁵⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

²⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...** Op. cit., p. 569-570.

tampouco a grupos sociais específicos. Esta nova dimensão de direitos emerge da reflexão sobre temas referentes à paz, ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade e ao desenvolvimento.

Diante da natureza dos direitos fundamentais de terceira dimensão, é importante destacar que o Estado assume o papel de protagonista no plano da efetivação dos direitos transindividuais, exigindo-se dele não apenas uma postura de inércia, mas a criação de condições materiais nas quais os indivíduos exerçam os direitos conquistados. Rompe-se, portanto, com a visão dicotômica indivíduo-Estado, concebida pelo Direito Administrativo neoliberal, e se projeta um Estado solidarista, que assume a responsabilidade da adoção de políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos fundamentais, dentro da concepção do Direito Administrativo social. É esta a tendência atual do Direito administrativo pátrio que, na concepção de Daniel Wunder Hachen, “caminha para o rechaço da corrente do Direito Administrativo neoliberal (que ganhou corpo na década de 1990) e para a consolidação contemporânea de um Direito Administrativo social”.²⁵⁷ A formulação de uma política nacional de desenvolvimento reclama uma postura ativa e coordenadora do Estado, a qual “desapareceu das considerações governamentais com o neoliberalismo”.²⁵⁸

Não é apropriada, portanto, a ideia de que o Estado deve ser subsidiário, muito menos de que deve se restringir à garantia de dignidade (ou seja, do mínimo para ser livre – mesmo que numa concepção elastecida de liberdade, conforme proposta por Amartya Sen). De acordo com Emerson Gabardo, “o Estado nacional e os organismos supranacionais devem estabelecer juridicamente seus fins a partir da ideia política de que precisam oferecer o máximo para os indivíduos. E o máximo requer um abandono da ideia de subsidiariedade para a incorporação de uma finalidade geral específica”.²⁵⁹

Na mesma linha, Daniel Wunder Hachen assevera que refutar a subsidiariedade não se trata de “mera opção teórica ou orientação ideológica”, mas de decisões políticas da Constituinte brasileira, traduzidas em normas jurídicas. A realização do bem-estar social, nos termos da Constituição Federal, reclama uma atuação estatal intervencionista. Os diversos dispositivos constitucionais referentes à “Ordem Social”, que disciplinam as incumbências e competências quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais, não estabelecem em momento algum uma atuação secundária ou acessória do Estado. Eles apenas permitem uma

²⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 160-161.

²⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 79.

²⁵⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 331.

ação concertada entre Estado e sociedade civil, dirigindo a esta, em algumas matérias, deveres concomitantes àqueles encomendados ao Poder Público, sem conferir prioridade de atuação à iniciativa privada.²⁶⁰

Neste contexto, Gabardo retrata que a Constituição Federal de 1988 não visa apenas à garantia da liberdade e dignidade, mas estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais que têm como fundamento a felicidade do povo. E, diz o autor, “os homens não são felizes apenas em decorrência da ausência de obstáculos à conquista do que necessitam ou desejam, como em uma relação comensalista na qual o Estado representaria um parceiro neutral”.²⁶¹ Ao que parece, o fim do Estado contemporâneo é o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade.²⁶²

Destarte, a teoria desenvolvimentista vislumbrada por Amartya Sen incute a crença de que a capacidade de transformação está nas mãos do agente que, para ele, pode ser o responsável pelo exercício de suas capacidades. Conforme retrata o economista, o foco na realização humana e na liberdade, bem como na necessidade de uma avaliação reflexiva - e não mecânica -, “constitui uma adaptação de uma velha tradição que pode ser utilizada utilmente na formulação de uma base conceitual para a análise das tarefas do desenvolvimento no mundo contemporâneo”.²⁶³ Esta visão, que traz em seu bojo os preceitos de uma política de desenvolvimento liberal, coloca em dúvida a originalidade da tese seniana, a despeito de toda a adesão que conquistou.

3.4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS E PLANEJAMENTO

Como abordado, a percepção da evolução dos direitos humanos se mostrou uma questão complexa, que demanda um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que sejam capazes de promover o desenvolvimento da

²⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 161.

²⁶¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 331.

²⁶² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: Eduardo Talamini. (Org.). **Parceria Público-privada: uma abordagem multidisciplinar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

²⁶³ SEN, Amartya. Development as Capability Expansion. In: DEFILIPPIS, James; SAEGER, Susan (Ed.) **The community development reader...** Op. cit., p. 326-327.

pessoa humana.²⁶⁴ Diante disso, tem-se que o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais.²⁶⁵

O artigo 3º da Constituição Federal, ao fixar o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades regionais como fins a serem alcançados, fundamenta a reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional.²⁶⁶ Garantir o desenvolvimento nacional, segundo Eros Roberto Grau, significa construir uma sociedade livre, justa e solidária e realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação na Constituição Federal.²⁶⁷

A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) para a realização de direitos dos cidadãos – saúde, habitação, previdência, educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.²⁶⁸ Basicamente, tais medidas ou providências estatais tendem a perseguir o desenvolvimento, o qual tem em seu cerne a valorização da pessoa humana.²⁶⁹ Daí a necessidade de avaliar a distribuição de riqueza, bem como de compreender a visão de mundo da sociedade, e como essa percebe suas necessidades, para que se possa alcançar aquilo que, a critério do interesse público, representaria uma melhoria em sua condição existencial. Em seguida, a partir da identificação do fim a ser alcançado, devem ser escolhidos os meios que permitam melhor promovê-lo a partir de inúmeras opções existentes.²⁷⁰ A esse processo político de escolha de prioridades para o governo, tanto em termos de finalidades, como em termos de procedimentos dá-se o nome de política pública.

Maria Paula Dallari Bucci ressalta que a formulação do conceito de política pública deve ser contextualizada levando-se em conta seu caráter interdisciplinar. Isso significa que as políticas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo Direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e

²⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4-5.

²⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 63.

²⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 109.

²⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** Op. cit., p. 214.

²⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 133 jan./mar. 1997, p. 90.

²⁶⁹ DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos...** Op. cit., p. 143.

²⁷⁰ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação...** Op. cit., p. 55-56.

métodos próprios do universo jurídico”.²⁷¹ A complexa noção de política pública exige, portanto, uma inter-relação entre o Direito e as demais ciências sociais.

As políticas públicas, na concepção de Cristiane Derani, são “concretizações específicas de normas políticas, focadas em determinados objetivos concretos”. A realização de políticas públicas pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever, ou seja, “da mesma forma que compete ao Estado a ação normativa, a ele também se impõe a ação executiva”.²⁷² Em outros termos, porém em sentido análogo, Celina Maria de Souza resume o conceito de política pública como “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.²⁷³

Consoante esclarece Alexandre Ditzel Faraco, a adequação entre meios e fins de uma política pública deve ser um processo dinâmico, no qual a possibilidade de crítica às decisões do governo será necessária para encontrar a melhor opção existente.²⁷⁴ Destarte, o êxito das políticas públicas não está circunscrito apenas à implementação, mas passa, necessariamente, pela avaliação dos resultados. Neste sentido, o crescente interesse dos governos nos estudos de avaliação está relacionado às questões de efetividade, eficiência, *accountability* e desempenho da gestão pública, já que estes estudos constituem-se em ferramenta para gestores, formuladores e implementadores de programas e políticas públicas. As avaliações de políticas e programas permitem que formuladores e implementadores tomem suas decisões com maior conhecimento, maximizando o resultado do gasto público, identificando êxitos e superando pontos de estrangulamento.²⁷⁵

²⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA), Belo Horizonte, ano 9, nº 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63051>>. Acesso em: 3 jan. 2014. Maria Paula Dallari Bucci defende que há certa proximidade entre as noções de política pública e de plano, embora aquela possa consistir num programa de ação governamental veiculado por instrumento jurídico diverso do plano. Neste contexto, a autora diferencia: “A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. [...] A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259.

²⁷² DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexes sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 136.

²⁷³ SOUZA, Celina Maria de. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura**. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 26.

²⁷⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação...** Op. cit., p. 55-56.

²⁷⁵ Segundo Carlos Aurélio Pimenta de Faria, a década de 1990 testemunhou, nas democracias ocidentais de uma maneira geral, e na América Latina particularmente, a busca de fortalecimento da “função avaliação” na gestão governamental. Com efeito, foram implementados, em diversos países da América Latina, sistemas de

Diante deste cenário, a avaliação de políticas públicas oferece subsídios para o planejamento e formulação dos programas governamentais, bem como para a detecção de ajustes ou a necessidade de reformulações das ações. A avaliação constitui, portanto, um referencial importante para a melhoria da eficiência. Neste contexto, a avaliação das políticas públicas deve estar constantemente na pauta do Poder Público.

A concepção multifacetária de desenvolvimento ressalta a necessidade de uma transformação autônoma, automática e contínua na sociedade, entendida como a geração de um movimento cíclico, onde o processo de desenvolvimento passe a gerar a si mesmo. Neste sentido, as políticas públicas devem estar focadas na adoção de programas que permitam a melhora automática e ininterrupta da qualidade de vida da sociedade. Reside aí a importância da avaliação das políticas públicas, promovida à condição de ação essencial para a conformação da atuação estatal com o interesse público e a promoção do desenvolvimento sustentável.

A redistribuição, do ponto de vista econômico, seria tarefa da sociedade, por meio da competição, reservando ao Estado a única função de garantir a igualdade de oportunidades. Interessante observar a raiz liberal clássica do argumento de Posner, de que “numa sociedade dedicada à maximização da riqueza, as pessoas somente podem melhorar sua posição beneficiando outros, pois, quando alguém produz bens e serviços que os outros comprem, deve estar produzindo algum benefício não apenas para si, mas também para os outros.”²⁷⁶ No entanto, o modelo estatal perfilhado pela Constituição de 1988, é indispensável uma atuação interventiva do Estado com vistas à distribuição de renda. Conforme anota Daniel Wunder Hachen, essa função primacial do Poder Público ganha relevo na realidade brasileira, marcada por acentuadíssimas desigualdades que só podem ser solucionadas através de uma repartição mais igualitária.²⁷⁷ Destaca-se, como mencionado, a tendência atual de um Direito administrativo social, que reclama a instituição de uma administração pública inclusiva e

avaliação das políticas públicas de escopo variável. Tal processo tem sido justificado pela necessidade de “modernização” da gestão pública, em um contexto de busca de dinamização e legitimação da reforma do Estado. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 20, nº 59, p. 98.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 352.

²⁷⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 160.

proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização máxima dos direitos fundamentais sociais.²⁷⁸

Para Calixto Salomão Filho, muito mais do que instrumento para o desenvolvimento, a ideia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento.²⁷⁹ Neste contexto, conforme aponta relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a redistribuição continua sendo um fator muito importante para a redução da desigualdade. A despeito disso, o relatório destaca que é necessário uma “troca de padrões de crescimento mais inclusivos a fim de reduzir a desigualdade de maneira sustentável”. Sob esta ótica, uma redistribuição justa e eficaz pode desempenhar um papel chave na busca da igualdade de resultado e oportunidades. Apesar disso, os países não podem depender unicamente da redistribuição para reduzir a desigualdade, ao menos, não em um contexto de distribuição de renda altamente desigual que continua a agravar-se.²⁸⁰

No Brasil, os programas sociais e as políticas públicas levadas a cabo pelo Governo Federal a partir de 2003, marcados por uma presença estatal atuante na economia e nas relações sociais, lograram realizar significativas transformações nas estruturas socioeconômicas brasileiras, em virtude das quais cerca de 30 milhões de cidadãos passaram das classes D e E para as classes C e B. Com isso, as linhas de pobreza e extrema pobreza no Brasil foram reduzidas, em uma década, em mais de 55%. Acompanhando essas mudanças na esfera política, o Direito Administrativo pátrio foi também mudando de feição.²⁸¹

²⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 149-150.

²⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39-42.

²⁸⁰ “Redistribution remains very important to inequality reduction; however, a shift is needed towards more inclusive growth patterns in order to sustainably reduce inequality. Effective and fair redistribution can play a significant role in the equalization of outcomes and opportunities. However, countries cannot rely only on the redistribution lever to achieve inequality reduction — not, at least, in the context of highly unequal and worsening distributions of income. When growth patterns are highly disequalizing, the amount of redistribution needed to compensate for unequal market outcomes is likely to be economically and politically prohibitive. The moderation of inequality requires a shift to a more inclusive pattern of growth, i.e., a pattern of growth that raises the incomes of poor and low-income households faster than average”. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Humanity divided: confronting inequality in developing countries**. Disponível em: http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Humanity%20Divided/HumanityDivided_Full-Report.pdf. A partir da importância das políticas públicas redistributivas, Célia Lessa Kerstenetzky ressalta a necessidade de investimentos nas chamadas “portas de saída” para aumentar a efetividade dos programas sociais, como modo de prover oportunidades sustentáveis para as famílias. KERSTENETZKY, Celia Lessa. Redistribuição e desenvolvimento? A economia política do programa bolsa família. **Revista Dados**. 2009, vol.52, n.1, pp. 60.

²⁸¹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 148-149.

O artigo 174 da Constituição impõe o dever de instituir um planejamento, mediante a conjugação de esforços entre o Poder Executivo e Legislativo, que logre concretizar os objetivos previstos no texto constitucional, vinculando as previsões orçamentárias à sua consecução.²⁸² A atividade do planejamento está prevista na Constituição como submetida ao princípio da legalidade. É a condição do plano enquanto lei, debatida e aprovada pelos representantes do povo, que dá o caráter democrático ao planejamento.²⁸³

Assim, a atuação estatal sob a égide de uma Constituição dirigente deve ser empreendida prospectivamente. A visão prospectiva se manifesta como característica do planejamento. Por sua vez, a visão retrospectiva, da realidade e do Direito, compatível com a perspectiva da Constituição estatutária, já não se amolda às imposições da Constituição dirigente. Isso importa em que o Direito já não seja mais apenas a representação da ordem estabelecida, a defesa do presente, mas também a formulação de uma ordem futura, a antecipação do porvir.²⁸⁴ A despeito de sua importância para a harmonização entre o interesse público e a concretização de políticas públicas, o tratamento conferido pela Constituição Federal à temática do planejamento é, no dizer de Eros Roberto Grau, “paupérrimo”.²⁸⁵

Eros Roberto Grau conceitua o planejamento como sendo a “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”.²⁸⁶ O planejamento é absolutamente necessário para a promoção do desenvolvimento. A coordenação das atividades do Estado se dá por meio do planejamento, que não se limita a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os meios para a realização destes objetivos.²⁸⁷

O planejamento exige um Estado forte, capaz de direção e coordenação. Para promover o desenvolvimento, devem ser reformulados as funções do Estado, bem como deve ser reestruturado o seu instrumental, o que não significa procurar a equiparação imitativa com

²⁸² HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**... Op. cit., p. 161.

²⁸³ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica**... Op. cit., p. 79.

²⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**... Op. cit., p. 339.

²⁸⁵ Além do mais, Grau destaca que o planejamento de que se cogita é o planejamento técnico de atuação racional, cuja compatibilidade com o mercado é absoluta. Cuida, entretanto, a Constituição, do planejamento do desenvolvimento econômico, quando, em verdade deveria ter tratado, e de modo muito mais amplo, do planejamento da ação estatal. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**... Op. cit., p. 338.

²⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**... Op. cit., p. 338.

²⁸⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 191-192.

os países desenvolvidos. É uma tarefa extremamente complexa, mas absolutamente necessária.²⁸⁸

A relação entre o planejamento e o seu objeto assume, neste contexto, caráter plenamente dinâmico, na medida em que a própria ação estatal oriunda de planejamentos pretéritos acaba por modificar e readequar a situação objeto, pelo que o planejamento estatal deve estar constantemente em processo de atualização.

²⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais...** Op. cit., p. 192.

IV. REGULAÇÃO E EFICIÊNCIA

4.1 O ESTADO REGULADOR: ENTRE O ECONÔMICO E O SOCIAL

O processo de transformação estatal no mundo contemporâneo desenvolve-se em torno da noção de um feixe mínimo de atividades essenciais de Estado. Respeitado esse núcleo essencial de atribuições, o Estado deixa de exercer algumas atividades e passa a exercer outras, mais consentâneas com o seu papel nesse quadro em constante mutação.²⁸⁹

De acordo com Emerson Gabardo, a despeito de não existir definição precisa na Constituição Federal de 1988, a atuação do Estado na esfera econômica no Brasil pode ser classificada em três espécies fundamentais: a) política econômica; b) intervenção; e c) regulação. A política econômica, relacionada ao planejamento, pode ser realizada mediante normas configuradoras de instrumentos diretos de controle (fixação de salários, racionamento, tabelamento de preços) e direitos de adaptação institucional (legislação de efeitos concretos, criação de órgãos) além dos indiretos (de finanças, monetários, creditícios, cambiais). A seu tempo, a intervenção pode ocorrer de duas formas principais: por absorção, quando o Estado assume integralmente a atividade econômica (caso do monopólio da atividade econômica, fundamentado no artigo 173 da Constituição Federal, ou do privilégio de serviço público, fundado no artigo 175 da Carta Magna), ou por participação, em que o Estado exerce a atividade simultaneamente aos particulares.²⁹⁰

A regulação surge com o processo de transferência da exploração de serviços públicos para a iniciativa privada. Opera-se, portanto, a separação entre operador (agora um ente privado não sujeito ao controle estatal) e o regulador (já que a atividade regulatória remanesce em mãos do Estado, que a exerce então de forma indireta). Próprio dessa separação é o regime público de exploração destes serviços delegados à iniciativa privada, consubstanciado na outorga de concessões ou permissões.²⁹¹

Na lição de Gaspar Ariño Ortiz, o modelo de concessões adotado permite ao Estado compatibilizar duas posturas: “de uma parte, se entenderá que o Estado é o titular destas atividades, o *dominus* dos serviços públicos; de outra, se entenderá que o Estado não deve

²⁸⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 11, ano 3, julho/setembro 2005, p. 147.

²⁹⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 130.

