Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

DIREITO ADMINISTRATIVO E A NOVA HERMENÊUTICA: UMA RELEITURA DO MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO

Prof. Sérgio Guerra

Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo dos cursos de Graduação e de Mestrado da Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas. Vice-Diretor de Pós-Graduação da mesma instituição. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ.

Com o fim de governos ditatoriais – a exemplo, na segunda metade do século XX, da Alemanha, Grécia, Espanha, Portugal e Brasil – o forte clamor por democracia e melhoria das condições de vida da população provocou um sucessivo processo de mutação das estruturas estatais.[1] Inserida no contexto do padrão neoliberal[2] houve, no Brasil, a opção pela participação no amplo processo econômico globalizante[3], e, no seu bojo, a adoção de um programa de redução

[1] Em relação aos detalhes dessa nova fase, consulte-se a obra: CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores: problemas jurídicos e políticos*. Granada: Comares, 2005, na parte referida na introdução.

[2] Há um debate travado sobre as vantagens e desvantagens do neoliberalismo, e quanto a se cogitar a busca de uma "terceira via". Um dos autores que vem se destacando nesse tema é o sociólogo Anthony Giddens, em *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 76.

[3] Sobre os desdobramentos da globalização e os impactos na sociedade de riscos, recomenda-se a leitura da obra GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. Entre nós, ver o capítulo intitulado *Direito Público e a Globalização*, da obra de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.243.

do papel do Estado na exploração de atividades econômicas[4] e prestação direta de serviços públicos, mediante a desestatização.[5]

Uma das propostas do neoliberalismo atribui às forças do mercado o papel de protagonista na organização da economia, de modo que à iniciativa privada seriam destinados os bônus e os ônus da flutuação mercadológica. Essa revisitação ao modelo minimalista do liberalismo oitocentista, em que o Estado valoriza a livre iniciativa[6] e passa a adotar o princípio da subsidiariedade[7], foi mitigada na Carta Brasileira de 1988 com freios e contrapesos que visam assegurar garantias e direitos fundamentais à pessoa humana.

Isto é, se de um lado a Constituição Federal assegura a livre iniciativa como um dos pilares dessa nova era, de outro, a *força normativa* do texto constitucional valoriza a dignidade da pessoa humana[8] e outros princípios, a serem observados e sopesados no caso concreto.

Para a atuação estatal, nessa ordem de questões, se destaca a *função regulatória* disposta no art. 174 da Constituição Federal de 1988. A implantação desse novo componente no contexto político-econômico-social gerou novas competências e estratégias para o exercício das funções administrativas[9], com vistas à perfeita conformação dessas mudanças e acoplamentos à práxis.[10]

Sob os influxos dessa onda, em que se impõe renovar estruturas estatais absorvidas do modelo burocrático francês, o Governo Federal brasileiro editou, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Estado direcionando a Administração Pública para um padrão de gerência eficiente. Ademais disso, promulgou-se uma

---

[4] Para uma completa identificação dos principais aspectos da ordem econômica e financeira da Constituição de 1988, ver MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 723-730.

[5] Sobre a polissemia do termo *privatizações*, ver a obra de OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público.* Coimbra: Coimbra Editores, 1999.

[6] Acerca dessa orientação constitucional da Carta de 1988, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 356-357.

[7] Neste sentido, é judicioso o entendimento esposado por João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Direito econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102. Sobre o princípio da subsidiariedade, ver: TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.12; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español. *In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003, e RIVERO YSERN, Enrique. El princípio de subsidiariedad. *In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[8] Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 334, ss.

[9] Esse fato ocorreu em diversos outros países. A esse respeito, e para uma análise comparativa entre as entidades reguladoras independentes nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, França, Itália e Espanha, ver SALVADOR MARTÍNEZ, Maria. *Autoridades independentes*. Barcelona: Ariel, 2002, CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição.* Coimbra: Coimbra Editores, 2002 e MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes.* Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

[10] Ver, neste sentido, MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 38.

série de emendas constitucionais visando "abrir" determinados subsistemas econômicos (ex.: telecomunicações, petróleo, gás natural) e, nesta senda, adaptar os deveres do Estado a esse modelo *neoadministrativo*.

Buscou-se, em nosso país, no início da segunda metade da década de 90 do século passado, um novo marco teórico para a Administração Pública, que substituísse a perspectiva burocrática *weberiana*[11] até então seguida. A abordagem, então disciplinada democraticamente pelo Poder Legislativo, decorreu do reconhecimento de que as democracias contemporâneas (verdadeiras sociedades de riscos[12]), diante de uma forte tecnicidade das questões cotidianas, carecem de entidades autônomas e independentes[13], voltadas para a regulação de atividades econômicas preponderantemente calcadas em aspectos científicos e, paralelamente, divorciadas das pressões político-partidárias.

As modernas formas de administração do interesse público – não mais encarado como poder supremo[14] – devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico. Nesse contexto, o Estado se vê compelido a adotar práticas de gestão modernas e eficazes, sem perder de vista sua função eminentemente voltada ao interesse público, direcionada ao bem de cada um dos cidadãos.

Nesse novo cenário, e considerando que no estágio em que se encontra o pluralismo social[15] há um conjunto de valores conflituosos, a intervenção regulatória estatal em um determinado aspecto do conjunto social tende a produzir reflexos em outro seguimento, regulado ou não, e afetar o direito individual.[16] Com efeito, em determinadas situações os benefícios advindos da

[11] WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v.2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 199.
[12] Nesse campo de questões, e sob o ponto de vista da gradativa subsidiariedade (indivíduo -> comunidade -> Estado) que a sociedade contemporânea recebe de alguns autores a denominação de *sociedade de riscos* edificada após os efeitos simbolicamente representados pela queda do muro de Berlim, em 1989. A sociedade de riscos tem os traços conformados pela "ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade". TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177.
[13] Canotilho afirma que o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado regulador de atividades econômicas essenciais, de modo que, de uma forma crescente, a própria regulação e supervisão é confiada a entidades administrativas independentes não diretamente subordinadas ao poder político governamental. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 346.
[14] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28.
[15] O pluralismo aqui aludido se refere às sociedades contemporâneas, que devem perseguir uma convivência de culturas e grupos diversificados, em um consenso democrático que respeite as diferenças. Nesse sentido, ver a obra do filósofo, da Universidade de Harvard, RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (publicada originalmente em francês sob o título *Justice e démocratie*, em 1978).
[16] Esse é para Willis Santiago Guerra Filho um dos traços da pós-modernidade. *In*: *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 159.

intervenção para uma determinada camada social pode: (i) gerar aporias[17]; (ii) não ser adequado aos problemas e desvantagens que acarretarão para outro grupo da sociedade; ou mesmo (iii) comprometer garantias individuais[18].