²⁹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de direito administrativo...** Op. cit., p. 8.

geri-los diretamente e se acode à concessão como fórmula que lhe permita dirigir sem gerir”.²⁹² De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, vem daí a necessidade de forte regulação sobre a atuação do explorador privado em regime público, com vistas a I) assegurar o cumprimento dos pressupostos da outorga; II) garantir perenidade e universalidade da prestação de III) assegurar a preservação de bens vinculados à atividade.²⁹³

Nesta nova fase, o Estado, como regulador de mercado, especializando-se em seus diversos setores e segmentos, abandona a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la com a direção técnica e socialmente concertada através de entes independentes, criados para desenvolver políticas econômicas legislativas, antes que meramente executivas. É o Estado regulativo, que pratica a *light intervention*, pró-mercado, desenvolvida como alternativa às formas de *heavy intervention*, antimercado, desenvolvidas na grande maioria dos modelos do bem-estar social europeus durante o século XX.²⁹⁴

O vocábulo regulação teve origem nas ciências físicas e biológicas, significando um “trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças”. Desse conceito resulta a presença de dois elementos intrínsecos à noção de regulação: a ideia de regularidade e a ideia de mudança. A própria etimologia do termo demonstra que, ao mesmo tempo em que se procura assegurar um

²⁹² Conforme retrata Gaspar Ariño Ortiz, a concessão se configura, assim, como uma transferência de funções e tarefas cuja titularidade corresponde primariamente ao Estado, atividades que não eram intrinsecamente públicas, que não faziam parte das finalidades históricas do Estado, de seus fins essenciais, mas que estavam publicizadas. O que a Administração cede na concessão não é a titularidade da atividade, mas seu exercício. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico...** Op. cit., p. 280-281.

²⁹³ NETO, Floriano De Azevedo Marques. **A nova regulação dos serviços Públicos**. Renovar – 1991. Janeiro. (Rio de Janeiro/1945), p. 20.

²⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. **Revista de Direito Administrativo**: Renovar, n. 241, jul./2005, p. 8. Consoante explica Arnoldo Wald, o direito da regulação de cada área tem peculiaridades decorrentes da respectiva estrutura e condições específicas. No entanto, existem regras comuns de direito constitucional e administrativo, que incidem sobre todas as suas formas, como é o caso da igualdade das partes, da transparência das decisões, da participação dos interessados na discussão das soluções apresentadas pelas agências, da participação dos interessados na discussão das soluções apresentadas pelas agências – por meio de audiências públicas, da divulgação ampla das informações e dos projetos e o respeito aos princípios da livre concorrência e da proteção dos usuários dos serviços. Esses vários imperativos aos quais obedece o direito da regulação devem ser objeto de conciliação pela agência reguladora, considerando o interesse social e o direito das partes. Cabe, pois, ao órgão regulador, um papel ativo no desempenho das suas funções normativas, preventivas e corretivas, devendo intervir nos processos judiciais, sempre que necessário, e prevendo os problemas do setor, em vez de esperar que surja para, em seguida, tentar resolvê-lo. WALD Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 866, dez./2006, p. 12.

certo grau de estabilidade no objeto da regulação, também se deixam as portas abertas para mudanças que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade.²⁹⁵

Diante desta perspectiva, o conceito de regulação pode assumir vários sentidos.²⁹⁶ Para Marçal Justen Filho, a regulação consiste no controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social.²⁹⁷ Em sentido análogo, Calixto Salomão Filho defende que a regulação “é toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”.²⁹⁸

Não destoia disso a concepção de regulação formulada por Michael Crozier. O sociólogo considera totalmente ultrapassada a separação entre o econômico (terreno do racional puro) e o social (terreno da justiça distributiva). Crozier defende uma regulação do social (educação, saúde, assistência social) em bases diversas da regulação operadora no campo econômico. Enquanto esta teria por foco a quantidade (segundo ele, um modelo colocado em xeque em atividades mais complexas), aquela teria por foco a qualidade e a relação humana.²⁹⁹

Vinícius Marques de Carvalho identifica três acepções distintas de regulação. Em uma perspectiva mais ampla, a regulação pode ser vista como a “forma de intervenção do Estado na economia”, independentemente dos seus instrumentos e fins, abrangendo tanto a intervenção direta como a indireta. Um sentido menos amplo pode ser identificado ao excluir do conceito inicial a intervenção direta do Estado na economia, reduzindo o conceito, portanto, ao “condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada”. E,

²⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 19.

²⁹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue regulação e regulamentação: regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Por sua vez, regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV). A regulação, portanto, possui um sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 150. No mesmo sentido: ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 40-41.

²⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27.

²⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 15.

²⁹⁹ CROZIER, Michael. **Estado modesto, Estado moderno: estratégia para uma outra mudança**. Brasília: FUNCEP, 1989, p. 99-101.

por fim, em sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por meio de lei ou outro ato normativo.³⁰⁰

Subjacente ao problema das implicações conceituais da regulação encontra-se uma das questões centrais da filosofia política e jurídica moderna: a relação entre dois tipos distintos de interesses. Por um lado, os inúmeros interesses privados, os quais em princípios seriam “harmonizáveis” por meio de relações contratuais revogáveis pelas partes. Por outro lado, o interesse público cuja vinculação com os membros de uma dada comunidade ou Nação seria - também em princípio - permanente e irreversível.³⁰¹

Indaga-se, diante deste cenário, qual deve ser a finalidade percorrida pelo Estado por meio da regulação. Na concepção de Eros Roberto Grau, não se pode perder de vista a circunstância de que a atribuição, ao Estado, da missão de conduzir o desenrolar do processo econômico, ordenando-o, é toda ela desenvolvida sob o compromisso, precisamente, de preservação dos mercados.³⁰² No entanto, a despeito da importância do equilíbrio econômico e do controle da atividade econômica, é importante ressaltar que a atividade regulatória contemporânea não está restrita tão somente ao campo da economia. Não menos importante, conforme ressalta Gustavo Henrique Justino de Oliveira, ao lado da finalidade econômica da regulação, encontra-se a denominada regulação social.³⁰³

Nesta conjuntura, Paulo Roberto Pereira Motta contrapõe os conceitos de regulação econômica e social: a regulação, desde uma perspectiva econômica, é uma forma de controle, ou prevenção, com a finalidade de corrigir, ou prevenir as consequências negativas dos monopólios antes públicos, agora possivelmente privados”. Em relação aos serviços públicos, a regulação “visa atender aos critérios universais de uniformidade, continuidade, regularidade,

³⁰⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 144. Maria Sylvia Zanella Di Pietro estabelece a distinção entre intervenção direta e indireta: “a primeira ocorre quando o próprio Estado, por meio de suas empresas, exerce atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja em competição com a iniciativa privada; é o tipo de atividade referida nos artigos 173 e 177 da Constituição Federal. [...]. Na intervenção indireta, o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, estabelecendo regras, fiscalizando, reprimindo, ou, em suma, *regulando*. É o papel do Estado definido no artigo 174 da Constituição, que fala em ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’, atribuindo-lhe as ‘funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (coord.). **Direito regulatório...** Op. cit., p. 24.

³⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade...** Op. cit., p. 9-31.

³⁰² Conforme Grau, o capitalismo reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado. Esta é, sem dúvida, uma afirmação historicamente comprovada. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 136.

³⁰³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE...** Op. cit., p. 148.

qualidade e tarifas módicas, sendo finalidade essencial a harmonização entre o interesse público e os direitos dos particulares”.³⁰⁴

Na mesma linha, Marçal Justen Filho parece admitir a existência de uma finalidade social no conceito de regulação, ao indicar que o objetivo da regulação é “conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público”. Prossegue o jurista, afirmando que “especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios”. Portanto, a regulação estatal teria contornos abertamente promocionais, pois “todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado, são assumidas pelos particulares, mas assujeitadas a controle intenso e contínuo, com a finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum”.³⁰⁵

Acerca do movimento de regulação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que, enquanto no Brasil assistiu-se a uma proliferação e fortalecimento das agências reguladoras, no movimento intitulado de “agencificação”, em contraposição, nos Estados Unidos as agências passam por profundas alterações, que conduzem a uma diminuição sensível de sua independência em relação aos três Poderes do Estado.³⁰⁶

Todavia, é necessário esclarecer que, enquanto nos Estados Unidos e nos demais países onde é presente o movimento de enfraquecimento das agências reguladoras o verbete “desregular” se refere à supressão do poder das agências, no Brasil, em rigor, a desregulação está relacionada a uma mudança nas técnicas de regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico – e isso, em especial, através de procedimentos desregulamentadores. A desregulação de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sob novas formas, de regulação.³⁰⁷

Sob esse enfoque, cabe observar que o processo de desregulação pode adquirir tanto um aspecto quantitativo (eliminação da proliferação desordenada de textos legislativos sem alterar a função das instituições públicas às quais de referem), como também um qualitativo

³⁰⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Editora Manole, 2003, p. 74.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 30.

³⁰⁶ A autora explica que a tendência para a regulação no direito norte-americano foi bem característica da fase intervencionista: a instituição de agências com função regulatória iniciou-se em fins do século XIX e cresceu em intensidade nas décadas de 30 e 40, como o *New Deal*; o movimento contrário, no sentido de diminuir o poder das agências, aumentar o controle sobre as mesmas e impor a desregulação começou nas décadas de 60 e 70, quando têm início as reformas inseridas no movimento da privatização. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função...*, op. cit., p. 37.

³⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto...**, op. cit., p. 136.

(afetando o próprio papel desempenhado pela ação reguladora).³⁰⁸ É preciso considerar, também, que a desregulação não se refere à eliminação de toda e qualquer norma incidente sob as relações econômicas afetadas. O que se suprime, em geral, são normas de Direito público, através das quais o Estado procura limitar de forma direta a atividade dos agentes econômicos. Esta ação ou leva à substituição dessas normas por outras (uma nova regulação de estímulo à concorrência, por exemplo), ou permite a extensão do âmbito de aplicação de normas já existentes (especialmente do direito concorrencial).³⁰⁹

Vislumbra-se, portanto, a grande falácia do termo desregulação, inerente à ideia que transmite de eliminação de normas sobre certas relações econômicas. Isso, na realidade, não ocorre. A rigor, pela cartilha gramatical, o termo deveria sugerir o contrário de “regulação”. Todavia, na maioria dos casos, nos setores desregulados, cria-se uma regulação até mais forte e presente que a regulação existente anteriormente. A nova regulação seria somente uma forma de substituição da regulação anterior, e é esse aparente paradoxo entre desregulação e regulação que circunda a reforma regulatória sofrida nos últimos anos.³¹⁰

Da mesma forma, Vital Moreira expõe que o que se costuma chamar de “desregulação” ou mesmo de liberalização de mercado, de forma alguma significa um abandono estatal de sua função reguladora. A desregulação é na realidade uma re-regulação de diferente natureza.³¹¹

A regulação, no âmbito jurídico, pode abranger outras áreas, das quais destacam-se os serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. Dentre os serviços públicos exclusivos, são objeto de regulação os comerciais e industriais do Estado, quando objeto de concessão, permissão ou autorização a empresas privadas, como, por exemplo, os referidos nos artigos 21, XI e XII da Constituição³¹². O objetivo da regulação, nesse caso, pode ser o de garantir a competição, quando o serviço seja prestado sem exclusividade; mas pode ser pura e simplesmente o de regular a atividade prestada pelas concessionárias e permissionárias,

³⁰⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação...**, op. cit., p. 80.

³⁰⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação...**, op. cit., p. 80.

³¹⁰ RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e Telecomunicações. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 132.

³¹¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto...** Op. cit., p. 97.

³¹² Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; [...].

fixando ou alterando as respectivas regras de execução dos serviços, inclusive no que diz respeito à fixação e reajuste das tarifas. Com relação aos serviços públicos não exclusivos do Estado – prestados na área social (saúde, educação, assistência social, previdência, cultura) – são também objeto de regulação, exercida diretamente pelo Estado, por meio de atos do Legislativo e Executivo, ou por meio de entidades públicas criadas para esse fim, como acontece com os Conselhos de Trânsito, de Educação, de Seguros Privados e tantos outros entes semelhantes, e como acontece também com as agências reguladoras do tipo da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).³¹³

Diante deste perfil, Gabardo aponta que o processo regulatório “nasce com o Estado Interventor, tem a importância reduzida com a política de nacionalizações, ressurgiu com o paradigma neoliberal, direciona-se tanto à atividade econômica em sentido estrito quanto aos serviços públicos delegados, e estrutura-se a partir da criação de agências reguladoras”. Já sua busca por legitimação desenvolve-se mediante algumas características fundamentais: a atuação suplementar do Estado (princípio da subsidiariedade na ótica neoliberal); a inexistência de avaliação personalizada; a redução da prestação direta de serviços públicos (com a venda de patrimônio e a delegação máxima de serviços); a redução da participação direta na atividade econômica em sentido estrito; a incrementação da participação do capital estrangeiro na economia; a busca de recursos para financiamento do déficit público; e o direcionamento a uma crescente eficiência produtiva.³¹⁴

4.2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA INTERPRETAÇÃO

Embora em sua redação original a Constituição Federal de 1988 não tenha reconhecido expressamente o princípio da eficiência administrativa, em que pese a presença de algumas figuras afins, como a economicidade,³¹⁵ a ideia de eficiência sempre esteve presente na Teoria do Estado e na Ciência da Administração, desde o advento do racionalismo

³¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 22.

³¹⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003, p. 190.

³¹⁵ Intimamente ligado ao princípio da eficiência figura o princípio da economicidade, que, como destaca Diogo Figueiredo Moreira Neto, ‘embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude no desempenho da administração pública interna.’ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 311-312.

administrativo característico da modernidade.³¹⁶ Assim, a inserção do princípio no texto constitucional, por meio da Emenda nº 19/1998 não introduziu uma novidade no sistema administrativo nacional, eis que o princípio já se denotava implícito na Carta Magna³¹⁷. A Reforma do artigo 37 da Constituição, portanto, apenas institucionalizou o princípio da eficiência como critério de observância obrigatório pela administração pública.

Em um sentido gramatical, o vocábulo eficiência é entendido como um sinônimo de eficácia, que significa uma ação “que produz um efeito”, ou ainda, “que dá bom resultado”. Todavia, diz Emerson Gabardo, esta explicação de índole linguística em nada colabora para fins acadêmicos, haja vista que o termo é apreendido com os mais diferentes sentidos, dependendo-se do *locus* científico que é toado como substrato teórico de investigação.³¹⁸

Em geral, há concordância entre os autores que se debruçaram sobre o tema, quanto à ausência de um conceito unívoco e concreto para a expressão, variando conforme o foco de análise, e tendo como principais pontos de observação a Ciência da Administração, a Economia, a Sociologia, e, mais recentemente, o Direito.³¹⁹

Emerson Gabardo esclarece que o princípio da eficiência pode ser subdividido em princípios específicos a fim de ser concretizado, dos quais é possível apontar alguns, como o “princípio do esclarecimento do pessoal” (que facilita a programação, a coordenação e a especialização, a fim de “obter um resultado eficiente e uma máxima utilização do pessoal e dos meios a disposição”); o “princípio da base funcional” (que afirma a necessidade de estruturação da organização tendo em vista a função que ela se propõe realizar); o “princípio de divisão das atividades consultivas e executivas” (pois a atividade consultiva é de grande importância para a organização, nas atividades de escutar, conciliar, assistir e opinar, sem que exista relação hierárquica com a executiva, cujas funções são planejamento, controle,

³¹⁶ Emerson Gabardo elucida que a inserção do princípio da eficiência administrativa no texto da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, não implica uma derrogação de qualquer outro princípio constitucional, notadamente o da legalidade. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional...** Op. cit., p. 94. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão, para quem o princípio da eficiência visa a embeber a legalidade de nova lógica, determinando a insurgência de legalidade finalística e material, e não mais legalidade meramente formal e abstrata. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan-2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

³¹⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 184.

³¹⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 23.

³¹⁹ Gabardo destaca que a tradição brasileira, inspirada de forma genérica na doutrina europeia, assevera a equivalência entre os três conceitos afins. A título elucidativo, o autor cita Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles, e Adilson Abreu Dallari, que estudavam o então o “dever de eficiência” que, traduzido do princípio do bom andamento ou boa administração, significa a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional. GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 103.

produção técnica, etc.); o “princípio da unidade de comando” (deve-se saber exatamente de quem é a autoridade final do comando, bem como a responsabilidade inerente ao exercício da função); o “princípio da definição clara de funções” (que produz maior senso de unidade e maior coordenação, pois uma organização eficiente requer clareza, precisão e boa definição de atribuições); e, ainda, cabe mencionar o “princípio da especialização” (que implica uma correta atribuição de funções a quem possa realizá-las da melhor forma, por ser mais experto).³²⁰

É possível afirmar que parte da doutrina adota um critério de eficiência fundado em um critério estritamente econômico. A título ilustrativo, Luís Solano Cabral de Moncada propõe que a eficiência seja tida como a conciliação da gestão econômica “a um aproveitamento racional dos meios humanos e materiais de que dispõe, minimizando os custos de produção, de modo a poder responder na maior escala possível às necessidades que se propõe satisfazer”.³²¹

A eficiência e suas expressões afins referem-se, portanto, a um ideal de racionalização da ação. Racionalizar é uma expressão que deriva da ideia de utilização da razão, mas a esta não se resume. De acordo com Gabardo, “a razão é simples pressuposto”, ou seja, para que possa obter um processo racionalizado é preciso que se tome como ponto de partida o método de conhecimento racional, mas com a incrementação em um elemento mais específico: “a preocupação com a maior eliminação de erros possível no processo, tornando-o, neste sentido, mais eficiente”. Cumpre observar, ainda, que em um sentido econômico moderno, a racionalização tem como justificativa básica a melhoria do processo produtivo, sendo que o verbo “produzir” significa mais que simplesmente gerar ou realizar, pois implica a “criação de utilidades”.³²²

Segundo Irene Patrícia Nohara, diante do modelo de administração gerencial, a eficiência contempla uma relação entre meio (recurso empregado) e fim (resultado obtido), que aponta para a relação custo/benefício. Entretanto, o benefício pode ser obtido com múltiplos conteúdos, não apenas com conceitos puramente econômicos. A eficiência, neste

³²⁰ Muitas vezes, também, é utilizado o termo eficiência acompanhado de um adjetivo que o especifica. Observa-se exemplos desta variedade conceitual em diferentes ciências e vários autores, cada qual com sua própria classificação. É o caso, por exemplo, das seguintes espécies: “eficiência operativa” (consecução de um bom planejamento ou boa formulação das metas) e “eficiência adaptativa” (boa capacidade de reformulação das metas); “eficiência econômica *strictu sensu*” (relação entre custos e valor dos resultados), “eficiência econômica consignativa” (distribuição ótima dos recursos disponíveis) e “eficiência econômica produtiva” (maior rendimento na utilização dos recursos ou minimização de custos); “eficiência moral” (decorrente de uma razão ética mista, na qual se busca uma eficácia temporal condicionada por valores morais). GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 103-104.