Nos desafios para o exercício desse poder-dever, e também considerando as exigências mercadológicas do ambiente globalizado[19], com o ingresso de capital de circulação global em diversos seguimentos industriais e serviços públicos, foram criadas Agências Reguladoras, com autonomia e independência.[20]

Além das atribuições inerentes à competência regulatória executiva[21], e com a ampliação das funções normativas e judicantes da administração pública indireta, conformam-se elementos diferenciados para confirmação da autonomia das Agências Reguladoras.[22]

De todas essas questões decorrentes das *mutações do direito administrativo*[23] a doutrina pátria administrativista, malgrado a relevância do tema, vem comentando a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro ainda de forma superficial. Com isso, se pretende, no comedido espaço deste ensaio, trazer uma das pautas que decorrem, diretamente, da evolução dessa fonte de direito. Isto é, a compatibilização jurídico-constitucional do atual aparelho público que exerce as funções regulatórias, estruturada para assegurar o princípio da livre

[17] Sob o ponto de vista filosófico, *aporia* é a dificuldade de escolher entre duas opiniões contrárias e igualmente racionais sobre um dado problema.
[18] Sobre o novo individualismo, ver a obra de GIDDENS, Anthony. *A terceira via...*, cit., p. 44.
[19] Afirma Celso Campilongo que a globalização impõe ao direito o tratamento jurídico de matérias não rotinizadas e muito específicas. É certo que essa fragmentação normativa diminui a capacidade do Estado-nação fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 153.
[20] Sobre as agências governamentais autônomas, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 145-146. No mesmo sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 263.
[21] Floriano de Azevedo Marques Neto identifica seis espécies de competências típicas para o regulador e que estarão presentes sempre, ainda que por vezes possam se manifestar de forma parcial ou conjunta. Ver em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. *In: Temas de direito regulatório*. Sérgio Guerra (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, pp. 213-214.
[22] BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: *Agências reguladoras***.** Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002, p. 121 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 11-56, abr. 2001. Carlos Ari Sundfeld classifica a opção por um sistema de Agências Reguladoras independentes em relação ao Executivo como sendo uma medida cautelar contra "a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas". SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In: Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.) São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.
[23] Essa expressão deu título ao livro de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Outra obra digna de registro é de MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

iniciativa aos anseios de justiça (*i.e.* da juridicidade[24]) e de plena garantia dos direitos fundamentais.

Para tanto, se pretende introduzir a questão sob as premissas do direito administrativo na pós-modernidade, em que o "referencial de ordem e segurança garantidos pelo formalismo[25] abre espaço para o valor da *justiça*"[26], de modo a propor o enquadramento do disciplinamento ordinário da regulação estatal das atividades econômicas, desenvolvidas pela iniciativa privada, na denominada *nova hermenêutica.*[27]

Diante da constatação de que a utilização, pura e simples, de métodos clássicos de interpretação para a concretização do modelo regulatório brasileiro é insuficiente para um debate isento acerca da sua constitucionalidade, neste desafio devem estar presentes os juízos de valoração, os problemas cotidianos e os anseios da sociedade e, portanto, se inserir a tópica[28] - *"que ajuda a potencializar seu âmbito de significação, ao invés de cercear a ação interpretativa"*[29] – na compreensão[30] do moderno direito administrativo, que não mais corresponde ao administrativismo clássico oitocentista, cunhado pela escola francesa e adotado, desde longa data, no Brasil.[31]

---

[24] OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

[25] Acerca do formalismo como característica da definição juspositiva do direito, ver BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 144.

[26] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estado de direito*. 3.ed., 2.tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64.

[27] Registre-se, desde logo, que a "nova hermenêutica" aqui destacada refere-se aos métodos de interpretação que se alinham à corrente voltada à busca da realidade constitucional, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.452 e CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit. Sobre o pensamento de Gadamer quanto à relação entre hermenêutica e métodos de interpretação. Ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004, p. 391.

[28] A *tópica* não se refere a um método, mas um modo de pensar a partir do problema. Sobre o tema merece destaque a obra de VIEHWEG, Theodor. *Tópica de jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz r. Brasilia: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 17.

[29] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., p. 59. Paulo Roberto Soares Mendonça sustenta que o raciocínio tópico é, até certo ponto, incômodo para o homem moderno, condicionado que é pelos sistemas dedutivos, que têm a sua referência básica em axiomas indiscutíveis. Ver em MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A tópica e o supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102.

[30] Merece destaque a *teoria geral da compreensão*, do teólogo e filósofo alemão Friedrich E. E. Schleiermacher, que no início do século XIX desenvolveu a arte e técnica da interpretação a partir da linguagem e das condições pelas quais ocorre a relação falante-ouvinte, sob o signo da historicidade (dependência mútua entre dialética e hermenêutica). SCHLEIERMACHER, Friedrich E. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. Celso Reni Braida. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2003. É relevante, ainda sobre a *compreensão*, o trabalho desenvolvido por Margarida Maria Lacombe Camargo, op. cit. pp. 8-13.

[31] Acerca da constitucionalização do direito administrativo, ver a obra de BINEJNBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

1. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA PÓS-MODERNIDADE E A CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E SERVIÇOS PÚBLICOS, EXERCIDA POR ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em decorrência de toda a transformação em marcha[32], o direito administrativo vem experimentando uma forte influência do direito econômico, despontando um viés denominado de *direito administrativo econômico* ou mesmo *direito público da economia*[33], emergindo, com grande pujança, o estudo da regulação jurídica e, no seu bojo, as entidades reguladoras independentes. [34] Há, por certo, um enriquecimento do direito administrativo na pós-modernidade com o intercâmbio de questões com o direito privado[35] e com o direito administrativo alienígena, este num ambiente de internacionalização do próprio direito.