³²¹ MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito Económico**. 5. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007, p. 217.

³²² GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 26-27.

sentido, torna-se um “valor relacional”. Ademais, não se pode deixar de considerar que se trata também de um conceito operacional, o que implica no fato de que a “grandeza” eficiência é relativa, ou seja, não é um “fim em si”.³²³

Na seara da economia, são distintas as definições de eficiência. Segundo Robert Cooter e Thomas Ullen³²⁴, um processo de produção é eficiente quando qualquer uma das duas condições seguintes está em vigor: 1) Não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor, ou; 2) Não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos. A outra espécie de eficiência, chamada eficiência de Pareto, às vezes designada como “eficiência alocativa”, diz respeito à satisfação de preferências pessoais. Diz-se que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior.³²⁵

Sob o aspecto economicista, a eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade, o que não deve ser confundido com a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza, que, para a doutrina neoclássica, nada tem a ver com direito antitruste. Segundo essa orientação, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.³²⁶ Desse conceito, deve-se subtrair um outro elemento: a chamada eficiência produtiva. Ao contrário da eficiência alocativa, que vê a questão do ponto de vista de mercado a eficiência produtiva representa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, significando o nível de dispêndio necessário para produzir determinado bem. Assim, enquanto a eficiência alocativa se traduz na curva de demanda pelo produto, a eficiência produtiva é representada pela curva dos custos.³²⁷

Partindo desta perspectiva, Emerson Gabardo disserta que “talvez o mais importante foco da atuação do princípio da eficiência seja justamente no controle da atividade

³²³ Irene Patrícia Nohara estabelece a diferenciação entre eficiência e eficácia: enquanto a eficiência é conceito que se refere ao “emprego adequado dos meios para o alcance de resultados”, a eficácia representa o foco no resultado. NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193.

³²⁴ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38.

³²⁵ A partir deste conceito, correntes de pensamento como a abordagem econômica do Direito (defendida por Richard Posner) passam a insistir na realização de um teste de eficiência do Direito, como se o modelo normativo se restringisse ao aspecto institucional. POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.) **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 473.

³²⁶ Salomão Filho, Calixto. **Regulação da atividade econômica**, p. 144-145.

³²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...** Op. cit., p. 145.

econômica”. Todavia, o jurista pondera que a eficiência não se restringe à ordem econômica, mas é nesse *locus* que reside sua maior relevância, haja vista que “o Estado Social contempla uma espécie de regime capitalista”. Ademais, não raras vezes a dicotomia entre eficiência e Estado Social decorre de uma equivocada oposição entre ordem econômica e ordem social.³²⁸

Em termos concretos, Paulo Motta assevera que, no campo específico da regulação de serviços públicos, a eficiência denota-se como conceito econômico. Assim propõe o autor: “Muito embora a Emenda Constitucional nº 19/98 tenha dado dimensão constitucional ao princípio da eficiência, tornando o mesmo um conceito jurídico, entendemos que a eficiência, tornando o mesmo um conceito jurídico, entendemos que a eficiência buscava pela regulação tem conteúdo econômico, isto é somente podendo ser auferida a mesma nos serviços públicos pelo binômio tarifa-serviço prestado.”³²⁹

Todavia, embora tal entendimento seja bastante difundido, não se concorda com o autor, pois, na realidade, a eficiência tem conceito muito mais abrangente, particularmente no tocante à regulação de serviços públicos, principalmente porque existem serviços públicos que não são prestados mediante a cobrança de tarifa.³³⁰ A utilização do termo eficiência como sinônimo de vantagem estritamente econômica, portanto, é totalmente equivocada, haja vista que, no caso da economicidade, esta deve ser entendida não como sinônimo de eficiência, mas como um dos aspectos que a determina, e nem sempre. Este termo tem sentido específico de tornar o trabalho o mais produtivo possível, adquirindo a maior quantidade de riqueza com o mínimo de dispêndio de energia.³³¹ Ademais, na concretização do princípio da eficiência administrativa, não se poderá esquecer da natureza redistributiva inerente à Constituição econômica brasileira, que não pode ser alterada pela “concepção efficientista”.³³²

De acordo com Luiz Alberto Blanchet, a eficiência se subordina à consecução dos objetivos dos serviços públicos, os quais de traduzem na satisfação da necessidade para cujo atendimento é prestado o serviço. Neste contexto, o jurista aduz que “não basta que esta satisfação ocorra simplesmente, é imprescindível que ela ocorra no momento oportuno e mediante o atendimento dos requisitos indispensáveis de qualidade. Também não é eficiente o serviço que ultrapassa as exigências da necessidade a ser suprida.”³³³

³²⁸ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 187.

³²⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras de serviços públicos.** Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná, p. 60.

³³⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 43.

³³¹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 28.

³³² GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 149, p. 187.

³³³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo...** Op. cit, p. 564.

A dualidade de acepções de eficiência também é ressaltada por Cristiane Derani. Para a jurista, o Estado é eficiente quando a administração pública é capaz de fazer uso do poder que detém para cumprir com todas as suas funções, em perfeito atendimento aos princípios que suportam sua atividade, concretizando a finalidade máxima de generalização do bem-estar ou de distribuição equitativa da riqueza social por todos os integrantes da sociedade. Este fato, segundo Derani, distancia o sentido de eficiência da administração pública do sentido de eficiência econômica, que, por sua vez, terá um sentido derivado da economia neoclássica e outro diverso oriundo da economia social.³³⁴

A par disso, Egon Bockmann Moreira lembra que o princípio constitucional da eficiência não guarda relação com a noção de eficiência no setor privado, eis que esta se refere à “relação estrita entre objetivos lucrativos (resultados previstos) e a eficácia da atividade (excelente utilização de recursos disponíveis)”.³³⁵ Na mesma ótica, reflete Jessé Torres Pereira Junior que, enquanto na empresa privada, a eficiência é instrumento para a perseguição do lucro (o que é legítimo), na Administração, a axiologia é outra. O lucro, segundo o autor, não é valor justificador das funções públicas, eis que “cabe ao Estado promover o bem comum, a dignidade da pessoa humana, a paz social, o que já se deduz do preâmbulo da Constituição de 1988”.³³⁶

Gabardo defende que o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado interventor, a partir da ótica do constitucionalismo social, deverá ser avaliado primeiramente a partir da otimização da realização dos serviços, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial (rentabilidade) e a lógica social (solidariedade).³³⁷ A eficiência do aparelho do Estado só poderá ser averiguada tendo como parâmetro esse fundamento, o que exclui de plano a perspectiva de eficiência liberal, que além de ser internamente falha é extremamente ineficiente, à medida que desconsidera os fatores sociais na instituição dos critérios de avaliação do sistema econômico.³³⁸

³³⁴ DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos...** Op. cit., p. 143.

³³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125.

³³⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torre. **Da reforma administrativa constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 44.

³³⁷ Para Gabardo, os aspectos econômico e social no Estado Interventor não podem ser dissociados, sob pena de ser deslegitimada sua atuação. GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 191.

³³⁸ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 122.

4.3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS: CONTROLE NORMATIVO

O sistema de agências reguladoras independentes é relativamente novo no Brasil e passa por um processo de afirmação.³³⁹ As agências setoriais de regulação foram sendo criadas no Brasil sob a natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades administrativas.³⁴⁰ Trata-se de entidades que inexistiam em nosso direito e foram criadas inspirando-se nos moldes das independentes *regulatory commissions* ou *regulatory agencies* norte-americanas, abrangendo poderes

³³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. An overview of Brazilian Law. In: JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Infrastructure Law of Brazil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 38.

³⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006, p. 4. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>. Acesso em 4 de janeiro de 2014. Paulo Roberto Ferreira Motta elenca o extenso rol de agências reguladoras federais criadas a partir da segunda metade da década de 1990: “Pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, é instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica, Aneel, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Em 16 de julho de 1997, com a edição da Lei n. 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, é criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. Em 06 de agosto de 1997, surgiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP – criada pela Lei n. 9.478, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Através da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, é criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS – autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, com a finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de todos, aeroportos e de fronteiras. A Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro-RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde. A Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, criou a Agência Nacional de Águas – ANA, autarquia sob o regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuição, a Política Nacional de Recursos Hídricos, com sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais. A Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, criou duas novas agências, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, bem como o denominado Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. A ANTT e a Antaq foram criadas como entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos da Lei”. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras...** Op. cit., p. 9-11.

normativos quase legislativos e funções quase judiciais. Consequentemente, os monopólios estatais em determinados setores começaram a ser extintos e introduziu-se o regime concorrencial na prestação de serviços públicos, com base na livre iniciativa e na livre concorrência e defesa do consumidor como princípios jurídicos fortes a serem observados pelo Estado.³⁴¹ São diversas as razões que levaram à proliferação das agências reguladoras no Brasil, entre elas as motivações de cunho administrativo (necessidade de criação de entes reguladores independentes, em consonância com a alteração do papel do Estado na economia e a instauração de um novo modelo de Estado) e político (possibilidade de fuga a controles financeiros, criação de cargos em comissão, etc).³⁴²

As agências reguladoras brasileiras são criadas por meio de leis esparsas e só podem ser extintas por esse meio, em razão do princípio do paralelismo das formas. As únicas agências que possuem expressa base constitucional são a Agência Nacional de Telecomunicações (conforme o disposto no artigo 21, XI da Constituição Federal), e a Agência Nacional do Petróleo (face o contido no artigo 177, § 2º, III da Carta Magna). As demais agências decorrem da decisão do legislador. Portanto, salvo discussão doutrinária acerca da competência legislativa, não está inviabilizado a possibilidade de criação de órgãos reguladores em outros setores de atividades.³⁴³

A despeito disso, em relação ao instrumento legal de criação das agências reguladoras, Ives Gandra da Silva Martins defende a posição de que, exceto as expressas previsões que constam na Constituição, não podem existir agências regulatórias, com poder normativo e com força maior que a dos Ministérios. Se criadas, devem apenas ostentar força executória, como *longa manus* dos Ministérios do qual dependem. Neste contexto, com apoio em Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pontua o autor que a proliferação de agências é inconstitucional, eis que não estão previstas no texto supremo e a lei não poderia outorgar-lhes poderes que não estão autorizados pela Lei Maior. O jurista ressalta a necessidade de ser rever o poder outorgado a tais agências e a constitucionalidade ou não da manutenção de muitas delas. Se forem imprescindíveis, que se outorgue tal poder normativo por emenda

³⁴¹ WALD Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Revista dos Tribunais...** Op. cit., p. 12. Todavia, a ideia de regulação não é nova ou totalmente desconhecida no direito brasileiro. De longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), entre outros órgãos. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Reforma do Estado. O papel das agências...**, op. cit., p. 254.

³⁴² CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 135.

³⁴³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico...** Op. cit., p. 7-8.

constitucional e jamais como ocorre no momento, por leis ordinárias, que as tornam mais fortes que os Ministérios e, talvez, mais fortes que o próprio Presidente da República.³⁴⁴

As agências reguladoras não possuem um modelo comum no tocante à estrutura, competência e demais características. No entanto, é possível elencar algumas características comuns: são constituídas como autarquias de regime especial, afastando-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência; são dotadas de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; possuem poderes amplos de fiscalização e podem operar como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência; possuem controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo as diretrizes do Governo e em defesa da coletividade, às quais se acrescentam; possuem direção colegiada, sendo os membros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal; seus dirigentes possuem mandato com prazo de duração determinado; após cumprido o mandato, seus dirigentes ficam impedidos, por um prazo certo e determinado, de atuar no setor atribuído à agência, sob pena de incidirem em crime de advocacia administrativa e outras penalidades.³⁴⁵

Edmir Netto de Araújo explica que as agências exercem poder normativo (e não regulamentar, no sentido estrito) para regradar serviços objeto dos contratos ou atos de delegação, o que lhes confere certa “independência” em relação ao Poder Legislativo (pelo poder normativo), ao Poder Executivo (mandato dos dirigentes e não-revisão de normas ou decisões por outros órgãos ou entidades da Administração) e ao próprio Poder Judiciário, pela função “quase jurisdicional” de solução de litígios entre elas e os delegados de serviço público ou entre estes, como instância administrativa definitiva.³⁴⁶ As agências reguladoras envolvem, portanto, o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o poder fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários, e desenvolvem uma tripla regulação: a “regulação dos monopólios”, visando atenuar

³⁴⁴ MARTINS, Ives Granda. Agências regulatórias. **Revista IOB de Direito Administrativo**, v. 1, n. 8, agosto/2006, p. 90-91.

³⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Alves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, nº 3, maio 2001, p. 254.

³⁴⁶ ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 43-44.

o efeito das forças de mercado através de controles de preços e da qualidade do serviço; a “regulação para a competição”, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência, e; a “regulação social”, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados.³⁴⁷

Segundo Marçal Justen Filho, as agências reguladoras são dotadas de competência discricionária infralegislativa, destinada à adoção de políticas públicas compatíveis com a legislação vigente. Assim, o controle jurisdicional incide inclusive sobre a coerência e a compatibilidade dos atos praticados pelas agências em face das políticas públicas escolhidas.³⁴⁸ De igual modo, Paulo Todescan Mattos admite a possibilidade de um controle sobre o conteúdo da regulação, ou seja, um controle substantivo do judiciário sobre a decisão do administrador público, desde que com base em um juízo de adequação ou suficiência das justificativas apresentadas em relação aos objetivos da política pública.³⁴⁹

Entretanto, deve ser notado que em matérias de elevada discricionariedade técnica, nas quais a agência reguladora tenha decidido razoavelmente e cumprido o devido processo legal, a incidência do controle jurisdicional acarretaria a substituição do juízo conferido à agência instituída pelo legislador para decidir tecnicamente aquelas matérias de direito econômico, pela decisão do Poder Judiciário, na verdade, decisão do perito judiciário, em face da em geral inevitável falta de especialização técnica do juiz na matéria regulada.³⁵⁰

4.4 REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: AS CONFLUÊNCIAS ENTRE DIREITO E ECONOMIA

A tratativa dos serviços públicos exige, necessariamente, um recuo às relações entre Direito e economia, ainda que se reconheça que tais pontos de vista contrastam quanto aos seus critérios ontológicos.³⁵¹ Cria-se, portanto, um ambiente propício à transposição de critérios, categorias e classificações econômicas para a teoria jurídica, na medida em que se

³⁴⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico...** Op. cit., p. 8.

³⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 590.

³⁴⁹ MATTOS, Paulo Todescan. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade.** São Paulo: Catavento. 2007, p. 28.

³⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmitificações. **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano I, nº 8, agosto/2006, p. 14-15.

³⁵¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 130.

reconhece que, funcionalmente, Direito e Economia têm o mesmo destino, delineado pela Ordem Constitucional.³⁵²

Assim, em que pesem as diferenças de ponto de vista entre as duas ciências, há um amplo reconhecimento entre os economistas de que as leis, o Judiciário e o Direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica.³⁵³ A partir desta constatação, o movimento de Direito & Economia – ou Análise Econômica do Direito, para utilizar-se da nomenclatura acolhida no Brasil – tem como característica a aplicação de premissas econômicas para analisar como a legislação afeta a conduta dos agentes econômicos e as relações sociais.³⁵⁴

Na visão de Ivo Gico Júnior, a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas e a lógica racional do próprio ordenamento jurídico.³⁵⁵ Essa linha de pensamento, concebida originalmente como uma vertente das escolas econômicas mais liberais, concebe o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, notadamente a eficiência.³⁵⁶

A macroeconomia destacou-se por ter se consolidado com base numa preocupação essencial que era a de assegurar ao sistema econômico a eficiência, entendida esta como sua “capacidade de operar com plena ocupação de sua capacidade produtiva e dos seus recursos humanos”. A este tipo de eficiência deu-se o nome de eficiência estática, para contrapô-lo à noção de eficiência dinâmica da economia, relacionada ao objeto da teoria do desenvolvimento econômico, a qual passou a ocupar a atenção dos estudiosos.³⁵⁷

³⁵² NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 387-388.

³⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 11.

³⁵⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia...** Op. cit., p. 83.

³⁵⁵ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

³⁵⁶ Embora os primeiros fundamentos teóricos da escola de Direito & Economia possam ser identificados a partir de Adam Smith ou de Jeremy Bentham, foi somente na década de 1960 que o interesse na aplicação de conceitos da teoria econômica ao direito se consolidou. Graças aos estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi, Henry Manne, Gary Becker e Richard Posner, entre outros, a Análise Econômica do Direito se tornou uma disciplina acadêmica autônoma e com muitos seguidores pelo mundo. PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia...** Op. cit., p. 83-87.

³⁵⁷ De acordo com Nusdeo, o novo e bem mais árduo desafio passou então a ser mais o de preencher para níveis mais elevados, a fim de atender às crescentes necessidades de uma parcela também crescente da humanidade. Esta seria a eficiência dinâmica, por importar uma permanente e autossustentada evolução em toda a estrutura não apenas econômica, mas social e cultural dos países onde se implantasse o processo desenvolvimentista. NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia...** Op. cit., p. 368.

Na visão da análise econômica do direito, a Reforma Administrativa ocorrida no Brasil a partir da década de 1990 significou a substituição de um Estado empresário por outro que se preocupa mais em regular o setor privado. Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, por trás dessas reformas está a visão de que “o mercado é mais eficiente que o Estado em definir a alocação de recursos e produzir”. Por outro lado, elas representam uma reação à constatação de que a intensa intervenção estatal que caracterizou a economia brasileira durante a maior parte do século XX foi marcada por muitos problemas, que podem ser inseridos naquilo a que a literatura usualmente se refere como falhas de governo.³⁵⁸

O enfoque interdisciplinar entre Direito e Economia concebe a regulação econômica como sendo o “conjunto de regras que limitam a liberdade de ações ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado”.³⁵⁹ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi retratam que o tema da regulação pode ser estudado, sob ópticas complementares, pela economia, pelo direito e pela ciência política. Neste sentido, os economistas se preocupam, em geral, com o estudo de setores sujeitos à regulação, analisando a forma em que esta influencia o comportamento dos agentes e como isso impacta o bem-estar social. A questão principal para o economista é se a regulação é eficiente ou não. Por sua vez, a regulação, para o Direito, é o resultado de restrições legais ao comportamento dos agentes, cuja origem, hierarquia e consistência interna são o resultado de processos por vezes completamente dissociados da lógica econômica. Para o cientista político, por sua vez, a regulação é, antes de tudo, o resultado de um jogo político entre grupos de interesse que buscam moldar a intervenção estatal em seu benefício.³⁶⁰

Todavia, não nos parece correta, e menos ainda plausível, diante do cenário sociopolítico contemporâneo e da complexidade dos institutos jurídicos, que a noção de regulação possa ser tomada a partir de critérios estanques, onde a proposição de uma visão compartimentalizada contribui para uma simplificação temerária do conceito de regulação. Neste sentido, ainda que se possa constatar um aspecto predominante em cada ciência ou teoria, o conceito de regulação deve ser concebido a partir das diversas facetas que engendra, a favorecer uma perspectiva multidisciplinar e enriquecedora da temática. Não obstante, esta visão destoa da tendência atualmente em desenvolvimento no Direito, que aponta para o estudo da ciência jurídica a partir de uma tomada interdisciplinar.

³⁵⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia...** Op. cit., p. 253.

³⁵⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia...** Op. cit., p. 254.

³⁶⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia...** Op. cit., p. 254.

Richard Posner, em uma visão economicista, defende que a expressão “regulação econômica” se refere a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado e outras facetas da atividade econômica.³⁶¹ De acordo com Posner, duas teorias principais da regulação econômica foram propostas: a teoria do interesse público e a teoria da captura.

A teoria do interesse público, como a própria nomenclatura sugere, sustenta que a regulação é criada em resposta a uma demanda do público por correção de práticas de mercado ineficientes ou não equitativas.³⁶² A regulação, em sua dimensão ampla, segundo a referida escola, não se volta para a preservação do mercado, mas sim para a consecução do interesse público, em suas diversas formas. Ou seja, a intervenção do Estado no mercado visa alcançar o bem público, embora o conceito de interesse público seja de difícil concreção, pois possui diversas dimensões, política, jurídica e econômica.³⁶³

A segunda teoria exposta por Posner é a teoria da captura, que preceitua que a regulação é formulada em respostas às demandas de grupos de interesse se digladiando para maximizar os benefícios de seus próprios membros.³⁶⁴ Essa ingerência dos agentes regulados diante da atuação do regulador destaca a figura do regulado como agente capaz de influenciar nas decisões do regulador.³⁶⁵

Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a não utilização da regulação só seria possível em um mundo idealizado em que fosse constatado: a não ocorrência, entre os agentes econômicos, de interações que não fossem intencionais e de comum acordo; um número muito grande de empresas competindo em condições semelhantes, em cada mercado, para vender para um número também elevado de consumidores parecidos, e; informação total e igualmente disponível para todos os agentes.³⁶⁶

³⁶¹ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo. (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 149-150.

³⁶² POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.) **Regulação econômica e democracia...** Op. cit., p. 49-50.

³⁶³ Lucas de Souza Lehfeld disserta que, em virtude da dificuldade em proporcionar uma concepção delineada de interesse público, não seria incoerente aproximar a teoria em análise à Escola do Serviço Público, pelo menos nos moldes como ela é aplicada no país. Entretanto, pondera o autor que essa aproximação não se mostra perfeita, pois nem sempre a busca do Estado pelo interesse público submete, juridicamente, a atividade estatal a um regime de serviços públicos. LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras...** Op. cit., p. 73.

³⁶⁴ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo. (Coord.). **Regulação econômica e democracia...** Op. cit., p. 49-50.

³⁶⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras...** Op. cit., p.73.

³⁶⁶ De acordo com Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, o Estado pode regular os agentes econômicos por uma série de motivos; entre os mais evidentes, porque sofre influência de grupos de pressão para defender o

É necessário ponderar que a tese exposta por Pinheiro e Saddi, fundada na ideia de que a coexistência simultânea dos critérios elencados acima poderia levar o mercado ao nível ótimo, ao ponto de se descartar a necessidade de regulação, está consubstanciada numa noção de eficiência estritamente econômica. Neste sentido, ainda que tal concepção esteja inserida no contexto da análise econômica do direito, não se mostra plausível, a partir do rol de direitos sociais assegurados na Constituição Federal que a regulação estatal seja justificável apenas pela necessidade de equilíbrio de mercado. Como já apontado, a regulação da economia – e, precipuamente dos serviços de titularidade estatal - deve servir de instrumento para a promoção do desenvolvimento social, entendido, em sentido amplo, como a redução das desigualdades e a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos.

No ideário economicista, a premissa de que os acordos voluntários e a ausência de informação dissonante entre os agentes econômicos levam ao ponto de ótimo social é, a princípio, verdadeira. Há, porém, fatores que podem afastar o mercado do nível ótimo, as chamadas falhas de mercado. Assim, diante da impossibilidade de relações perfeitas, a economia encontra arranjos intermediários, que respondem às imperfeições. Em outros termos, busca-se arranjos complementares ao mecanismo de mercado para mitigar os efeitos indesejáveis das falhas de mercado e aumentar a eficiência econômica e, conseqüentemente, o nível de bem-estar.³⁶⁷

A deficiência na concorrência caracteriza-se quando não existe disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede que os mecanismos inerentes à atividade econômica produzam seus efeitos positivos. Coadunada com a existência de diversos fatores que podem impossibilitar o funcionamento do mercado, o que se revela mais evidente é a monopolização por determinado agente, em que seus produtos aparecem como únicos disponíveis para os consumidores. Pode-se trazer a título de exemplo setores econômicos, como energia elétrica, telecomunicações e outros serviços estratégicos, que tendem a um monopólio natural por demandarem grandes investimentos (poder econômico), o que reduz o número de concorrentes.³⁶⁸

O risco de informação assimétrica é, de acordo com o referencial da análise econômica do direito, uma das justificativas para a função reguladora do Estado na

interesse específico da indústria regulada, ou porque tem objetivos políticos próprios. PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia...** Op. cit., p. 256.

³⁶⁷ VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. (Coord.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82.

³⁶⁸ LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras...** Op. cit., p. 74.

economia.³⁶⁹ Em outros termos, a regulação constitui uma medida necessária para evitar – ou, ao menos, diminuir – os riscos de que os agentes econômicos se beneficiem em razão de informações qualitativa ou quantitativamente superiores aos da outra parte.

A assimetria de informação significa a situação em que dois ou mais agentes econômicos estabelecem entre si uma transação econômica com uma das partes envolvidas detendo informações qualitativa ou quantitativamente superiores às da outra parte. Neste passo, a eficiência da regulação de serviços públicos exige a adoção de um sistema com elevado grau de segurança jurídica. Uma vez que, sob os preceitos da regulação, o serviço público passa a ser prestado diretamente pelo particular, torna-se necessário que as regras de regulação permaneçam inalteradas, sob pena de se estabelecer situação em que a assimetria de informação ocasionada pela alteração desmotivada da norma reguladora ocasione o surgimento de uma externalidade negativa. Significa dizer que a norma regulatória não pode ser arbitrariamente modificada, a não ser que se observem fatos absolutamente relevantes e imprevisíveis.³⁷⁰

Nestes termos, a segurança jurídica é tão importante para o bom andamento da regulação econômica que ela deve ser observada até em projetos que ainda não saíram do papel.³⁷¹ Trata-se de uma questão *ex ante*, ou seja, baseada apenas em suposição e prognóstico. A noção de segurança jurídica, portanto, embute a noção de que o custo e o risco de uma transação possam ser efetivamente calculados. De outro modo, a insegurança jurídica, sob a perspectiva econômica, faz reduzir o potencial de utilização de ativos.³⁷²

³⁶⁹ MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

³⁷⁰ MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia...** Op. cit., p. 10.

³⁷¹ MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia...** Op. cit., p. 09.

³⁷² Com apoio no economista Douglas North, Montoro afirma que a ausência de segurança jurídica chega a comprometer o desenvolvimento econômico de um país, como ocorreu no Brasil, que foi prejudicado pela falta de instituições que garantissem a segurança jurídica. Para North, o Brasil e outros países da América Latina com grande potencial, como México e Argentina, ficaram para trás em relação aos Estados Unidos devido ao modelo ineficiente herdado dos portugueses e espanhóis. Sobre a insegurança jurídica no Brasil, Castelar apud Montoro aponta como causa a falta de confiança nos tribunais, a morosidade do processo e a politização das decisões judiciais. Entretanto, Castelar explica que o problema transcende o Judiciário e chega ao Poder Executivo, motivado pela grande quantidade de medidas provisórias e das constantes mudanças de regras. MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia...** Op. cit., p. 11-18. Acerca dos problemas do Poder Judiciário e os reflexos para a economia, ver: PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (org.). **Direito & economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283.

Outra faceta intimamente relacionada à segurança jurídica é a necessidade de atuação coerente do Poder Judiciário. Consoante destaca Armando Castelar Pinheiro, um sistema econômico eficiente pressupõe que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei.³⁷³

A insegurança jurídica, portanto, ocasiona o problema da não previsibilidade da força normativa dos contratos, contribuindo para o aumento de custos de transação, e, conseqüentemente, prejudicando a economia. Consoante observa Buscaglia e Ratliff, na maioria dos países em desenvolvimento, “a incerteza relacionada com a aplicação da lei -, devido ao poder discricionário e ineficiente da administração da justiça - faz aumentar os custos de transação e fomentando a corrupção”. A redução dos custos de transação de negócios e a erradicação da corrupção endêmica, diz os autores, exigem políticas públicas que são baseadas em estudos empíricos.³⁷⁴

Diante deste cenário, que aporta para a importância da segurança jurídica da regulação como requisito para o desenvolvimento econômico, Montoro Filho explica que, no Brasil, o custo da insegurança jurídica tem sido elevado. Para o jurista “o país perde nas duas pontas: no da formalidade, que vem acompanhada de burocracia ineficiente, e na informalidade, que traz em seu bojo a incerteza”. Ambos os ambientes estão minados pela insegurança jurídica, ainda que por razões opostas: o que sobra no primeiro caso, falta no segundo. De um jeito ou de outro, as transações contaminadas por esse ambiente tendem a ser mais caras. No limite, a insegurança jurídica acaba por afetar o próprio desenvolvimento do País.³⁷⁵

O problema das assimetrias de informação é também detectado na relação estabelecida entre regulador e legislador, a partir dos referenciais introduzidos pela teoria política positiva reguladora. O fundamento medular da teoria política positiva reguladora está

³⁷³ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & economia**... Op. cit., p. 244.

³⁷⁴ *In most developing countries, uncertainty related to the application of the law - due to discretionary power and the inefficient administration of justice - is increasing transaction costs and fostering corruption. Lowering of business transaction costs and the eradication of endemic corruption require public policies that are based on empirical studies.* Tradução: Na maioria dos países em desenvolvimento, a incerteza relacionada com a aplicação da lei - devido ao poder discricionário e a administração ineficiente da justiça - está aumentando os custos de transação e fomentando a corrupção. A redução de custos de transação comercial e a erradicação da corrupção endêmica exigem políticas públicas baseadas em estudos empíricos. BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William. **Law and economics in developing countries**. Stanford: Hoover Institution Press, 2000, p. 6.

³⁷⁵ MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia**... Op. cit., p. 09.

pautado na proposição de que a sociedade é mapeada em diversos grupos de interesse, vistos em relações que envolvem múltiplos principais, afetados pela escolha de políticas regulatórias. A teoria pública positiva reguladora também incorpora outras importantes premissas usadas pela escola neoclássica, dentre as quais o problema da assimetria de informações e o modelo principal-agente, incertezas de comportamento e oportunismo, bem como teoria dos custos de transação. No entanto, a teoria pública positiva reguladora vai além da teoria normativa, porque considera em sua análise, quais fatores influenciam a tomada de decisões e o papel de instituições políticas no processo regulatório.³⁷⁶ Conforme explica Joseph Stiglitz, enquanto a economia normativa é tida como a economia do bem-estar, a análise positiva está voltada não apenas para o estudo das consequências de políticas públicas, mas especialmente para a compreensão das forças econômicas formadoras das políticas observadas na prática. Assim, segundo Stiglitz, a Teoria Política Positiva Reguladora é dotada de maior realismo, ao expressar de forma mais próxima fenômenos do comportamento da regulação.³⁷⁷

Com fundamento nos pressupostos da teoria política positiva reguladora, admitir que os agentes econômicos são racionais significa afirmar que maximizam seus próprios interesses, de modo que agirão com vistas a influenciar a escolha do Estado entre um leque de opções que se abre, em termos de possíveis políticas públicas. A título elucidativo, Marcelo Nascimento Barbosa traz à tona o emblemático caso da falta de capacidade de investimento em expansão e modernização na infraestrutura de telecomunicações que o sistema Telebrás experimentava antes da privatização, como consequência da deficitária estrutura tarifária vigente à época, que eram definidas pelo Governo Federal, autoridade econômica que procurava maximizar seus próprios interesses, centrados à época, na contenção do processo inflacionário, e não na prestação dos serviços em si, ou em sua compatibilidade com os custos. Nesse período, a reestruturação do setor de telecomunicações em andamento no País encontrava-se sob avaliação e discussão, apresentando um cenário para novas definições políticas, construindo-se novas políticas e diretrizes, segundo os interesses dos grupos e a atuação efetiva dos atores políticos envolvidos no processo.³⁷⁸

³⁷⁶ BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 425-426.

³⁷⁷ STIGLITZ, Joseph E. **Economics on the public sector**. 2. ed. New York: Norton, 1988.

³⁷⁸ BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo...** Op. cit., p. 426-427.

De acordo com Barbosa, diante de um caso de maximização de interesses com evidentes prejuízos ao interesse público, tal como o narrado, a solução, em termos das opções adotadas, não é normativa, já que vai se distanciar, tanto de um resultado eficiente, como de um que privilegie o interesse público.³⁷⁹

A relação havida entre regulador e legislador também pode interferir nas políticas de regulação adotadas. Tendo em vista que os objetivos e diretrizes a serem perseguidos pela regulação estão contidas nas normas, cabendo ao ente regulador o papel de torná-las concretas por meio da regulação, é preciso aduzir que os reguladores não estão, necessariamente, associados aos mesmos interesses dos legisladores. A ausência de critérios para decisão, que parte da assimetria de informação, tem consideráveis consequências sobre a regulação a ser implementada pelos legisladores, que terão incentivos em modelar sua relação com o regulador, a fim de alinhar possíveis interesses divergentes. De outro lado, os legisladores não têm interesse em realizar diretamente uma política, nem sequer de incorrer em altos custos de supervisão da agência da concorrência. Os benefícios da delegação de competências são, ainda, maiores que os custos de controle ou monitoramento. Esses altos custos de controle identificam o problema da assimetria de informações.³⁸⁰ Ademais, o regulador normalmente não se relaciona com o eleitorado, ou seja, não tem representatividade eletiva. Sua atuação está justificada em outras bases, que são, em regra, o domínio da técnica necessária para realização das atribuições que lhes são confiadas.

Diante deste panorama, é possível concluir que nem sempre o regulador implementa uma política regulatória desenhada e almejada pelos legisladores. É possível, portanto, verificar que há conflitos de interesses facilmente diagnosticáveis na relação entre regulador e legislador, de modo que o regulador, mesmo subordinado ao legislador, não está necessariamente maximizando os interesses deste, passando a ter interesses próprios: prestígio, poder, influência, novos cargos, maiores salários.³⁸¹

As externalidades, ao revés, são uma das principais justificativas para a existência da regulação. Carolina Theodoro da Silva Motta, com apoio em Stephen Breyer, preceitua que

³⁷⁹ Marcelo Nascimento Barbosa escreve que a política pública utilizada, em regra, pode ser mais bem compreendida como resultado das instituições e do embate de interesses de grupos da sociedade, com capacidade de exercer pressões. BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo...** Op. cit., p. 427.

³⁸⁰ BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo...** Op. cit., p. 426.

³⁸¹ BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo...** Op. cit., p. 427.

“uma considerável parcela da regulação é justificada pelo fato de que preços de bens não-regulados não refletem o verdadeiro custo à sociedade da produção desse bem. A diferença existente entre verdadeiro custo social e o preço não-regulado do produto correspondente ao que se chama externalidade”.³⁸²

De acordo com Stephen Breyer, as razões clássicas que justificam a regulação são o controle do poder de monopólio, o controle do excesso de lucros, a compensação por externalidades negativas, a regulação em face das informações inadequadas e a competição excessiva. Com base em um discurso eminentemente economicista e liberal, Breyer coloca em xeque a eficiência da regulação, criticando-a sob os mais diversos argumentos, como os altos custos do aparato de regulação; ineficiência das regras que impõe (baixo custo benefício da regulação em face da falha de mercado); injusta, complexa e freqüentemente atrasada; irresponsável em face do controle democrático, e a inerente imprevisibilidade do resultado final. Para Breyer, a regulação deve ser a *ultima ratio*, somente sendo admissível quando realmente se torna imprescindível ao controle de determinado setor, ou seja, quando se constata que a regulação, mesmo não tão eficiente, traz mais benefícios do que a liberação completa do mercado, sujeita a uma falha que acarreta inúmeros prejuízos.³⁸³

O Direito da Regulação, diz Luciano Benetti Timm, atrai para o Estado as funções alocativa, distributiva e estabilizadora. A função alocativa está associada à oferta de bens e serviços não oferecidos adequadamente pelo sistema de mercado, os chamados bens públicos. Estes bens são caracterizados por dois critérios: não rivalidade e não excludência, que diz respeito ao fato de que o bem é tal que não se pode excluir um consumidor de seu consumo.³⁸⁴ Para Nusdeo, o mercado é falho na produção de bens coletivos, pois se preocupa basicamente

³⁸² MOTTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 170.