Nesse vezo, o direito administrativo pós-moderno deve observar as normas principiológicas e o novo rol de temas que permeia a sociedade de riscos, notadamente a eloqüente tecnicidade que impõe uma análise sistêmica do campo jurídico para se alcançar a justiça.[36] É nesse espaço que o Poder Executivo vem atuando para criar regras, sob fundamento técnico, e exercer os mecanismos de controle de serviços públicos delegados e áreas sensíveis da sociedade, a exemplo da distribuição de energia elétrica, vigilância sanitária e saúde suplementar.

Diante desse quadro cria-se certa controvérsia na doutrina, à luz da rígida e hermética ótica constitucional formal-positivista[37], a regulação de atividades econômicas e de serviços públicos, exercida por entidades descentralizadas da Administração Pública. A essas entidades foram conferidas funções objetivando uma *pré-interpretação* constitucional, com vistas à identificação de aporias e à correção de falhas nos mercados dos subsistemas regulados. Tudo isso por meio da ponderação de interesses em presença[38] em um ambiente de segurança jurídica das relações, com vistas à conformação de uma regulação razoável, proporcional e eficiente.

---

[32] MEDAUAR. Op. cit., p. 156.
[33] Sobre o tema, ver a obra clássica de LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Ed. Almedina, 1985.
[34] Nesse sentido, a obra de Alexandre Santos de Aragão, antes citada, intitulada de *"Agências Reguladoras"*, tem o sugestivo subtítulo de *"e a evolução do direito administrativo econômico"*.
[35] Sobre o tema, em detalhes, ver: FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 28.
[36] Seria um dos aspectos do *NEOCONSTITUCIONALISMO*, conforme artigos publicados na obra coordenada por MIGUEL CARBONELL, pelo Editorial Trotta.
[37] José Afonso da Silva apresenta visão acerca do conceito formal de constituição, em *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 39-41.
[38] Sobre a ponderação aqui mencionada, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

Nesse diapasão, em que o Brasil (i) promulga uma Constituição Federal com características, ao menos em parte, do modelo neoliberal; (ii) promove um amplo processo de desestatização; (iii) edita um plano para reforma do aparelho estatal e cria entidades reguladoras independentes - o que requer uma releitura do direito administrativo pátrio - parte da *interpretação doutrinária*[39] sustenta que o modelo regulatório brasileiro, concretizado por meio das Agências Reguladoras, é inconstitucional.[40]

Um dos principais argumentos dos autores contrários a esse modelo consiste na alegação de que a Constituição Federal de 1988 não comportaria, em seu texto, a criação de entidades estatais independentes e autônomas do Poder Executivo. Por isso, as leis que disciplinam esse modelo estariam por malferir o princípio tripartite da separação de poderes. Contesta-se, ainda, a expedição de normas pelas Agências Reguladoras por, supostamente, não observar o art. 84, VI, da Constituição, combinado com o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Algumas dessas críticas merecem ser enumeradas para o aclaramento da questão: (i) somente às Agências Reguladoras previstas no texto constitucional (arts. 21, X, I e 177, § 2º, III) podem ser reconhecidas funções reguladoras[41]; (ii) as Agências Reguladoras não podem inovar na ordem jurídica, diante do princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal[42]; (iii) os mandatos dos dirigentes das Agências Reguladoras não podem ultrapassar a duração do mandato do Presidente da República que os indicou[43]. Sob o enfoque material[44] e interpretação sistêmica, outra corrente doutrinária[45] sustenta, em sentido

[39] BONAVIDES. Op. cit., p. 400.
[40] Ver ácido ensaio sobre as entidades reguladoras independentes, em GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. *In*: *Regulação e desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (org.) São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 27-28.
[41] Nesse sentido DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p.211, e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 141.
[42] Idem.
[43] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153.
[44] O termo *material* refere-se a uma postura não-formal, adotada por aqueles que abandonam uma visão meramente analítica e assumem o caráter prático da ciência jurídica, enquanto disciplina que se presta não só a compreender, mas também, e principalmente, a orientar a conduta humana através das normas que estuda. GUERRA FILHO. Op. cit., p. 20.
[45] De um modo geral, essa doutrina se destaca pelos seguintes autores e suas obras: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras..., cit*; SUNDFELD. Op. cit.; JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos.* São Paulo: Malheiros, 2002; BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003; CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001; CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003; GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas.* Rio de Janeiro:

contrário, a constitucionalidade das leis que criaram esse modelo regulatório. Com efeito, a favor da constitucionalidade são aduzidas algumas ponderações: (i) o legislador primário não tem condições de tecer minúcias normativas, sobretudo para adentrar em aspectos técnicos (por isso, há uma redefinição da divisão clássica de tarefas e competências normativas);[46] (ii) na regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado a estrutura das normas editadas pelo Parlamento deve ter um aspecto geral (*standards*), com conceitos técnicos indeterminados que acabam por atribuir uma escolha a ser concretizada pelo ente regulador; (iii) a função regulatória é diversa da função regulamentar exercida pelo Chefe do Poder Executivo e por seus Ministros, portanto, não usurpam a competência privativa prevista no art. 84, VI da Constituição Federal.[47]

Contudo, se pode inferir que essa mesma linha de pensamento doutrinário, ainda que favorável à tese da constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro, não teorizou esse posicionamento à luz da ciência jurídica[48], permanecendo, portanto, carente de uma interpretação jurídico-constitucional que dê supedâneo a essas afirmações.

Em resumo, o agrupamento das críticas contra o modelo regulatório brasileiro se concentra, basicamente, na premissa, formalista, de que as entidades regulatórias independentes, nos termos disciplinados pelo Poder Legislativo, sob qualquer ângulo ou enfoque, não foram contempladas no texto constitucional, enquanto que os posicionamentos favoráveis ao modelo se apóiam em disposições difusas e espraiadas no texto da Carta Política. Esses são os pontos nevrálgicos da questão que precisam ser enfrentados no atual debate jurídico-constitucional brasileiro.

Como enfrentar o tema à luz da ciência do Direito, observados os preceitos constitucionais pátrio e os atuais paradigmas da pós-modernidade e do direito administrativo? É o que se presente neste modesto ensaio.

2. A HERMENÊUTICA VOLTADA AO DESAFIO DE SUSTENTAR A CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO

O que falta aos Direitos Constitucional e Administrativo Brasileiro - e que ora se pretende demonstrar, ainda que de forma perfunctória - é uma nova

---

Lúmen Júris, 2004, dentre outros ilustres juristas, e, de nossa autoria, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

[46] Conforme sustenta Maria Paula Dallari Bucci, uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 15-16.