³⁸³ Diz o autor: “*These criticisms – high cost; ineffectiveness and waste, procedural unfairness, complexity, and delay; unresponsiveness to democratic control, and the inherent unpredictability of the end result – do not apply to every regulatory program nor to every instance of regulation. They vary in their applicability from one time, place, and program to another. Moreover, defenders of particular programs and of regulation in general can respond by pointing to achievements of individual programs or by claiming that in the absence of regulation, matters would be far worse.*” Tradução: Estas críticas - de alto custo; ineficácia e desperdício, injustiça processual, complexidade e demora; apatia ao controle democrático, e imprevisibilidade inerente do resultado final - não se aplicam a todo o programa regulatório nem a todos os setores de regulação. Eles variam em sua aplicabilidade a partir de um tempo, lugar, e um programa para outro. Além disso, os defensores de programas específicos e de regulação em geral, podem responder, apontando para as realizações de programas individuais ou ao afirmar que, na ausência de regulamentação, a situação seria muito pior. BREYER, Stephen. **Regulation and its reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 4.

³⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104.

com o individual. Sendo assim, quando o mercado falha, o Estado tem de agir, e com eficiência.³⁸⁵

A função distributiva surge através da tributação, com o governo atuando como um agente redistribuidor de renda retirando recursos dos segmentos mais ricos da sociedade e os transferindo para os seguimentos menos favorecidos.³⁸⁶ Conforme explica Fábio Nusdeo, a produção de bens coletivos não está na agenda liberal. Consequentemente, a construção de pontes, o ensino público, as campanhas de vacinação, entre tantas outras atividades que não interessam ao particular, precisam ser encampadas pelo Estado. Para tanto, recorre-se ao regime tributário, que promove a distribuição dos custos por toda a sociedade, assim como pretensamente são distribuídos os benefícios.³⁸⁷

Por fim, a função Estabilizadora está relacionada com a intervenção do Estado na economia para alterar o comportamento dos níveis de preços e emprego. Isto porque, na maioria das vezes, o pleno emprego e a estabilidade de preços ocorrem de maneira automática. Os instrumentos de que o governo dispõe para tanto são: política fiscal; política monetária; política cambial; política comercial; e política de rendas.

Barbosa ressalta que na maioria das vezes não há uma forma de corrigir a falha de mercado que seja ótima em termos de bem-estar social. Também é raro que existam formas de conciliar os interesses conflitantes através de compensações laterais ou outros esquemas simples de resolução de conflitos. Na prática a solução é determinada por intermédio das instituições políticas, que estabelecem a forma que a solução da falha de mercado vai tomar.³⁸⁸

Partindo da crise do Estado do Bem-estar Social, Giddens propõe uma nova forma de organização da economia, denominada economia mista. Por meio dela, buscar-se-ia uma sinergia entre os setores público e privado, com a utilização do dinamismo dos mercados sem perder de vista o interesse público. Afirma Giddens que esse modelo econômico “envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação, num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não econômico na vida da sociedade”. Em substituição ao modelo do *Welfare state*, o autor propõe uma sociedade de “*welfare*”,

³⁸⁵ GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade...** Op. cit., p. 118-119.

³⁸⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia...** Op. cit., p. 105.

³⁸⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade...** Op. cit., p. 118-119.

³⁸⁸ BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo...** Op. cit., p. 426.

baseada em uma estrutura de *welfare* positivo, em que “os próprios indivíduos e outras instituições além do governo contribuem”.³⁸⁹

4.5 DESENVOLVIMENTO E EFICIÊNCIA

Se o moderno conceito de desenvolvimento, em adequação à nova conjuntura social, impõe uma acepção para além do conteúdo meramente econômico, englobando também fatores sociais, culturais e políticos, a noção de eficiência do serviço público também exige uma retomada com foco na satisfação das necessidades dos indivíduos, superando a clássica noção de eficiência, vista unicamente em seu aspecto econômico.

Destarte, diante do alargamento do conceito de desenvolvimento, é imperativa uma adequação da noção de eficiência, que já não pode mais manter-se circunscrita unicamente ao seu aspecto econômico. Embora o equilíbrio econômico constitua um dos critérios objetivos para a mensuração da eficiência, importa ressaltar que, sob a perspectiva do Direito Administrativo Social, esta noção encontra-se ultrapassada, eis que o Estado de Bem-Estar Social exige a prestação de serviços à sociedade capazes de contribuir para a o desenvolvimento humano em todas as suas esferas.

Neste contexto, em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece, - inclusive por expressa previsão constitucional - o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional. E, se no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cumpre à organização estatal, principalmente por meio de seu aparato administrativo - exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.³⁹⁰

Egon Bockmann Moreira alerta que, no Estado Democrático de Direito, a busca primordial dos entes administrativos não é puramente a eficiência *stricto sensu*, mas o respeito aos cidadãos e o atendimento ao seu bem-estar, com vistas à realização dos direitos

³⁸⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo (Org.). **Parceria Público-privada...** Op. cit., p. 90.

³⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, 1999, p. 125.

fundamentais do homem. Assim, “será eficiente a Administração Pública que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública”.³⁹¹

Infere-se, portanto, que o aspecto econômico não pode ser dissociado da noção de eficiência da prestação de serviço público. Em outros termos, o atendimento das necessidades humanas pressupõe a alocação de recursos escassos, e, portanto, envolve uma racionalidade que não pode ignorar o imperativo custo-benefício, devendo ser adotadas as decisões que ampliem a eficiência na utilização dos recursos, propiciando a melhor satisfação para o mais amplo número de beneficiários.

Entretanto, conforme explica Gilberto Bercovici, a implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras, gera déficits orçamentários. Destarte, não se pode restringir a atuação do Estado exclusivamente para a obtenção de um orçamento equilibrado nos moldes liberais, inclusive em detrimento de investimentos na área social, sob pena de destituir o planejamento de sua principal característica, a de fixar diretrizes para a atuação do Estado. Atento a esta visão, Bercovici aduz que a Constituição Federal não contemplou o princípio do equilíbrio orçamentário justamente para não inviabilizar a promoção do desenvolvimento, que é um dos objetivos da República.³⁹²

Este entendimento, todavia, deve ser visto com ponderação. Não se pode olvidar que, apesar da Constituição Federal de 1988 não ter contemplado expressamente o princípio do equilíbrio orçamentário, outros diplomas legais infraconstitucionais – a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2.000) - estabelecem normas que condicionam a atuação do Estado ao equilíbrio das finanças públicas. Neste sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, no artigo 1º, § 1º que “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas [...]”. Não obstante, o artigo 16 prevê que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes. Ainda, para fins do disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, só será considerada compatível com o plano plurianual e a lei de

³⁹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000, p 141.

³⁹² Ressalta o autor que o plano plurianual é uma simples previsão de gastos, que pode ocorrer ou não, sem qualquer órgão de controle da sua execução e garantia nenhuma de efetividade. A redução do plano ao orçamento é apenas uma forma de coordenar mais racionalmente os gastos públicos, não um verdadeiro planejamento, voltado ao desenvolvimento, ou seja, à transformação das estruturas socioeconômicas. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 81.

diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e não infrinja qualquer de suas disposições.³⁹³

Conforme explica José Rildo de Medeiros Guedes, o planejamento, o controle e a transparência da ação governamental costumam levar ao melhor aproveitamento dos recursos públicos, expresso na obtenção de uma relação custo/benefício mais positiva. Além de enfatizá-los, a Lei de Responsabilidade Fiscal explicita, nas novas atribuições da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a necessidade de obtenção do equilíbrio entre receitas e despesas. Tal equilíbrio deve ser compreendido como o equilíbrio financeiro ou de caixa.³⁹⁴ Diante desta conjuntura, não se vislumbra uma margem de discricionariedade ao gestor público, eis que suas ações deverão estar pautadas na controle orçamentário e demais disposições legais.

Conforme já exposto, a partir da Reforma do Estado criaram-se duas áreas distintas de atuação para o Poder Público: de um lado, a Administração Pública centralizada, que formula e planeja as políticas públicas; de outro, os órgãos reguladores (as “agências”), que regulam e fiscalizam a prestação dos serviços públicos.

Além dos seus objetivos e instrumentos de ação que lhe são peculiares, as agências reguladoras deverão contemplar mecanismos aptos a compatibilizá-los com o regular funcionamento das instituições econômicas. No caso do desenvolvimento, por ser um objetivo amplo e absorvente, e envolver praticamente todas as manifestações da vida econômica, ele deverá ser explicitado na atividade regulatória dos mais diversos setores. E, isso, com um duplo objetivo: em primeiro lugar para amoldar essa atividade regulatória às exigências do desenvolvimento, permitindo a sua adesão aos respectivos planos para tal elaborados. Em segundo lugar para impedir o “empolgamento totalitário”, por esse objetivo, de todos os demais que a sociedade se coloca, com vistas a evitar que possam as várias instituições permanentes da vida econômica serem levadas de roldão por esse empolgamento.³⁹⁵

Floriano Peixoto de Marques Neto aduz que a noção de atividade regulatória numa perspectiva de “mediação ativa de interesses” envolve uma dupla atividade estatal. De um lado, o regulador precisar arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infraestruturas ou

³⁹³ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

³⁹⁴ GUEDES, José Rildo de Medeiros. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 2001, p. 28.

³⁹⁵ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. De outro lado, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes. É o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas (universalização de serviços, redução de desigualdades sociais ou regionais, entre outros). Segundo o referido autor, é necessário um equilíbrio entre estas duas vertentes da moderna atividade regulatória, que faz com que o Estado, enquanto regulador, não se limite a uma posição passiva nas relações sociais (o que o remeteria a uma posição de mero árbitro, impotente e reativo).³⁹⁶

A visão de impossibilidade da promoção de políticas públicas desenvolvimentistas por meio da regulação se insere no contexto atual, onde o papel do Estado na economia é cada vez mais contestado. É comum ser proposto um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, a economia de mercado determina as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental. Cria-se todo um discurso sobre o fim do Estado ou a redução deste a um mero “ator local”. Apesar de tais tentativas, o Estado Social ou Intervencionista não foi substituído. Eliminar as funções assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível.³⁹⁷

Nesta perspectiva, Daniel Wunder Hachem aponta para uma transformação no direito administrativo contemporâneo, que deixa de ter um viés neoliberal para dedicar-se ao aspecto social. Hachem lembra que a tendência do pensamento administrativista manifestada principalmente na segunda metade da década de 1990, embora duramente criticada por parte da doutrina, logrou alterar a realidade normativa brasileira, impondo uma linha teórica apelidada de Direito Administrativo neoliberal. Ao propor um papel subsidiário ao Estado, com o repasse de grande parte de suas incumbências na área social para a iniciativa privada, essa corrente pretendia um enxugamento da estrutura e do aparelhamento estatal, com a redução de suas funções. A prestação de serviços públicos e demais atividades de caráter assistencial deveria ser prioritariamente desenvolvida pela sociedade civil organizada, competindo ao Poder Público apenas a função de fomentá-las e regulá-las.³⁹⁸ Todavia, Hachem retrata que a corrente denominada de Direito Administrativo social, atenta à necessidade de concretização do Estado Social e Democrático de Direito a partir de uma

³⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. In: **III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos**. São Paulo: ABAR, 2003, p. 21.

³⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 65.

³⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 148.

atuação estatal interventiva nos domínios econômico e social, contrapõe-se à tendência do Direito Administrativo neoliberal.³⁹⁹

4.6 INDEPENDÊNCIA E DESENHO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As exigências de racionalidade e de independência do desempenho da regulação estatal são satisfeitas através da instituição de órgão especializados, desvinculados da estrutura própria do Poder Legislativo e com autonomia em face do Executivo. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o papel de controle, segundo entende a Administração Pública, é mais bem executado pelo Estado, com relação a determinadas atividades, se desempenhado por entes descentralizados que ele institui. Escapam estes – ao menos em tese – dos vícios burocráticos que retardam frequentemente as decisões, ou entravam a resposta a situações imprevistas. Assim, o controle por ente descentralizado parece preferível sempre que pressupõe conhecimentos técnico-científicos ou importa no acompanhamento de tarefas econômicas ou financeiras.⁴⁰⁰ A produção de regras técnicas acerca do desempenho de atividades econômicas relevantes passa, portanto, à titularidade de órgãos técnicos. Busca-se, a partir destas medidas, orientar e neutralizar influências reprováveis ou indesejáveis provenientes da órbita política.

Quando se afirma a necessidade de estruturação de agências independentes, visa-se a estabelecer instrumentos de proteção à gestão da coisa pública. O que se pretende é assegurar que as atividades administrativas sejam norteadas pela realização dos interesses concretos. Quer-se com isso, evitar que a perseguição de interesses secundários seja ocultada através de expedientes reprováveis.⁴⁰¹

Segundo Marçal Justen Filho, a importância da autonomia da agência é diretamente proporcional ao ideal de uma regulação assentada em critérios técnico-científicos. Assim, a atribuição de competência de controle da agência deriva do reconhecimento de que o processo decisório nos órgãos integrantes das estruturas tradicionais do Estado é permeado por critérios e influências políticas. Isso não significa algum tipo de manifestação reprovável, eis que é da

³⁹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional...** Op. cit., p. 148-149.

⁴⁰⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Reforma do Estado: O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 133-134.

⁴⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 440-441.

inerência do processo democrático. Mas pode ser incompatível com os fins visados pela regulação estatal. Diante disso, Justen Filho preceitua que “as decisões acerca da atuação dos sujeitos controlados não podem fazer-se apenas segundo conveniências políticas, mas deve ser presidida também por juízo de conveniência predominantemente técnicos”.⁴⁰²

A autonomia administrativa significa que, dada a personalidade jurídica própria, a autarquia contrata e administra em seu próprio nome, contrai obrigações e adquire direitos, mas dentro das regras do ordenamento vigente.⁴⁰³ Daí que, em razão de sua autonomia em relação ao Poder Executivo, a agência reguladora constitui menos um órgão do Governo ou até do Estado, do que uma entidade representativa da sociedade civil, devendo até a sua composição refletir essa condição, contando, na sua administração ou em conselhos consultivos, com representante dos vários interessados. Para Arnoldo Wald, a autonomia das agências reguladoras se justifica para evitar a influência de fatores políticos e, especialmente, dos interesses eleitorais partidários, que se manifestam nos países nos quais a mudança de partido no governo importa em substituição dos ocupantes dos cargos mais importantes da administração. Evitam-se, destarte, os efeitos do chamado *spoil system*, que assegura o domínio da administração ao vencedor das eleições.⁴⁰⁴

No Brasil, o modelo regulatório possui uma série de mecanismos institucionais com o objetivo de garantir a independência das agências. No entanto, não é apenas a existência dessas garantias institucionais que afeta o grau de independência das agências. Os modos pelos quais essas garantias de independência são desenhadas também são importantes. Em suma, os diferentes graus de independência de uma agência são determinados por três fatores: existência de diferentes garantias institucionais de independência, o desenho das mesmas e sua eficácia.⁴⁰⁵

Uma das principais garantias institucionais de independência das agências é a previsão de mandatos fixos com estabilidade no cargo para seus diretores. A detenção de

⁴⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 364.

⁴⁰³ A título exemplificativo, Edmir Netto de Araújo diz que é vedado às agências contratar servidores com salários diferentes dos pagos pelo Estado pela mesma função, ou inventar novos casos de dispensa de licitação, não previstos na respectiva Lei 8.666/93. ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras...** Op. cit., p. 49.

⁴⁰⁴ WALD Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Revista dos Tribunais...** Op. cit., p. 13-14.

⁴⁰⁵ Mariana Prado exemplifica: Se os mandatos dos diretores das agências forem mais longos que o mandato do presidencial, o diretor não precisa se curvar às preferências políticas do Presidente para garantir sua recondução, dado que o término do seu mandato ocorrerá durante o mandato de um outro Presidente. Portanto, ainda que as agências tenham mandatos fixos para seus diretores, pode-se garantir um maior ou menor nível de independência de acordo com o desenho desses mandatos. PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. (Org.). **Agências reguladoras: mercado de capitais, energia elétrica e petróleo.** São Paulo, 2005, p. 129.

mandato significa que os diretores das agências não são exoneráveis *ad nutum*, pelo chefe do Executivo, o que configura certa independência “política” em relação ao governante, pois poderiam deixar tais cargos voluntariamente, ou ao final do mandato, ou por destituição, nos termos da lei e de seus estatutos, como nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.⁴⁰⁶

Por outro lado, a previsão de estabilidade dos dirigentes da agência não evita a partilha dos cargos entre partidos políticos eventualmente vencedores de uma eleição. Conforme expõe Marçal Justen Filho, tanto a lei como o regulamento resultam da conjunção de interesses políticos, exercitados por autoridades cujo título de legitimação é a escolha eleitoral. Isso significa ausência de comprometimento direto com critérios científicos de modo que não se pode, como regra, negar validade ao ato normativo sob invocação do defeito em face do conhecimento científico.⁴⁰⁷ Mas a sistemática impede que, uma vez exercitadas as escolhas, haja um fenômeno de permanente influência política sobre a identidade dos ocupantes – e, por decorrência, sobre as decisões de sua competência. Se o dirigente da agência tem de ser simpático aos partidos políticos por ocasião de sua identificação, a estabilidade subsequente lhe assegura a autonomia no desempenho de suas atividades.⁴⁰⁸

Além da influência política na nomeação dos dirigentes das agências, Justen Filho destaca a possibilidade de influências derivadas do intitulado “poder informal”, oriundo de grupos econômicos capazes de interferir no processo regulatório. É necessário, diz o autor, “evitar que as decisões regulatórias sejam tomadas em virtude de pressões indevidas de grupos econômicos ou não econômicos, cuja finalidade seja a obtenção de vantagens reprováveis”.⁴⁰⁹

Em relação à autonomia financeira, as agências reguladoras têm fonte de receita própria: as taxas pagas pelas empresas reguladas. No entanto, as despesas das agências precisam ser previstas e autorizadas através do processo orçamentário, o que mitiga a independência das autarquias especiais. A partir disso, dado o alto nível de influência

⁴⁰⁶ ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras...** Op. cit., p. 50-51.

⁴⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...**, Op. cit., p. 362.

⁴⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 363.

⁴⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 441.

presidencial sobre o processo orçamentário no Brasil, as agências têm sido afetadas por significativos cortes orçamentários.⁴¹⁰

A possibilidade de exercer controle também cria o risco de influência política sobre as agências. Ao adquirir algum tipo de controle, o Poder Executivo pode interferir no mandato das agências de maneira oportunista, afetando negativamente sua independência.⁴¹¹ Neste contexto, a despeito das garantias institucionais estabelecidas para o funcionamento da regulação, não se pode desconsiderar o fato de que as agências ainda estão propensas a situações que podem levar a um afastamento do critério de eficiência.