[47] Sobre a competência enumerativa do Presidente da República, ver: TÁCITO, Caio. Comissão de valores mobiliários: poder regulamentar. *In*: *Temas de direito público*, v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 1079 e 1088.

[48] A ciência jurídica aqui referida é aquela voltada à metodologia. Por todos, ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. 11.tiragem. São Paulo: Atlas, 1980.

abordagem doutrinária, fundamentada na hermenêutica jurídica, que dê suporte a constitucionalidade do fenômeno advindo da criação das Agências Reguladoras brasileiras, abandonando-se manifestos puramente formalistas, ocos ou apaixonados sobre o tema.

A hermenêutica, aqui referida, se atém "a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno [regulatório estatal] que requer solução."[49] Na esteira do pensamento de Willis Santiago Guerra Filho[50], a Constituição Federal de 1988 carece de renovação do ponto de vista doutrinário no que tange ao direito pátrio, haja vista que a partir de então se entende haver, de modo definitivo, uma mutação da demarcação do espaço em que se deve desenvolver a atividade jurídica.

> *"Se, por um lado, contudo, a perspectiva de trabalhar em um contexto bastante modificado e cheio de novidades é extremamente estimulante, por outro lado, o operador jurídico pode, com razão, sentir-se também intimidado diante de tarefa gigantesca com que se depara, quando se lhe põe em mãos, sem maiores explicações, um texto constitucional desconhecido, voltado para a instauração de novas práticas institucionais. É aí que se mostra, com toda clareza, o papel a ser desempenhado pelo teórico do direito, a quem cabe fornecer meios para o entendimento desse material jurídico inédito.* ***Urge, portanto, tematizar o problema, ainda pouco explorado entre nós, do método adequado para se interpretar uma Constituição, tal como a que recebemos no Brasil, com o intuito de fornecer a necessária legitimidade ao ordenamento jurídico, para o que deve servir de instrumento de radicais transformações no País****."*[51]

O enfrentamento metodológico, acerca da constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro, é de capital relevância doutrinária e prática. Malgrado esse fato, não se constata uma teorização da matéria em nossas letras, notadamente em se considerando uma releitura do tema que legitime práticas que, de fato, já estão implantadas e em funcionamento há vários anos, buscando, com isso, a integração da realidade no processo de interpretação constitucional. Tudo isso, logicamente, desde que seja compatível com o padrão de juridicidade delineado no nosso sistema jurídico-constitucional.

O direito administrativo pós-moderno, ou da sociedade de riscos, deve concretizar-se tendo o cidadão (e não mais o "súdito", o "administrado" ou o "usuário") como ponto nuclear, e deve se desprender de qualquer viés político-partidário quando no exercício da regulação de atividades econômicas por entidades independentes.

---

[49] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., p. 15.
[50] GUERRA FILHO. Op. cit., p. 115.
[51] Idem.

Resta dizer, os institutos do direito administrativo têm que absorver as novas tendências globalizantes, onde o Estado se amolda ao Direito para garantir a dignidade da pessoa humana. Por isso, se apresenta aos estudiosos dessa matéria um grande desafio para o correto enquadramento das novas figuras regulatórias ao ordenamento jurídico-constitucional nacional, tudo com vistas à realização dos direitos subjetivos positivos dos cidadãos e as garantias fundamentais.

3. DA POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO REGULATÓRIA

O ponto de partida para uma *interpretação doutrinária* acerca da constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro se encontra no art. 174 da Constituição Federal, que dispõe: *"Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."*[52]

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 dispõe, textualmente, que o Estado deve agir no exercício das atividades econômicas (art. 170) e prestação de serviços públicos pelo particular (art. 175) como regulador dessas mesmas atividades.

É relevante ressaltar que o constituinte diferenciou, no capítulo referente à ordem econômica, a *normatização* (isto é, a edição de normas) e a *regulação*. Ademais disso, quando tratou da competência privativa do Presidente da República, para a execução das leis, adotou o termo *regulamentar* (art. 84, IV).[53]

Diversamente da função estatal normativa, devidamente disposta ao longo do texto constitucional, a função regulatória - e o seu modo de execução - não foram explicitados na Carta de 1988. Com efeito, apenas nos art. 20, XI, e art. 177 da Constituição Federal, estão previstas a criação de órgãos (e não entidades) reguladores para os serviços públicos de telecomunicações e atividades monopolizadas da indústria do petróleo; contudo, ambas as previsões não constavam do texto original, decorrendo de emendas constitucionais.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 é extremamente minuciosa[54], indaga-se: Quais seriam as razões para a não especificação do

---

[52] Ver MOREIRA. Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). *In Temas de direito regulatório*. Sérgio Guerra (Coord.) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 177.

[53] Sobre a grande dúvida e celeuma que o tema traz com o conceito de regulação, ver: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras. *In*: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 2, abr./mai./jun./ 2003, p. 267.

[54] Vem daí o conceito de constituição-dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, conforme lição de: SILVA, José Afonso da. Op. cit., pp. 136-137.

dever de regulação previsto no citado art. 174? Será que os Constituintes teriam condições, por ocasião dos trabalhos de elaboração da Carta Magna, de prever algum modelo regulatório que fosse compatível com os influxos da Teoria Democrática e dos fundamentos jurídicos e econômicos da regulação? Ou se traçou um marco constitucional a ser concretizado pelo Poder Legislativo, à luz de algum método moderno de interpretação da Constituição?

Um fato é indisputável no debate da questão: a função de regulação estatal está positivada no texto constitucional e está implementada pela legítima atuação legalitária para se perseguir a perfeita conformação das atividades econômicas aos princípios constitucionais, notadamente a ordem econômica e social. Contudo, o que se apresenta crucial para o enfrentamento da questão é saber se o legislador ordinário[55] teria competência discricionária para deliberar acerca da concretização do modelo regulatório – como efetivamente o fez – com destaque para a natureza jurídica e funções das entidades reguladoras.

Para a análise dessa questão impõe-se uma digressão acerca da evolução dos modernos métodos hermenêuticos idealizados por juristas tedescos para a concretização de textos constitucionais. Na visão de Daniel Sarmento[56], se há algum consenso na moderna hermenêutica constitucional, este repousa na constatação de que a tarefa de aplicação da Constituição não se resume a um simples silogismo. A abertura da Constituição, o seu caráter eminentemente político, a vagueza, abstração e densidade axiológica das suas cláusulas mais importantes tornam especialmente dinâmico e complexo o processo de hermenêutica constitucional.

Confrontar-se-á, nesse vezo, algumas teorias, naquilo que for cabível, com o atual modelo de regulação adotado em nosso país. Adotar-se-á a concepção do modelo alemão, haja vista os influxos da tendência metodológica da Lei Fundamental de Bonn em nossa Carta de 1988, onde se destaca a possibilidade de se lidar com valores no direito, com vistas à superação do juspositivismo axiologicamente neutro.

4. DO MÉTODO DE TRABALHO PARA CONCRETIZAÇÃO DA REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1. NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO

Estamos vivendo no período de uma verdadeira sociedade de riscos, e no campo da ciência jurídica isto representa uma rediscussão de alguns conceitos fixados na modernidade. Tome-se como exemplo a transposição do positivismo

[55] Observando, logicamente, os temas de iniciativa privativa do Poder Executivo.
[56] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1.ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 123.

jurídico - doutrina que ainda é valorizada entre nós no conturbado contexto formalista político-constitucional brasileiro - bem como os métodos concretizadores da Carta Magna promulgada em 1988.

Sob o enfoque de uma concepção metodológica de concretização normativa, e partindo-se do início do século XX até o período posterior ao fim da Primeira Guerra Mundial, a linha de pensamento predominante na doutrina publicista voltava-se ao positivismo. Destacam-se, nesse período, Paul Laband e Georg Jellinek. [57]

A Escola de Viena - com evidência para Hans Kelsen - seguiu na teoria juspositiva (normativismo) cuja tese primordial, gerada no seio do liberalismo econômico burguês, se sustentava na linha do rigorismo da separação *neokantiana* do *ser* e do *dever ser;* de que o primeiro não pode derivar do segundo. Essa pretendida dissociação entre *realidade* e *direito* defende que o *direito* deve criar a sua própria *realidade*.[58]

O formalismo decorrente do positivismo jusconstitucionalista compreende a lei fundamental como sendo um sistema formal de leis constitucionais, sendo a regra legal um ato de vontade estatal[59]. A vontade do Estado (da lei), por esta doutrina, não apresenta um nexo material com dados da história e da sociedade atual. Neste vezo, estreito, o nexo entre realidade e direito não é desconhecido, mas os dois pontos devem ser tratados isoladamente da ciência jurídica. *"Assim, o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado ex post facto com as relações da realidade histórica."*[60]

Enquanto que em outros países, a exemplo da Alemanha, que teve no nazismo e no *decisionismo*[61] de Carl Schmitt um importante marco para a rediscussão da Teoria da Constituição, no Direito Constitucional pátrio a doutrina - e, na mesma esteira, a jurisprudência do Pretório Excelso - avançou muito pouco, no segundo pós-guerra, em termos de uma metodologia própria de trabalho.

---

[57] Na doutrina alemã, a evolução da ciência jurídica ganhou luzes com a fundação, em outubro de 1922, da Associação dos Professores de Direito Público, onde se destacou HEINRICH TRIEPEL. Este jurista tedesco se preocupou com o entendimento material dos direitos fundamentais como valorações legais orientadoras e limitadoras da atividade do legislador e da Administração Pública. No seu discurso de posse, no reitorado da Universidade Federico Guillermo de Berlin, em 1926, Triepel afirmou que o Direito não é outra coisa se não um conjunto de juízos de valor sobre conflito de interesses, de modo que o método adequado para a ciência jurídica resulta ser o teleológico. TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política.* Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 74.

[58] Para José Afonso da Silva, a teoria de Kelsen teve o mérito de revelar a natureza de dever-ser da norma jurídica, mas caiu no exagero do normativismo, que reduz o objeto da ciência jurídica a pouco mais que uma lógica jurídica. Seu formalismo não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica, por sua vez exarcebada pelo sociologismo..." SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 31.

[59] Sobre o que deve prevalecer entre a *vontade da lei* e a *vontade do legislador*, direciona-se o leitor para a obra de CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., p. 127, ss.

[60] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 24-25.

[61] Sobre as diferenças entre o decisionismo de Carl Schmitt e o normativismo de Kelsen, ver BONAVIDES. Op. cit., p. 152 e ss.

A *teoria material da constituição* - leciona Paulo Bonavides[62] - surgiu e se consolidou na Alemanha em decorrência do *constitucionalismo da tópica,* com destaque para Viehweg e Esser. Se buscou um enfoque que abandonasse a idéia de ciência jurídica como mera descrição do comportamento humano positivado.

Voltados ao *topoi*[63], pretendeu-se ultrapassar a hermenêutica *savignyana*[64] para perseguir, sob a *teoria da argumentação*[65], a solução do problema pelo problema.[66] *"Abandonava-se, então, o enfoque meramente formal, enfatizando a necessidade de buscar a inserção social daquelas questões, os interesses que estavam por trás delas, os valores que elas faziam entrar em choque."*[67]

O apego extremado à sistematicidade do direito, adverte Paulo Mendonça[68], coloca em um plano secundário aquilo que é a própria causa da existência do sistema jurídico: a realização da justiça. Partindo-se do exame do caso concreto, a tópica empreende uma aproximação entre os conceitos jurídicos e os seus fundamentos históricos e valorativos.

Abre-se, assim, uma hermenêutica constitucional[69] que reconhece a *aporia nuclear*[70], tornando-se mais acessível aos elementos valorativos e da práxis.