Interessante, diante desta perspectiva, a visão de João Bosco Leopoldino da Fonseca, quando indaga quais seriam os instrumentos adequados para concretizar o controle democrático das agências reguladoras, tendo em vista que “tecnocratas” colocados para dirigir essas agências o são por indicação e nomeação do governo. Em resposta à questão, o autor afirma que “para que esse controle possa efetivar-se de maneira adequada, deveriam combinar-se diversos instrumentos: objetivos claros e delimitados, exigência de prestação de contas, revisão de procedimentos (quando adequado) e participação pública (também quando apropriada)”. A visão de Fonseca não exclui a supervisão do Poder Legislativo e do Executivo, mas qualquer tentativa de “captura” da agência por autoridades e razões meramente políticas devem ser afastadas.⁴¹²

Ao analisar o desenho institucional e o grau de independência das agências reguladoras, onde compara o modelo brasileiro com a experiência norte-americana, Mariana Prado conclui que as agências reguladoras brasileiras poderiam ter um grau de independência significativamente maior. Existem, no dizer da autora, pelo menos três instâncias em que há espaço para aprimoramentos no Brasil. Primeiro, algumas agências simplesmente não possuem certas garantias institucionais das agências norte-americanas. Segundo, em alguns casos, as garantias norte-americanas foram implementadas com um desenho problemático, que garante um grau de independência inferior ao que poderia ter sido assegurado. Assim, as garantias que já existem no Brasil podem ser aprimoradas. Terceiro, algumas agências implementaram as garantias com desenhos muito similares ou idênticos àqueles que existem no sistema norte-americano, mas essas garantias não são efetivas por uma das seguintes

⁴¹⁰ PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 115-139, abr/jun. 2008, p. 120-121.

⁴¹¹ PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? In: **Revista de Direito Público da Economia...** Op. cit., p. 125-126.

⁴¹² FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 301.

razões: quando transplantadas para o sistema brasileiro, elas não funcionaram da mesma maneira que elas costumavam funcionar nos Estados Unidos: ou elas simplesmente importaram para o Brasil problemas de efetividade que já existiam no sistema norte-americano.⁴¹³

Esta ineficiência de alguns aspectos do modelo regulatório de inspiração americana faz jus à constatação de João Bosco Leopoldino da Fonseca, no sentido de que “inspirar-se não é sinônimo de copiar”. Destarte, as características culturais, econômicas, políticas e sociais são profundamente diferentes, e será preciso que o legislador brasileiro procure criar o modelo brasileiro, adaptado às exigências de um País em desenvolvimento.⁴¹⁴ No mesmo sentido, Eros Grau retrata que há sociedades, como o Brasil, nas quais as condições efetivas do Estado social não foram realizadas, de sorte que configura algo no mínimo estranho, porque dissociado destas realidades sociais, a importação, sem ressalvas, para que nelas sejam aplicadas, das soluções europeias e norte-americanas, cujos resultados já estão a se manifestar.⁴¹⁵

Em suma, as garantias de autonomia têm se mostrado bastante frágeis, o que coloca em xeque o caráter técnico e imparcial das ações adotadas pelas agências e compromete o grau de eficiência. A despeito disso, as agências precisam ser equipadas simultaneamente com várias garantias institucionais para garantir sua independência, tais como decisões colegiadas e mandatos não coincidentes para seus diretores. Juntas, essas garantias aumentam o grau de independência de um ente administrativo. Assim, quanto mais garantias institucionais uma agência tiver, maior será seu grau de independência.⁴¹⁶

4.7 REGULAÇÃO, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Apesar do irracionalismo pós-moderno e do niilismo democrático, não se pode desconsiderar a força normativa do sistema constitucional característico do Estado Social e Democrático de Direito.⁴¹⁷ De acordo com Marcos Augusto Perez, ao contrário dos modelos de Estado liberal e intervencionista, no Estado de bem-estar social o eixo vertical, impositivo,

⁴¹³ PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. **Agências reguladoras...** Op. cit., p. 154-155.

⁴¹⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico...** Op. cit., p. 306.

⁴¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto...**, op. cit., p. 136.

⁴¹⁶ PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. **Agências reguladoras...** Op. cit., p. 130.

⁴¹⁷ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 160.

de estabelecimento de comandos, cede lugar à outra forma de relação, mais horizontal, onde “a imposição é substituída pela interlocução, o acatamento obrigatório dá espaço à busca do consenso e a legitimidade a priori da autoridade é substituída pela legitimação processual”.⁴¹⁸

É com base nesta assertiva que, após a Constituição de 1988 e seu forte viés democrático, passou-se a conviver com ideias como obrigatoriedade de processo administrativo e participação do cidadão na atividade da Administração Pública.⁴¹⁹ Neste contexto, a noção de eficiência no Estado Social está intimamente ligada à democracia, o que significa inferir que “a ideologia socializadora do *welfare state* implica uma defesa de direitos econômico-sociais e de participação efetiva do indivíduo que somente enriquece a própria ideia de cidadania”.⁴²⁰

O direito de participação do cidadão no âmbito da Administração Pública torna-se um instrumento central porque permite a legitimação das atividades administrativas. Conforme ressalta Adriana da Costa Ricardo Schier, “a legitimidade dos atos administrativos deixa de ser legal e passa a ser conferida pelo resultado eficiente, obtido, principalmente, através da participação do cidadão na esfera pública, seja mediante a interferência nos processos decisórios, seja mediante a fiscalização”.⁴²¹ Esse estreitamento dos laços da sociedade civil com o Estado, a ser alcançado, sobretudo através do aprimoramento dos vínculos mantidos por esse com os cidadãos, tende a tornar mais efetiva a finalidade primeira do atuar dinâmico da Administração Pública: o agir a serviço da comunidade. Diante deste cenário, Gustavo Henrique Justino de Oliveira defende que é preciso “empreender tentativas de fazer coincidir o mais possível realidade social e centros de decisão política e administrativa, em uma expansão progressiva e ‘quotidiana’ do princípio da soberania popular”.⁴²²

Adilson Abreu Dallari afirma que a atuação da Administração Pública deve ser dimensionada em função dos objetos a atingir. Neste contexto, a configuração da estrutura administrativa deve ser determinada pelas possibilidades de uma atuação concreta, permanente, generalizada e eficiente. Como consequência, o dever da Administração emerge

⁴¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 65-67.

⁴¹⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública...** Op. cit., p. 65-67.

⁴²⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 160.

⁴²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 251-252.

⁴²² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

para o cidadão o direito de exigir eficiência, presteza, qualidade, podendo e devendo reclamar quando isso não estiver acontecendo”.⁴²³

É necessário pontuar, na mesma linha do que propõe Gabardo, que a participação dos indivíduos deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quando no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal, que, “embora não deva ser utilizado como subterfúgio para o afastamento do Estado, certamente não pode ser desprezado”.⁴²⁴ Daí a necessidade de institucionalização de canais destinados a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos.⁴²⁵

Partindo desta perspectiva, a Administração Pública pode ser vista como uma “interface entre o Estado e a sociedade”, eis que lhe cumpre o papel de conferir respostas às demandas sociais. Sua principal função é, no dizer de Gustavo Henrique Justino de Oliveira, receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e prontamente oferecer respostas aptas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social, seja no campo da regulação, seja no campo da ação.⁴²⁶

A instituição das agências reguladoras, de acordo com Marçal Justen Filho, amplia o controle social sobre a atividade regulatória do Estado. Isso ocorre porque, sendo as agências regulatórias como órgãos dotados de competência concentrada e especializada, suas decisões passam a ser muito mais visíveis à própria sociedade.⁴²⁷ A estruturação da agência tem de assegurar, por isso, a vinculação de suas decisões à satisfação do interesse público, através de uma organização que preserve o princípio da República. Isso é propiciado por meio de mecanismos que permitam o controle parlamentar sobre a atuação, imprimam transparência ao processo decisório das agências, com a participação de segmentos da sociedade civil.⁴²⁸ Destarte, no dizer do jurista, “não será cabível que as políticas públicas, traduzidas em ações e omissões da agência, fiquem imunes a qualquer tipo de controle externo”. Para Justen Filho,

⁴²³ DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no estado de direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, 1994, p. 39.

⁴²⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 166.

⁴²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo...** Op. cit., p. 272.

⁴²⁶ Para o autor, a função da estrutura administrativa é “receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e prontamente oferecer respostas aptas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social, seja no campo da regulação, seja no campo da ação”. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 167-194, abr./jun. 2005, p. 168-169.

⁴²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 366.

⁴²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 376.

“ainda que se possa imaginar que a condução de determinados setores importará de autonomia de atuação mais intensa reconhecida a uma autarquia, isso não pode significar a liberdade para adotar políticas públicas sem qualquer influência de outros órgãos”.⁴²⁹

A concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação. Todavia, Marçal Justen Filho aponta que não existe, no Brasil, uma sistemática extrajurídica de controle da conduta dos governantes com características similares às existentes numa sociedade como a britânica, onde se admite autonomia extremamente significativa para a agência reguladora, mas isso não se traduz – de regra – em práticas abusivas, arbitrárias e prepotentes por parte da autoridade reguladora.⁴³⁰

Diferentemente, no Brasil, a organização social brasileira ainda não produziu instrumentos informais de controle da atuação das autoridades estatais. O Direito tem de suprir essa ausência de limites materiais, produzindo institutos jurídicos equivalentes àqueles processos sociais difusos. Não se suponha, portanto e acima de tudo, que o controle do poder político através de instrumentos jurídicos formais seria uma providência dispensável no Brasil.⁴³¹

Como aponta Antonio Carlos Efig, se for verdade que a existência de mais de um âmbito de controle independente entre si apresenta vantagens pela pluralidade de especialização, é ainda mais verdadeiro que se perde eficiência na medida em que as agências reguladoras não possuem mecanismos jurisdicionais capazes de resolver as demandas dos usuários, e os órgãos de defesa do consumidor não possuem conhecimentos técnicos e mecanismos tão eficientes quanto aquelas para controlar e sancionar condutas abusivas.⁴³²

Destarte, concorda-se com Gabardo quando o autor propõe a revitalização da figura do ouvidor, que foi totalmente desprestigiada pelo gerencialismo, como forma de conferir maior efetividade ao direito de controle como instrumento de eficiência da Administração, especialmente no concernente à prestação de serviços.⁴³³

⁴²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 585.

⁴³⁰ Conforme explica Marçal Justen Filho, na Grã-Bretanha, as diversas instituições políticas e sociais desempenham função de limitação da autonomia formal reconhecida à autoridade reguladora. Daí decorre que a ausência de limites formais ao exercício de poderes não significa autonomia material nem equivale à consagração do arbítrio, pois existem os limites produzidos por processos sociais informais. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 584.

⁴³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 584.

⁴³² De acordo com Antônio Carlos Efig, o que se busca é a aplicação economicamente mais eficiente do arsenal normativo disponível, analisando o custo social e econômico das posturas adotadas e considerando a projeção social de suas consequências (em oposição às meramente pontuais). EFING, Antônio Carlos. **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

⁴³³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 108.

Diante da importância da participação popular para o fortalecimento da democracia e para a construção de um modelo regulatório eficiente, deve ser completamente refutada a falácia de que, pelo simples fato de a atividade estatal ser favorável ao cidadão, dever-se-ia concluir pela desnecessidade de reforçar a legalidade e os mecanismos participativos. Não se pode depreciar a importância capital que a prestação de certos serviços públicos tem na vida quotidiana pessoal e profissional dos cidadãos. Todavia, a legitimidade do exercício do poder estatal não pode ser resumida à sua performance. Ao mesmo tempo, a eficiência não pode ser o pretexto para fraquejar nas exigências da legalidade na prestação dos serviços públicos. Tal questão é importante do ponto de vista da efetivação dos direitos sociais e econômicos dos cidadãos.⁴³⁴

4.8 EFICIÊNCIA E SUBSIDIARIEDADE: O PAPEL DA REGULAÇÃO NO ESTADO SOCIAL

A insuficiência das finanças estatais para aprimorar serviços públicos colaborou, dentre fatores outros, para divulgar a percepção de uma crise do serviço público. Esta ideia de crise, naturalmente, conduziu a uma visão destrutivista, associada ao desgaste, à perplexidade diante do esgotamento de um cenário estabelecido.⁴³⁵

Conforme retrata Emerson Gabardo, uma série de teorias críticas da modernidade aponta o fracasso do intervencionismo do Estado de bem-estar em boa medida por conta do próprio mau desempenho do Direito como meio de emancipação social e efetivação de direitos. Entre as ações que refletem a ingerência estatal, são apontados os casos de intervenção indevida em algumas áreas e a ineficiência da regulação e do controle da economia.⁴³⁶ Na mesma linha, Gustavo Henrique Justino de Oliveira ressalta que há indícios suficientes no sentido de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas, ao menos não de modo monopolístico e universal.⁴³⁷ Isso se deve em virtude de duas razões. Em primeiro lugar, porque se assiste atualmente a uma repartição das responsabilidades entre Estado, iniciativa

⁴³⁴ MONCADA, Luís Solano Cabral de. Ensaio sobre o estado atual e a técnica. Jurismat: Portimão: Revista Jurídica. n. 1, p. 17-42, outubro/2012, p. 29.

⁴³⁵ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria público-privada: novos postulados para a Administração Pública brasileira. In: TALAMINI, Eduardo. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

⁴³⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** Op. cit., p. 167.

⁴³⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE...** Op. cit., p. 147.

privada (responsabilidade social empresarial) e sociedade civil (terceiro setor) para a consecução de atividades que têm por fim gerar benefícios à coletividade. E, em segundo lugar, porque a universalidade na prestação direta de serviços públicos ou de benefícios de assistência social pelo Estado pode estar restrita a determinados serviços ou benefícios (não abrangendo a sua totalidade, portanto), ou ainda cingir-se a atender determinados segmentos da população (focalização de serviços e benefícios, portanto).⁴³⁸

Gabardo destaca que o paradigma da administração gerencial está vinculado ao princípio da subsidiariedade”, que refere-se à ideia de atuação em caráter suplementar do Estado em face da sociedade. A subsidiariedade consiste, portanto, em “uma noção que reside no espaço intermediário entre o Estado Providencia e o Estado Liberal”.⁴³⁹

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto defende o posicionamento de que a intervenção estatal deve implicar “em uma atuação ativa marcadamente subsidiária, na qual a consagração de metas de interesse social (consubstanciadas em políticas públicas) e a defesa dos setores hipossuficientes devem ser estabelecidas a partir das possibilidades de cada setor da economia e não definida unilateral e exclusivamente a partir dos espaços decisórios estatais”.⁴⁴⁰ Entretanto, esta tese é refutada por grande parte da doutrina, a exemplo do que faz Gilberto Bercovici, sob o argumento de que este modelo de administração contraria o próprio fundamento das políticas públicas, que é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, ou seja, por meio dos serviços públicos. “Política pública e serviço público”, diz Bercovici, “estão interligados, não podem ser separados, sob pena de esvaziarmos o seu significado”.⁴⁴¹ Daniel Wunder Hachem, de mesmo modo, assevera que “o Poder Público não pode restringir-se a regular e fomentar os agentes econômicos privados”.⁴⁴²

Destarte, deve ser ressaltado que a transferência de tarefas de titularidade estatal para os sujeitos privados não significa um abandono da responsabilidade do Estado pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade. Consoante ressalta José Joaquim Gomes Canotilho, não se trata, pois, de uma desconstrução do Estado Social a favor das forças autorregulativas do mercado livre. A garantia de dimensões prestacionais indispensáveis à realização e concretização de direitos econômicos, sociais e

⁴³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**... Op. cit., p. 147.

⁴³⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional**... Op. cit., p. 53.

⁴⁴⁰ MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado. In: **III Congresso Brasileiro de Regulação**... Op. cit., p. 21.

⁴⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica**... Op. cit., p. 84.

⁴⁴² HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**... Op. cit., p. 161.

culturais, não assenta já, exclusiva e predominantemente, numa tarefa de socialidade do Estado, antes tem como suporte as prestações fornecidas, com caráter de universalidade, por infraestruturas privadas.⁴⁴³

Nesta seara, Gabardo, refuta a ideia de que a regulação seja um instrumento de origem neoliberal, como vem sendo afirmado constantemente.⁴⁴⁴ O autor se ampara na lição de Marçal Justen Filho, segundo a qual “o conceito de Estado regulador é diretamente determinado pela concepção intervencionista do Estado de Bem-Estar Social”. De acordo com Justen Filho, “o Estado não pode ser enfocado como simples forma de manutenção de determinada situação socioeconômica. Ao contrário, o Estado e os poderes jurídicos a ele outorgados são o instrumento de alteração das relações estabelecidas entre os diferentes agentes sociais”.⁴⁴⁵

O protagonismo do sujeito privado na órbita do financiamento e da prestação direta do serviço público passou a requerer a adequação do direito à realidade circundante. Todavia, a experiência demonstrou que essa adequação não se completa exclusivamente com a atividade formal no âmbito legislativo, mas especialmente por intermédio da atividade administrativa concreta.⁴⁴⁶

A crise de eficiência do Estado Social está posta, mas, diferentemente do que se vem cogitando, ela não implica uma incompatibilidade entre Estado Eficiente e Estado Social. O entendimento contrário conduziria a um certo problema constitucional, pois certamente não é possível que se admita um república democrática ineficiente, notadamente no Brasil, após a Constituição Federal de 1988.⁴⁴⁷ Não existe, portanto, a incompatibilidade sugerida. É uma ilusão acreditar em uma política eficiente que ignore problemas sociais, ainda que sob a promessa de, “no futuro”, ocorrer a estabilização das condições sociais em níveis qualitativos superiores.⁴⁴⁸

Neste contexto, concorda-se com o pensamento de Gustavo Henrique Justino de Oliveira, quando assevera que “mesmo diante da escassez de recursos públicos – fato que eventualmente pode ser tido como obstáculo para a efetivação de direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos – o Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo”. Pelo contrário, ao Estado cumpre promover uma série de

⁴⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**... Op. cit., p. 354

⁴⁴⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade**... Op. cit., p. 187-188.

⁴⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências**... Op. cit., p. 17.

⁴⁴⁶ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria público-privada: novos postulados para a Administração Pública brasileira. In: TALAMINI, Eduardo. **Parcerias público-privadas**... Op. cit., p. 68.

⁴⁴⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade**... Op. cit., p. 162.

⁴⁴⁸ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade**... Op. cit., p. 164.

outras ações, entre elas a regulação, as quais igualmente visam promover os valores fundamentais.⁴⁴⁹

Não é outro o entendimento de Gabardo, quando afirma que “considerados os problemas inerentes às práticas neoliberais, deve ser ressaltado que a ideia de regulação no contexto do Estado Social é imensamente positiva”. E assim, também parece adequada à própria atividade das agências reguladoras, em que pese toda a crítica que se poderia fazer à sua estruturação subjetiva no interior da organização administrativa.⁴⁵⁰

Conclui-se, portanto, que a regulação e a intervenção são ambos instrumentos típicos do Estado Interventor, que certamente precisa rebalancear sua atuação, propiciando uma correção dos excessos. Para tanto, não se pode concordar com a crítica neoliberal de que a Constituição Federal de 1988 possui um caráter conservador por expressar a “manutenção do estatismo”, ou o “desprezo prático pela liberdade” e um “desinteresse pela eficiência econômica”. Ao contrário: de acordo com Gabardo, a regulamentação da atividade econômica pelo Estado visa garantir a eficiência social e a satisfação dos usuários dos serviços públicos, o que ressalta a distinção entre “eficiência social” e “eficiência lucrativa”, conforme já apontado.⁴⁵¹

4.9 PRESSUPOSTOS PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM ESTADO REGULATÓRIO EFICIENTE

A reestruturação do Estado, portanto, passa por um projeto nacional que tem seus fundamentos previstos na Constituição de 1988. O conteúdo axiológico da Constituição Federal torna-se o pressuposto essencial para a retomada da discussão de um projeto nacional de desenvolvimento.⁴⁵² Para tanto, parece imperativo que a real interpretação da eficiência no contexto do Estado Social não pode restringir-se à perspectiva autônoma neoliberal, característica da mentalidade pós-moderna. Urge, então, que seja promovida uma interpretação desmistificadora, que entenda a eficiência como um valor dependente de

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de . Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada.. In: Eduardo Talamini. (Org.). **Parceria Público-privada: uma abordagem multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

⁴⁵⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 191.

⁴⁵¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 188.

⁴⁵² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** Op. cit., p.43.

fundamentos por um lado éticos e, por outro, inerentes à justiça como ideal maior do Estado.⁴⁵³

Neste sentido, é oportuno o pensamento de Calixto Salomão Filho, quando aponta que, no contexto contemporâneo, a regulação deverá ter outra característica. O autor constata haver consenso no sentido de que o Estado, como mero gestor distante e abstrato, não cumpre a contento suas funções. Isso não significa que é necessário diminuir sua presença ou destituí-los de sua função. Pelo contrário: implica atribuir outra função, talvez até mais onerosa. Em vez apenas de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe também fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbe-lhe redistribuir. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. A gestão do Estado deve basear-se, portanto, na gestão (inclusive do campo econômico) em valores, e não em objetivos econômicos.⁴⁵⁴

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto afirma que, diante da complexização ditada pela ampliação das funções do Estado, o aparato burocrático deixa de ser um mero instrumento da atuação do poder político dotado de uma racionalidade supostamente vinculada pelo Direito. Transforma-se num corpo autônomo, dotado muitas vezes de interesses próprios, escudado na unilateralidade e na excepcionalidade dos poderes inerentes à autoridade estatal. Deixa de ser agente do poder político para erigir-se como filtro político para exercício do poder. E o faz, muita vez, privilegiando seus interesses enquanto corpo social autônomo, ou mesmo refletindo “interesses particularísticos desprovidos de legitimidade”.⁴⁵⁵ Esta situação é perceptível quando há uma “burla” às garantias que conferem independência ou autonomia às agências, como parcialidade nas decisões dos dirigentes, risco de captura por grupos econômicos ou não econômicos, ausência de participação da sociedade na definição das diretrizes regulatórias e na fiscalização da prestação de serviços, influência de interesses políticos, entre outros.

É, talvez, diante desta problemática, que Gilberto Bercovici defende que as agências reguladoras brasileiras não são independentes. Para Bercovici, a regulação no Brasil significou apenas o desmonte da estrutura do Estado, o sucateamento do Poder Público e o

⁴⁵³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...**, Op. cit., p. 146.

⁴⁵⁴ A redistribuição pode ser direta – como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que entendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não têm acesso. É o que se tem, ultimamente, chamado de universalização de serviços. A universalização é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica...** Op. cit., p. 93.

⁴⁵⁵ MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal...** Op. cit., p. 95.

abandono de qualquer possibilidade de implementação de uma política deliberada de desenvolvimento nacional.⁴⁵⁶

Ao considerar o problema da ausência de independência e de imparcialidade no processo regulatório, parece oportuno destacar que a eficiência da regulação passa, necessariamente, por um controle democrático. Isto significa maior participação da sociedade na discussão dos princípios e finalidades da regulação de serviços públicos e, principalmente, na fiscalização e controle da prestação direta dos serviços pelas empresas privadas.

A atuação eficiente da regulação de serviços públicos requer, ainda, uma discussão axiológica focalizada nos direitos humanos e promovida no contexto da afirmação do princípio do Estado Social, que delineará os espaços de atuação do público e do privado. E em assim sendo, é a partir dessa premissa que a participação política se torna compatível, ou melhor, essencial à atuação eficiente do Estado no campo da regulação.⁴⁵⁷

É preciso ter-se em conta, na esteira do que aduz Cristiane Derani, que a eficiência da administração pública tem um sentido próprio que precisa ser investigado, a partir do conhecimento do objeto (a administração pública), sua finalidade (interesse público – justiça distributiva), e seu modo de operar (preenchimento dos princípios normativos e das regras que lhe são diretamente atribuídas). Destarte, mesmo quando esta administração desempenha funções econômicas, a atividade econômica que realiza é uma modalidade inscrita em lei para aquele objeto, a administração pública, atinja seu fim (o interesse público, a justiça distributiva).⁴⁵⁸

A par disso, Antonio Carlos Cintra do Amaral vaticina que o Estado regulador “somente será forte quando se tornar efetivamente um Estado nacional, expressão de uma nação consciente, dotada da autoestima necessária para participar do processo de globalização como sujeito, e não, como mero objeto”.⁴⁵⁹

Partindo da crise do Estado do bem-estar social, Giddens propõe uma nova forma de organização da economia, denominada economia mista. Por meio dela, buscar-se-ia uma sinergia entre os setores público e privado, com a utilização do dinamismo dos mercados sem perder de vista o interesse público. Afirma Giddens que esse modelo econômico “envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação, num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não econômico na vida da sociedade”.

⁴⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...** Op. cit., p. 85.

⁴⁵⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...** Op. cit., p. 170.

⁴⁵⁸ DERANI, Cristiane, **Privatização e serviços públicos...** Op. cit., p. 142.

⁴⁵⁹ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Agências reguladoras de serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**. vol. I, n. 3, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, junho, 2001, p. 6.

Em substituição ao modelo do *welfare state*, o autor propõe uma sociedade de “*welfare*”, baseada em uma estrutura de *welfare* positivo, em que “os próprios indivíduos e outras instituições além do governo contribuem”.⁴⁶⁰

4.10 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O TERCEIRO SETOR

Do ponto de vista organizativo e institucional, a concessão de serviços públicos a organizações sociais significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações governamentais privadas e o que vem sendo denominado ‘terceiro setor’ (público-privado), assumiram a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Todavia, este sistema de atuação do Estado na economia, conforme defende Gaspar Arino Ortiz, não representa uma invenção, é simplesmente a volta do antigo sistema da ‘concessão’, do ‘concerto’ ou da ‘empresa mista’ como forma de realizar a gestão privada das atividades públicas.⁴⁶¹

A instituição do Terceiro Setor e do repasse da prestação de serviços públicos se deve à constatação de que o Estado nem sempre pode praticar atos de extra administração. Por isso, de acordo com Marçal Justen Filho, quando declara direitos, o que ele deve, como na questão da concessão, é ficar de sobreaviso, é declarar direitos com restrições para que, mais tarde, não fique impossibilitado de opor barreiras a casos que “se ontem eram plausíveis e justíssimos, hoje escondem abominante acordo desvirtuador mesmo das funções superiores do Estado”.⁴⁶²

Diante disso, a solução se mostrou um processo original, consistente na substituição por vínculos contratuais de relação jurídicas de outra natureza. A esse propósito, desempenham grande importância os chamados contrato de gestão, que buscam aplicar ao âmbito das organizações estatais todo o aparato de estruturação das relações entre particulares.⁴⁶³

O contrato de gestão de base constitucional pode ser definido como um “instrumento originário da administração por objetivos, por meio do qual são ampliadas as autonomias

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de . Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada.. In: TALAMINI, Eduardo (Org.). **Parceria Público-privada:...** Op. cit., p. 90.

⁴⁶¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Privatización y liberalización de servicios**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, p. 26.

⁴⁶² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras...**, Op. cit., p. 81.

⁴⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 406.

gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração pública, com a estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados”, os quais deverão ser atingidos a partir da “execução de uma série programada de atos (programação derivada), cuja finalidade é conferir efetividade a planos, programas e políticas públicas (programação originária), promovendo assim a eficiência na gestão pública”.⁴⁶⁴ Assim, o contrato de gestão deve ser entendido, como uma avença concertada entre autoridades públicas, derivada do exercício de competências discricionárias versando sobre determinado setor de atuação estatal.⁴⁶⁵

Neste contexto, Gustavo Henrique Justino de Oliveira sustenta que “a figura jurídica do acordo administrativo é a que melhor qualifica os contratos de gestão brasileiros”, na medida em que inserido no quadro da Administração Pública Consensual.⁴⁶⁶ Trata-se da individualização e especificação de metas concretas, estratégias determinadas e políticas específicas assumidas pelas autoridades públicas encarregadas da gestão de um segmento delimitado de atividades. Através do contrato de gestão, as autoridades produzem uma forma de regulamentação setorial, exaurindo sua competência discricionária sobre o tema.⁴⁶⁷

Por outro lado, o contrato de gestão reduz a opacidade administrativa, exteriorizando, de modo formal, uma relação de compromissos do Estado. Neste contexto, indicam-se os objetivos, metas e estratégias a serem empreendidos, o que permite conhecimento (e, portanto, controle) por parte da sociedade civil e de outros órgãos. Sob outro enfoque, a definição formal de objetivos, metas e políticas equivale à fixação de uma política setorial, o que importa no dever de racionalização das atividades estatais. A formulação de um contrato de gestão pressupõe a avaliação de potencialidades administrativas e a seleção de objetivos concretos. Portanto, surge uma espécie de instrumento norteador da atuação governamental estatal.⁴⁶⁸

Além de tudo, os termos do contrato de gestão produzem uma pauta de controle das decisões posteriores e da atuação concreta dos ocupantes de cargos públicos. Torna-se

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Contrato de gestão e modernização da Administração Pública Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 195-232, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31119>>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2014.

⁴⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 409.

⁴⁶⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 241.

⁴⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 409.

⁴⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 420.

possível examinar se os objetivos foram atingidos, se os compromissos foram cumpridos, se o desempenho foi satisfatório.⁴⁶⁹

Calixto Salomão Filho defende que, idealmente, só devem passar para a esfera particular aqueles serviços sem externalidades sociais, que podem ser controlados pelo mercado. Uma vez transferidos para iniciativa privada, não é útil e nem eficaz aplicar-lhes um regime de direito público. É preciso, então, transmutar o regime de serviço público dos setores monopolizados para um regime de regulação institucional das atividades em que há posições dominantes. Ocorre que esses serviços continuam a ser constitucionalmente denominados de serviços públicos, ainda que sua disciplina tenda, uma vez privatizados, a uma progressiva regulação.⁴⁷⁰

Sob certo ângulo, o contrato de gestão representa uma espécie de formalização de compromissos políticos. As promessas (inclusive as de campanha) são colocadas no papel e podem (devem) ser acompanhadas por toda a comunidade. No entanto, Marçal Justen Filho aduz que a figura do contrato de gestão apenas pode ser compreendida no contexto da *soft-law*. Trata-se de um instrumento de controle da conduta intersubjetiva, mas destruído das características típicas da normatização jurídica tradicional.⁴⁷¹

A figura do contrato de gestão foi positivada constitucionalmente por meio da Reforma Administrativa. Gustavo Henrique Justino de Oliveira lembra que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado fez diversas menções ao contrato de gestão. Entretanto, em nenhuma delas apontava-se para a necessidade de que sua implementação - para os termos pretendidos pela cúpula reformadora - ocorresse pela via da expressa previsão no Texto Constitucional.⁴⁷²

Segundo, Emerson Gabardo, mais do que um poder, o contrato de gestão arroga-se de um “superpoder”, capaz de ultrapassar os limites da vinculação hierárquica, além de conferir maior autonomia, sem necessidade de autorização por dispositivo legal específico. O argumento básico para sua ascensão constitucional foi, é claro, a eficiência. Todavia, os reais objetivos tem a ver com a política gerencial de flexibilização legal, a partir do controle de

⁴⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 420.

⁴⁷⁰ Salomão Filho, Calixto. **Regulação da atividade econômica...** Op. cit., p 56-57.

⁴⁷¹ O autor destaca que a utilização quase universal do termo ‘contrato’ para qualificar esses acordos de gestão reflete a intenção de traduzir certas mudanças essenciais apresentadas como uma ruptura profunda com o modo de gestão anterior, afetando as relações hierárquicas entre as partes”. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências...** Op. cit., p. 406-407.

⁴⁷² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Contrato de gestão e modernização da Administração Pública Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP...** Op. cit.

metas, com vistas à implementação na Administração Pública de mecanismos na gestão empresarial.⁴⁷³

É importante destacar que há uma distinção teleológica no tocante à intenção do prestador privado do serviço vinculado ao Estado. De acordo com Gabardo, no caso dos serviços públicos privativos do Estado, há uma pretensão de lucro por parte do chamado “colaborador” que, na realidade, não tem intenção nenhuma de colaborar, mas de obter o maior núcleo de vantagens econômicas possível. Todavia, no caso dos serviços públicos não privativos do Estado, em tese, a solução não pode ser a mesma, pois os agentes devem ter a intenção de colaborar, sem a preocupação com a obtenção de lucros. Afinal, se o objetivo for a obtenção de lucros, o agente privado pode se dedicar a esta atividade livremente, sem a necessidade de uma vinculação formal com o ente público.⁴⁷⁴ Saliente-se que o repasse dos serviços públicos não privativos do Estado para o terceiro setor exige como contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área da regulação e da fiscalização.⁴⁷⁵

De igual modo, não há consenso sobre o conceito de Terceiro Setor. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, reconhecendo as divergências conceituais sobre o conteúdo e a abrangência do Terceiro Setor, propõe o seguinte conceito de Terceiro Setor na proposta de Anteprojeto de Lei que institui o Estatuto do Terceiro Setor e dá outras providências:⁴⁷⁶

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, considera-se Terceiro Setor o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que: I - desenvolvam atividades de promoção e defesa de direitos, principalmente os coletivos e difusos; II - realizem atividades de interesse público, assistência social ou utilidade pública, nos termos definidos em lei; ou III - prestem serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Estado.

Para Emerson Gabardo, a tendência de delegação dos serviços públicos não privativos do estado ao terceiro setor dificilmente escapa do enquadramento em um claro caso de desvio de finalidade, tanto no campo dos valores e também no campo dogmático-administrativo. Segundo o jurista, os motivos declarados, em geral, não são os motivos reais,

⁴⁷³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** Op. cit., p. 113.

⁴⁷⁴ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 140.

⁴⁷⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 140.

⁴⁷⁶ JUSTINO, Gustavo Henrique de Oliveira. In: INSTITUTO PRO BONO. Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa. Revista de direito do terceiro setor – RDTS. Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan/jun. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67428>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

pois “a combinação entre mais controle do déficit público e menos controle das verbas assistenciais parece agradar tanto os agentes do aparelho estatal quanto às entidades, grupos e agentes vinculados a esta “sociedade civil prestacional”. Por outro lado este repasse também interessa ao governo e à elite dominante, pois as associações típicas do terceiro setor, possivelmente “mais do que uma forma de ampliar o poder popular dos oprimidos e explorados, consistem numa forma de conter as insatisfações destes e pulverizar a participação e lutas sociais, retirando o caráter revolucionário destas e transformando-as em atividade por interesse específicos de pequenos grupos”.⁴⁷⁷

Para Gabardo, a reestruturação dos serviços sociais deveria pautar-se por uma visão diferente daquela inerente à mentalidade predominante e atualmente reconhecida pelo Direito brasileiro, que não somente significa um equívoco de princípio como promove uma prática ineficiente. Nestes termos, o jurista aponta como essencial para reverter esta situação uma série de ações: a) expandir a oferta de serviços estatais, criando uma rede sob gestão pública; b) passar de um sistema individualista para um coletivista; c) retransferir a responsabilidade prioritária dos serviços sociais (com ênfase aos relativos à assistência social) da sociedade para o Estado; d) superar a oferta voluntarista pela prestação obrigatória pelo Estado; e) reconhecer o direito social dos cidadãos, negando o caráter filantrópico das atividades; e f) ampliar de forma efetiva a base social da política e a base política da sociedade.⁴⁷⁸ Emerson Gabardo chama a atenção para a tendência atual que vem se difundindo a respeito da ampliação da possibilidade de prestação do serviço público não privativo do Estado mediante a simples firmação de convênio, consórcio, contrato de gestão ou termo de parceria. Institutos que fazem as vezes da delegação, ainda que com ela não se confundam, pois implicam apenas o estabelecimento contratual de uma parceria, considerando que a atividade é livre e, portanto, seria incongruente pensar em atribuir ao particular uma prerrogativa que já lhe é própria. O que não impede que, comumente, os governos acabem por promover, na prática, tal impropriedade jurídica.⁴⁷⁹

Gustavo Justino de Oliveira destaca a existência de uma tendência no campo da regulação estatal do Terceiro Setor no Brasil, no sentido de “impor às entidades privadas sem fins lucrativos um regime jurídico que é próprio dos órgãos e entidades que integram o setor

⁴⁷⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público**... Op. cit., p. 151-152.