Vale destacar que nem a *doutrina subjetivista*, nem, tampouco, a *corrente objetivista*, *"com razões ideológicas na raiz dos argumentos"*[71] lograram respostas

---

[62] Idem, p. 159.
[63] A expressão *topos* significa *lugar comum*. Ver o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior no prefácio da obra de VIEHWEG. Op. cit., p. 4.
[64] F. C. von Savigny foi, na expressão de Willis Santiago Guerra Filho, o principal sistematizador da hermenêutica, pois defendeu, com primazia, a necessidade de se construir uma ciência jurídica. GUERRA FILHO. Op. cit., p. 20.
[65] Sobre a "argumentação", ver, entre nós, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., pp. 21-22 e a obra de MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. Ver, ainda, ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001 (título original *Theorie der Juristischen Argumentation*), em que o autor destaca o que se deve entender por argumentação jurídica racional; a obra de GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.* Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004 (título original *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht)* Quanto à importância da argumentação para a abordagem tópica do direito, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do* direito. 3.ed. Trad. Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 201 (título original da obra: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), e MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Op. cit., p. 241.
[66] Neste contexto, se aborda a diferença entre o pensamento jurídico dogmático e zetético, introduzido por Theodor Viehweg no final da década de 60. Nesse sentido, GUERRA FILHO. Op. cit., pp. 44-46.
[67] Idem, p. 45.
[68] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Op. cit., p. 206.
[69] Ver sobre a diferenciação entre hermenêutica e interpretação na linha de pensamento de Luís Roberto Barroso. Op. cit., p.103. Margarida Maria Lacombe Camargo sustenta que a hermenêutica não se resume no estudo das técnicas de interpretação, mas nos remete à compreensão do próprio ser no mundo, que se encontra envolvido com questões que é chamado a resolver, dentre elas a jurídica. Op. cit. p. 10.
[70] Expressão adotada por Tércio Sampaio Ferraz Jr., no "prefácio de tradutor" à obra de Theodor Viehweg. Op. cit., p. 3.
[71] FERRAZ JÚNIOR. Op. cit., p. 71. A primeira, na *linha subjetiva*, baseada na interpretação da norma à luz da compreensão da vontade do legislador, pode favorecer ao autoritarismo. A doutrina

satisfatórias para o enfrentamento da questão. Desse modo, cumpre explorar métodos hermenêuticos, com enfoques tópicos, de modo a se fazer um paralelo com a atual moldura regulatória brasileira, objetivando a sua conformação com a Constituição Federal.

4.2. MÉTODOS DE TRABALHO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PÓS-NAZISMO PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UMA FÓRMULA IDEAL PARA A INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É indisputável que as Constituições pós-período ditatorial, como em Portugal (1976), Espanha (1978) e o próprio Brasil (1988) receberam os influxos da Lei Fundamental de Bonn (1949), tendo como eixo dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Sob enfoques e objetivos diversos, e na busca de organização e evolução da teorização de métodos de trabalhos do direito constitucional, pós Lei Fundamental de Bonn, a doutrina alemã apresentou grande contribuição para a Teoria da Constituição. Destacam, nesse tema, alguns aspectos que podem ser assim identificados: (i) a ciência constitucional, com uma análise acerca das tarefas e objetivos da interpretação constitucional; (ii) os métodos compostos por processos e regras de interpretação e a força normativa da Constituição; e, por fim, (iii) a identificação e o papel dos intérpretes da Constituição, envolvendo o texto e a realidade constitucional.

Na escalada teórica até o surgimento dessas contribuições merece destaque, no início do século XX, a doutrina de Rudolf Smend. De forma precursora (1928), Smend teorizou a concepção integrativa da Constituição (método científico-espiritual), em oposição ao método formal-positivista (em que se destacam, como dito, Paul Laband e Jellinek).[72]

A doutrina de Smend atacou frontalmente a indiferença que o viés formal-positivista atribui à realidade. O traço capital de separação entre esse método e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente crítico com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho jurídico de interpretação. O segundo – dos antigos positivistas – fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente formal, e que, segundo Smend, decompõe o Direito Constitucional

---

voltada ao *ângulo objetivo* traz ao debate o deslocamento da competência do legislador para o intérprete final da norma. Por isso, o que se persegue na atualidade é uma maior integração entre as normas constitucionais e os problemas da sociedade, buscando-se uma solução pelo problema, como adiante será examinado. Idem, p. 151.

[72] Para detalhes sobre o tema, direciona-se o leitor para a obra de CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 29 ss. Veja, ainda, o comentário de TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 45.

num agregado de normas e institutos isolados, submetidos a uma normatividade de todo abstrata.[73]

Por esse caminho de concretização das normas constitucionais se pretendeu buscar uma interpretação que se prendesse à realidade cotidiana, mutável e renovadora, privilegiando-se o aspecto político indispensável à integração do conteúdo material da Constituição, de acordo com as circunstâncias (*teoria da práxis*).[74]

Demonstrou-se disfuncional o disciplinamento jurídico, por normas gerais e abstratas, editadas de acordo com fatos passados, mas voltadas para a solução dos problemas que se apresentam para serem resolvidos no futuro. Com a doutrina de Smend ficou a crítica de que sua teoria afastava o Direito, "subestimando o momento normativo da realidade estatal", abduzindo a justiça e a legislação.[75]

Observadas as bases construídas por Smend, o ponto de partida para instigar uma nova contextualização da Teoria da Constituição - e sua concretização - ocorreu no primeiro trimestre de 1933, quando Hitler recebeu autorização do Parlamento Alemão para editar normas dotadas de eficácia legislativa e que suspenderam direitos e garantias fundamentais.[76]

Passados longos anos sob o poder nazista e após o fim da segunda grande guerra mundial, a doutrina Alemanha – que pensava ter logrado, em 1919, com a Constituição de Weimar[77], um forte instrumento para garantia dos direitos individuais – voltou-se para uma tendência ao jusnaturalismo, período em que se destacou o pensamento de Gustav Radbruch.[78]

A revisitação ao jusnaturalismo ocorreu *"menos por seus méritos intrínsecos do que pela flagrante contradição da neutralidade axiológica do positivismo em face do terrorismo estatal praticado no 'III Reich'".*[79]

Nessa linha, Radbruch era um defensor do positivismo quando sustentava que o "justo" tem que ser determinado pelo Direito e, o Direito, depende do legal. Surpreso com as atrocidades praticadas pelo nazismo se virou contra o

[73] BONAVIDES. Op. cit., p. 437.
[74] Viehweg trabalhou nessa associação, entre *tópica* e *teoria da práxis*. VIEHWEG, Theodor. Op. cit,. p. 18.
[75] Idem, p. 156.
[76] O estado de exceção sob o comando de Hitler durou 12 anos. Sobre o tema, ver a obra de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boi Tempo, 2004.
[77] Os modernos métodos interpretativos – adverte Bonavides – floresceram por obra do anacronismo da hermenêutica formalista, impotente desde a Constituição de Weimar em acompanhar e explicar a transformação por que passaram as Constituições no século XX. BONAVIDES. Op. cit., p. 441. Sobre o estado de exceção surgido na Constituição de Weimar, nos reportamos ao livro BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
[78] RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito.* Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[79] GUERRA FILHO. Op. cit., p. 118.

positivismo e passou a perseguir uma *fórmula* que compatibilizasse o direito positivo e a justiça.