⁴⁷⁸ Esta projeção, todavia, não significa que se queira retomar um modelo de Estado superdimensionado, vergado ao peso dos encargos, - alguns deles passíveis de transferência à iniciativa privada - que produziram profundas deficiências na prestação de serviços essenciais à coletividade. Segundo Gabardo, o que se deseja é uma nova feição de Estado Social, mais especificamente quanto à natureza e ao grau de sua atuação na área econômica. GABARDO, Emerson. **Interesse público**... op. cit., p. 151.

⁴⁷⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público**... Op. cit., p. 139-140.

público não estatal, qual seja, o regime jurídico de direito público”.⁴⁸⁰ Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira, é possível conciliar, em um ambiente de Estado Democrático de Direito, a noção de tutela estatal sobre as Organizações Não-Governamentais com a realidade essencialmente dinâmica e cambiante do Terceiro Setor, representada por um elevado grau de autorregulação e de auto-organização, decorrente do princípio constitucional da livre associação (art. 5º, inciso XVII).⁴⁸¹

De todo o exposto, tem-se que o incentivo à participação social direta na execução de serviços sociais é de todo pertinente, eis que o denominado Terceiro Setor pode contribuir decisivamente para a promoção do desenvolvimento. Entretanto, conforme expõe Gabardo, duas admoestações devem ser colocadas: o Estado não deve oprimir o terceiro setor pela regulamentação excessiva, pois estaria subvertendo o escopo fundamental, que é restringir-se à atuação meramente indutora; em nível funcional, deve o Estado sempre considerar que as atividades desenvolvidas pelas chamadas organizações não governamentais jamais poderão substituir atividades típicas, pois as falhas do setor privado são estruturais.⁴⁸²

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). **Terceiro setor e empresas do Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 254.

⁴⁸¹ JUSTINO, Gustavo Henrique de Oliveira. In: INSTITUTO PRO BONO. Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa. **Revista de direito do terceiro setor – RDTS**, Op. cit.

⁴⁸² GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade...**, Op. cit., p. 149.

CONCLUSÃO

A temática abordada na presente pesquisa, por envolver conceitos controversos e institutos em constante processo de transformação, se mostra extremamente complexa e permite um sem-número de considerações cabíveis.

Primeiramente, aponta-se a impossibilidade de se estabelecer um conceito unívoco de serviço público, principalmente porque a sua noção resulta de uma série de fatores econômicos, ideológicos e políticos que, face a seu dinamismo, permite uma adaptação aos valores defendidos pela sociedade de acordo com o espaço e ao longo do tempo. Todavia, a despeito desta impossibilidade, alguns elementos são essenciais para a caracterização de serviço público. Neste contexto, o conceito de serviço público possui em seu cerne a satisfação de direitos humanos fundamentais, o que liga o relaciona com a dignidade da pessoa humana.

Em relação à tentativa, por parte da doutrina, de se estabelecer um conceito de serviço público pautado em critério subjetivo, sob o argumento de que apenas as atividades prestadas pelo Poder Executivo estariam, em tese, inseridas no conceito de serviço público, na medida em que as atividades prestadas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo se revestem de importância similar àquelas exercidas pela Administração Pública, tal argumento não se mostra convincente, haja vista que as atividades prestadas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo se revestem de importância similar àquelas exercidas pela Administração Pública. Não obstante, diante do critério de satisfação das necessidades dos indivíduos inerente à figura do serviço público, é imperativo concluir que todos os poderes do Estado desempenham atividades essenciais ao suprimento dos anseios sociais.

Acerca do contexto político e social que culminou na tentativa de implantação da Reforma Gerencial, a partir da década de 1990, aduz-se que o discurso reformista pautou-se na contraposição entre uma administração burocrática rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, e um modelo gerencial, no qual se promete uma nova organização flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. Diante disso, os fatores que justificaram a implantação de um novo modelo de administração firmou-se mais nas deficiências e nos problemas apresentados pelo modelo anterior do que nas características e na possibilidade de quebra de paradigmas do modelo que se propunha.

A reforma empreendida iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário através de um processo de privatizações de empresas estatais, ao passo que se constituiu num

novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação, numa tentativa de se alcançar maior eficiência na prestação dos serviços públicos. O Estado, destarte, deixou o papel de prestador direto de serviços públicos para outorga-lo à iniciativa privada e exercer a regulação dos setores concedidos.

Atinente ao modelo de regulação adotado no Brasil, deve ser ressaltado que a estruturação das agências reguladoras passa, necessariamente, pela vinculação de suas decisões à satisfação do interesse público, o que se dá por meio da transparência no processo decisório das agências, com a participação da sociedade. Neste quesito, a ausência de mecanismos mais efetivos de participação popular coloca óbices à democratização da regulação. O Direito, neste passo, tem de suprir essa ausência de limites materiais, produzindo institutos jurídicos equivalentes àqueles processos sociais difusos.

Conclui-se que, a despeito das medidas adotadas com vistas a conferir independência às agências reguladoras, essas garantias de autonomia têm se mostrado bastante frágeis, o que coloca à prova o caráter técnico e imparcial das ações adotadas pelas agências e compromete o grau de eficiência da regulação. Neste sentido, a experiência norte-americana pode oferecer os referenciais para a consecução de um grau de independência significativamente maior.

Por sua vez, defende-se a ideia de que a política de regulação de serviços públicos deve estar orientada para a promoção do desenvolvimento, visto contemporaneamente como um conjunto de aspectos que vão além do seu caráter econômico para incluir em seu bojo também o desenvolvimento ambiental, social, cultural e político. O desenvolvimento, visto como direito humano fundamental, impõe uma atuação positiva do Estado, no sentido de prestar de modo eficiente os serviços públicos.

A partir disso, questiona-se a legitimidade da tese de desenvolvimento defendida por Amartya Sen, porquanto consubstanciada numa ação negativa do Estado, no sentido de que incumbe à atuação estatal a criação de condições para o exercício das liberdades pelos indivíduos, pelas quais seria possível a expansão das capacidades humanas.

A teoria desenvolvimentista vislumbrada por Sen incute a crença de que a capacidade de transformação está nas mãos do agente que, para ele, pode ser o responsável pelo exercício de suas capacidades. Destarte, o objeto do desenvolvimento é reduzido à ideia da liberdade, cuja essência significa não possuir obstáculos à realização das ações desejadas.

Nesta perspectiva, a tese concebida por Amartya Sen, ainda que concentrada numa concepção expandida de liberdade, tem o condão de aproximar o direito ao desenvolvimento

do rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, o que não se mostra correto, eis que o desenvolvimento, conforme expresso no âmbito da Organização das Nações Unidas, é classificado como direito pertencente à terceira geração dos direitos fundamentais. Não obstante, o Estado deve assumir o papel de protagonista no plano da efetivação do direito ao desenvolvimento, exigindo-se dele não apenas uma postura de inércia, mas a criação de condições materiais nas quais os indivíduos exerçam os demais direitos dele decorrentes.

A concepção multifacetária de desenvolvimento, por sua vez, ressalta a necessidade de uma transformação autônoma, automática e contínua na sociedade, entendida como a geração de um movimento cíclico, onde o processo de desenvolvimento passe a gerar a si mesmo. Neste sentido, as políticas públicas devem estar focadas na adoção de programas que permitam a melhora automática e ininterrupta da qualidade de vida da sociedade. Reside aí a importância da avaliação das políticas públicas, promovida à condição de ação essencial para a conformação da atuação estatal com o interesse público e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Outrossim, diante do alargamento do conceito de desenvolvimento, é imperativa uma adequação da noção de eficiência, que já não pode mais manter-se circunscrita unicamente ao seu aspecto econômico. Embora o equilíbrio econômico constitua um dos critérios objetivos para a mensuração da eficiência, importa ressaltar que, sob a perspectiva do Direito Administrativo Social, esta noção encontra-se ultrapassada, eis que o Estado de Bem-Estar Social exige a prestação de serviços à sociedade capazes de contribuir para o desenvolvimento humano em todas as suas esferas.

Em relação à ascensão da prestação de serviços sociais pelo denominado “Terceiro Setor”, defende-se que o incentivo à participação social direta na execução de serviços sociais é pertinente, eis que sua contribuição pode ser decisiva para a promoção do desenvolvimento. Por outro lado, a transferência de determinadas atividades para a iniciativa privada não significa uma mitigação da atuação estatal ou de desvio de finalidade.

Acerca do conceito de eficiência no processo regulatório, aponta-se que esta não pode ser vista estritamente em seu aspecto econômico. Pelo contrário, a noção moderna de eficiência, vista sob o arcabouço principiológico da Constituição Federal, deve levar em conta o interesse público, consubstanciado na satisfação das necessidades humanas.

A regulação, portanto, se revela como o instrumental apto a promover a eficiência na prestação de serviços públicos, servindo, destarte, para a redução das desigualdades sociais e regionais, o combate à fome e à pobreza, a preservação do meio ambiente, o fomento a

políticas culturais, o fortalecimento da democracia, entre outras ações. Diante disso, a eficiência da regulação, se reflete na melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, contribuindo para a efetivação dos direitos humanos fundamentais contidos na Constituição Federal, que não podem ser vistos como meras normas de caráter programático.

Reitera-se, portanto, a importância da adoção de uma política regulatória apta a promover o direito ao desenvolvimento, entendido em sua concepção multifacetária. O direito, a partir desta concepção, passa a ser o instrumento da justiça social e da plena efetividade de direitos. Não sendo assim, estar-se-ia diante do cenário imaginado por José Saramago: “Posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (sede fecundos, multiplicai-vos e enchei a terra, assim lhes fora mandado), cujo suor não nascia do trabalho que não tinham, mas da agonia insuportável de não o ter, Deus arrependeu-se dos males que havia feito e permitido, a um ponto tal que, num arrebatamento de contrição, quis mudar o seu nome para um outro mais humano. Falando à multidão, anunciou: “A partir de hoje chamar-me-eis Justiça.” E a multidão respondeu-lhe: “Justiça, já nós a temos, e não nos atende. Disse Deus: “Sendo assim, tomarei o nome de Direito.” E a multidão tornou a responder-lhe: “Direito, já nós o temos, e não nos conhece.” E Deus: “Nesse caso, ficarei com o nome de Caridade, que é um nome bonito.” Disse a multidão: “Não necessitamos caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite.” Então, Deus compreendeu que nunca tivera, verdadeiramente, no mundo que julgara ser seu, o lugar de majestade que havia imaginado, que tudo fora, afinal, uma ilusão, que também ele tinha sido vítima de enganos, como aqueles de que se estavam queixando as mulheres, os homens e as crianças, e, humilhado, retirou-se para a eternidade. A penúltima imagem que ainda viu foi a de espingardas apontadas à multidão, o penúltimo som que ainda ouviu foi o dos disparos, mas na última imagem já havia corpos caídos sangrando, e o último som estava cheio de gritos e de lágrimas”⁴⁸³.

⁴⁸³ SARAMAGO, José. In: SALGADO, Sebastião. **Terra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. Prefácio.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ABRUCIO, Luiz Fernando. **Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático**: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. Reforma do Estado e da administração pública gerencial. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración – três estudos**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Agências reguladoras de serviço público. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, junho, vol. I, n. 3, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 96, vol. 859, maio 2007.

ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASENSI, Felipe Dutra. A participação da sociedade civil nas decisões das agências reguladoras: mitos e desafios. **Revista de Direito Administrativo**, Editora FGV, n. 250, jan. 2009.

ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo: serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 4, 1993.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos neste atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out./dez, 2002.

_____. O serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Org.). **Estudos Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

_____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ed. NDJ, n. 08/97, ago/1997.

_____. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, jul., 2002.

BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto Hélio Beltrão, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição e o papel do Estado no Domínio Econômico. **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2: p. 117-129, 2002.

_____. **Constituição Econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Direito Administrativo** – o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale. et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em 2 de setembro de 2013.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 7 setembro de 2013.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas.** Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA), Belo Horizonte, ano 9, nº 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63051>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas:** Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília a. 34 n. 133: p. 89-98. jan./mar. 1997.

BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William. **Law and economis in developing countries.** Stanford: Hoover Institution Press, 2000.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (coords.). **Direito ao desenvolvimento.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Regulação econômica e serviços públicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico:** direito econômico regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Regulação de serviços públicos:** na perspectiva da constituição econômica brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (coord.) **Direito regulatório:** temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de teoria do direito.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CROZIER, Michel. **Estado Modesto, Estado Moderno:** estratégia para uma outra mudança. Brasília: FUNCEP, 1989.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

CUNHA, Eduardo Maia Tenório da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tipologia dos direitos humanos de terceira dimensão e acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no estado de direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 5, p. 33-41, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMBOUR, Jacques. **Droit Administratif**. Liège: Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège. 1978.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexes sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUGUIT, Léon. **Les Transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

_____. **Manuel de Droit Constitutionnel**, 3. ed. Paris. Ancienne Ubrailie Fontemoing & Cie Éditeurs, 1918.

_____. **Traité de Droit Constitutionnel**, 2. ed, v. 2, 1923.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EFING, Antônio Carlos. **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas, de comunicação**: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 20, nº 59, p. 97-109. Outubro/2005.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX**: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FLEURY, Sonia. Reforma de Estado. **RAP - Revista de Administração Pública**, 35, p. 7-48, Set/Out. 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro. Forense, 2004.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**: a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson. (Coords.). **Direito da Infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, p. 181-208. jul. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Direito posto e direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUEDES, José Rildo de Medeiros. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

HOBBSAWN, Eric John Earnest. **Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. An overview of Brazilian Law. In: JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Infrastructure Law of Brazil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. CESAR A, Guimarães Pereira. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 219, p. 271-292, 2000.

_____. Cobrança de tarifa pela prestação dos serviços Públicos de saneamento básico. In: MARRARA, Thiago; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. (Orgs.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. Redistribuição e desenvolvimento? A economia política do programa bolsa família. **Revista Dados**. vol.52, n.1. 2009.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coords.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MAAS, Rosana Helena. Serviço público e constitucionalismo Brasileiro: uma abordagem a partir dos aportes teóricos de Jürgen Habermas e de Pete Haberle. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira e; ZANOTELLI, Maurício. (Coords.). **Direito e administração pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29. abr./jun. 2002.

_____. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. In: **III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos**, 2003, Gramado. Anais, São Paulo: ABAR, 2003.

_____. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Política Social**. Tradução de Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINS, Ives Gandra. Agências regulatórias. **Revista IOB de Direito Administrativo**. v. 1, n. 8, agosto/2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil e as condições de legalidade. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.

_____. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Catavento, 2007.

MAZZA, Alexandre. Poder normativo das agências reguladoras. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo: IOB, v. 1, n. 8, agosto/2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Serviço público e obra pública. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito Económico**. 5. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Ensaio sobre o estado atual e a técnica**. Jurismat: Portimão: Revista Jurídica. n. 1, p. 17-42, outubro/2012.

MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O novo papel do Estado na economia. **Revista de Direito Administrativo: Renovar**, n. 241, jul./2005.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Editora Manole, 2003.

_____. **Agências reguladoras de serviços públicos**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná.

NASSUNO, Marianne. **Demissão por insuficiência de desempenho na reforma gerencial: avanços e desafios**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 1998.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria público-privada: novos postulados para a Administração Pública brasileira. In: TALAMINI, Eduardo. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

_____. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 11, ano 3, jul/set. 2005.

_____. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo. (Org.). **Parceria Público-privada: uma abordagem multidisciplinar**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). **Terceiro setor e empresas do Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. In: INSTITUTO PRO BONO. Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa. **Revista de direito do terceiro setor – RDTS**. Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan/jun. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67428>>. Acesso em: 4 mar. 2014

_____. **O contrato de gestão na Administração Pública brasileira**. 2005. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. Participação Administrativa. In: **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 167-194, abr./jun. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**: adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986. Disponível em:

<http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/pdf_tratados7/Declara%E7%E3o%20sobre%20o%20Direito%20ao%20Desenvolvimento.pdf> Acesso em 15.11.13.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Publico Económico**: modelos de Estado, gestão pública, regulação econômica. 3. ed. Madrid: Comares, 2004.

_____. **Privatización y liberalización de servicios**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

OSBORNE, David; GLAEBER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Tradução de Sérgio F. G. Bath e Ewandro M. Júnior. 2. ed. Brasília: MH Comunicação, 1995.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. In: **Revista de Administração Pública**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo v. 1, n. 40, p. 523-543, jul./ago, 2006.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira. Entre o Gerencialismo e a Gestão Social. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 45, n. 1. p. 36-49, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torre. **Da Reforma Administrativa Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

_____. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: por uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. In: **Revista de Administração de Empresas**, v. 50, n. 1, jan./mar. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

_____. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania** – a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998.

_____. SPINK, Peter Kevin (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento – desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. Tradução de Marianna Mota Prado. In: MATTOS, Paulo. (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

PRADO, Mariana Mota. Agências reguladoras, independência e desenho institucional. In: Instituto Tendências de Direito e Economia. (Org.). **Agências reguladoras: mercado de capitais, energia elétrica e petróleo**. São Paulo, 2005.

_____. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 115-139, abr/jun. 2008.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Humanity divided: confronting inequality in developing countries. Disponível em: http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Humanity%20Divided/HumanityDivided_Full-Report.pdf. Acesso em: 17.12.13.

RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e Telecomunicações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RICHARDSON, Hurt. As reformas no setor público da Nova Zelândia. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (Coords.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARAMAGO, José. In: SALGADO, Sebastião. **Terra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. Development as Capability Expansion. In: DEFILIPPIS, James; SAEGERT, Susan. (Eds.). **The Community development reader**. 2. ed. New York: Routledge, 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. **Revista Jurídica Virtual**. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm. Acesso em 2 de outubro de 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOUZA, Celina Maria de. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006.

SPENCER, Herbert; CAZELLES, Emiliano Honorato. Principes de sociologie. Troisième Édition. vol. II. Paris: Librairie Germer Baillière & Cie, 1883.

STEWART JÚNIOR, Donald. **O que é o liberalismo**. 5. ed. São Paulo: Instituto Liberal, 1995.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics on the public sector**. 2. ed. New York: Norton, 1988.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 242, out./dez, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. (Coord.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contatos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 866, dez./2006.

WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Brasília: Conselho Federal de Administração, 2012.