Aproveitando o desenvolvimento dessa base metodológica surgida no bojo da crise nazista, e confrontando-a com o tema objeto do presente ensaio, resta perquirir qual seria a *fórmula* ideal e em quais valores[80] se fundaria e se criaria um pensamento uniforme e com coerência social para a interpretação e concretização da Constituição Federal de 1988? Quais são os métodos e as eventuais fórmulas a serem adotadas para a concretização ótima dos direitos fundamentais? Para essa concretização a Constituição Federal de 1988 deve e pode tudo disciplinar? A leitura da Carta Constitucional está adstrita exclusivamente ao seu texto? Quem são os seus intérpretes da Constituição Federal?[81]

Para o estreito limite do presente artigo se impõe apontar o âmbito da pesquisa que deve ser abordada na concretização do texto constitucional pelo Poder Legislativo. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro, partindo do art. 174 da Constituição Federal, foi disciplinado por leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Poder Executivo, privilegiando a descentralização da regulação técnica. O caminho pode seguir as luzes das teorias tedescas de Hesse, Muller e Häberle, haja vista que todas estas surgiram com o inconformismo presente na doutrina de Smend, que buscava lograr um método interpretativo que estivesse voltado à realidade cotidiana, sempre mutável e renovável à luz das circunstâncias.

4.3. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA VISÃO DE KONRAD HESSE E O ATUAL SISTEMA DE REGULAÇÃO BRASILEIRO

Na doutrina pós-nazismo, Konrad Hess[82] se concentrou na abertura e a força normativa da Constituição, contrapondo as reflexões apresentadas por Ferdinand Lassalle, em 1862. Segundo a concepção de Lassalle, questões constitucionais não seriam jurídicas e sim políticas. A Constituição seria apenas um pedado de papel (*ein Strück Papier*), e sua concretização estaria limitada à compatibilidade com a "Constituição real".[83]

---

[80] Como sustenta, com propriedade, Juarez Freitas "é falaciosa qualquer postura unilateral que promova um valor jurídico em detrimento dos demais". FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 30.

[81] Esse foi o enfoque apresentado no discurso de Otto Bachof ao se completar 10 anos da Lei Fundamental de Bonn. BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985. (a edição original desta obra sob o título *Grundgesetz und Richtermacht*, foi publicada em 1959 pela editora J.C.B. Mohr, de Tübingen).

[82] O enfoque desse autor foi apresentado na aula inaugural ocorrida em 1959, na Universidade de Freiburg. Ver o texto publicado no Brasil: HESS, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. O título original é *Die normative Kraft der Verfassung*.

[83] HESSE. Op. cit., p. 9. A principal obra de Lassalle foi traduzida para o vernáculo: LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6.ed. Trad. não identificada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

A teoria de Hesse se baseia na existência, de um lado, do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, e, de outro, uma força determinante do Direito Constitucional. Contudo, ambos os aspectos devem ser observados: *"Constituição real e Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra".*[84]

Segundo seu pensamento, a Constituição não configura apenas a expressão de um dever ser (*Sollen*); ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, em especial as forças políticas e sociais ("graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social").[85] Esse pensamento, como dito, foi outrora descartado pelo construtivismo juspositivista lógico-formal de Paul Laband e Georg Jellinek, e, ao isolar norma e realidade, pelo positivismo sociológico de Carl Schmitt.

A Constituição jurídica, segundo Hesse, logra converter-se em força ativa que se assenta na natureza singular do presente, isto é, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Haverá concretização da força normativa da Constituição se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, for identificada a vontade de concretizar essa ordem.

> *"A Constituição se transformará em força ativa da Constituição se estiver presente na consciência geral não só a vontade do poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)."* [86]

E essa vontade do poder e da Constituição devem se adaptar a eventual mudança de condicionantes (*práxis*), de modo que a Constituição se limite ao estabelecimento de alguns princípios fundamentais para não sofrer constantes revisões que desvaloriza a sua força normativa.[87] As revisões constitucionais, ao argumento de suposta e inarredável necessidade política, se afiguram danosas para a força normativa da Constituição. Essas revisões sinalizam que as questões de índole fática prevalecem sobre a ordem normativa vigente.[88]

---

[84] HESSE. Op. cit., p. 15.
[85] Idem.
[86] Idem, p. 19.
[87] Idem, pp. 20-21.
[88] Cumpre destacar, quanto ao modelo regulatório brasileiro, que tramita no Congresso Nacional um projeto de emenda constitucional (PEC 81/2003) que acrescenta o art. 174-A à Constituição Federal para fixar princípios da atividade regulatória e, assim, dar suporte às leis ordinárias que criaram as Agências Reguladoras com independência e autonomia. Esse dispositivo visa

Nesse contexto, a simples interpretação constitucional, submetida ao princípio da ótima concretização da norma, não pode ficar subsumida à lógica e aos conceitos. Isto porque, se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.[89]

Em resumo, o que Hesse sustenta é que a Constituição jurídica não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, isto é, sua eficácia somente será realizada se essa realidade for considerada. "Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social, de modo que as possibilidades e limites da força normativa da Constituição resultam na correlação entre *ser* e *dever ser*. [90]

4.3.1. NORMATIVIDADE E FORÇA CONDICIONANTE DA REALIDADE CONSTITUCIONAL

Cumpre ressaltar, ainda, a diferença apontada por Hesse entre normatividade e força condicionante da realidade constitucional. Quanto a esse aspecto, sustenta que não se pode definir como fundamental a pura normatividade e, tampouco, a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. Tanto a Constituição normativa (jurídica) quanto a Constituição real (*práxis*) estão sob uma relação de permanente coordenação, sem, contudo, haver dependência uma da outra.

Para Bonavides[91], Hesse sustenta que a concretização e a compreensão só serão possíveis em face do problema concreto, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma - e sua aplicação a um caso real - constituem um processo unitário. Isso ocorre em sentido contrário aos outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata, e de sua aplicação, dois momentos distintos e separados. Por esse método concretista de interpretação se observam três elementos: a norma que vai concretizar, a pré-compreensão e o problema concreto a resolver. Por isso é justo sustentar que a teoria de Hesse se molda ao tema da regulação no texto constitucional brasileiro.

Como dito, a Carta Magna de 1988 distingui, na intervenção das atividades econômicas pelo Estado, as funções *normativa* e *regulatória*. A *normatividade*, da Constituição jurídica, está positivada nos detalhes necessários à sua compatibilização com a Teoria da Democracia. Quanto à *regulação*, se traduz

---

estabelecer que a atividade de regulação estatal será desempenhada por agências reguladoras, como órgãos de estado sujeitos ao regime autárquico especial com quadro de pessoal específico.

[89] Idem, pp. 21-22.

[90] Idem, p. 24.

[91] BONAVIDES. Op. cit., pp. 439-440.

num comando constitucional a ser contextualizado à luz da tópica, isto é, de acordo com os problemas e as situações reais sujeitas à mutação constitucional.

Isso não significa que a Constituição seja um simples pedaço de papel, como caracterizou Lassalle, que outorga um "cheque em branco" ao legislador. É que neste caso as variações e flutuações decorrentes do mercado, a enorme gama de possibilidades, bem como as aporias que carecem de uma regulação diferenciada para cada subsistema - e que variam de acordo com cada realidade, cada contexto - são superiores aos elementos puramente normativos.

Com arrimo na doutrina de Hesse, é justo inferir que a Teoria da Constituição "não é mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista".[92] A regulação do atual sistema brasileiro deve ser considerada constitucional, pois se deve perseguir, na interpretação da Constituição Federal de 1988, a maior eficácia possível, preservando-se a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung)*, que representa a sua força normativa.

A regulação de atividades econômicas e sociais não pode ser simplesmente positivada no texto constitucional, explicada em detalhes, pré-compreendida por uma lógica dedutiva. Há, indisputavelmente, que ser criada, construída passo a passo, de acordo com a *práxis*, de acordo com os *topoi*, ambos mutáveis.[93]

4.4. A METÓDICA E O ÂMBITO DA NORMA NA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MULLER, APLICADA À REGULAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Sob o aspecto da Constituição como elemento na concretização da norma, Friedrich Muller[94], em sua doutrina de 1972, teorizou qual seria o real papel do texto constitucional e sua contextualização pelos seus concretizadores (seja o Estado, sejam aqueles atingidos pela norma), cuja efetivação, necessariamente, passa pelo cotejo com o *âmbito da norma* constitucional.

A originalidade de sua teoria consiste na estruturação científica da *práxis* jurídica (atividade voltada para um resultado), alcançando tanto os conteúdos da norma quanto as propriedades formais do Direito. Tudo isso, sob uma interconexidade que considera todos os aspectos relevantes eventualmente omitidos com a dissociação da forma e da substância.[95]

O modelo positivista de ciência - combatido por Muller - compreende a descrição de um comportamento humano como uma tarefa científica. Um sistema de enunciados que seja capaz de descrever e explicar rigorosamente este

[92] HESSE. Op. cit., p. 26.
[93] Sobre a abertura constitucional, ver GUERRA FILHO. Op. cit., p. 144. Nesse mesmo sentido, MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização em busca do significado das* normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.
[94] MULLER. Op. cit.
[95] Cf. as palavras de Paulo Bonavides, no prefácio da mencionada obra de Muller. Op. cit.

comportamento deveria ser capaz de prevê-lo.[96] As ciências constroem as *teorias* (sistemas axiomáticos que constituem hipóteses genéricas que se confirmam pelos experimentos empíricos) que podem servir de prognósticos para a ocorrência de fenômenos que obedecem as mesmas condições ali descritas. Contudo, com o comportamento humano (social, político, econômico) não há como estabelecer prognósticos com bases científicas.

A metódica[97] sustentada por Muller, que compreende o conceito abrangente de *hermenêutica*, *interpretação*, *métodos interpretativos* e a *metodologia propriamente dita*, está atrelada a um modelo dinâmico de concretização da norma constitucional, antagonicamente à normatividade específica do positivismo legal[98] que se voltou para si sem buscar o acoplamento às ciências humanas.

Para Muller[99], a *hermenêutica* não se refere à tradicional doutrina da técnica retórica na sua aplicação à ciência jurídica, mas às condições de princípio de concretização jurídica normativamente vinculada ao Direito. A *metodologia* significa, no sentido tradicional, a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas, como, por exemplo, a gramatical ou sistêmica, o procedimento analógico e regras similares. Em contrapartida, *hermenêutica* se refere à teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos pressupostos epistemológicos e de teoria do direito da *metodologia jurídica*, e *interpretação* diz respeito à possibilidade do tratamento jurídico-filológico do texto (interpretação de textos de normas).

O ponto marcante do pensamento *mulleriano* se concentra na idéia de que uma norma jurídica é mais do que o seu texto. Norma é algo superior à interpretação do texto no sentido tradicionalmente restringido que norteou os debates dos anos 20 do século passado, na tortuosa tarefa dos doutrinadores alemães quando da teorização dos direitos fundamentais.

Para a aplicação prática ao tema ora em comento – o modelo regulatório brasileiro – impende destacar que a metódica esquadrinhada por Muller está associada à concretização do texto constitucional pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, não em menor graduação que a concretização, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

Deste modo *"onde normas constitucionais estão em jogo, a legislação, a administração pública e o governo trabalham 'em termos de metódica da Constituição', em princípio do mesmo modo como o Poder Judiciário e a pesquisa da ciência jurídica".*[100]

---

[96] Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr, no prefácio da obra de VIEHWEG. Op. cit., p. 2.
[97] Idem.
[98] O positivismo referido por Muller é o *positivismo do tratamento da norma* no tocante ao método. MULLER. Op. cit. p. 155.
[99] Idem, p. 2.
[100] Idem, p. 3.

4.4.1. A METÓDICA NA FORMATAÇÃO REGULATÓRIA BRASILEIRA

Apontada a coluna vertebral da teoria de Muller, permite-se, então, perscrutar a sua *metódica* para analisar a formatação regulatória engendrada pelos Poderes Legislativo e Executivo brasileiro, notadamente criando entidades reguladoras independentes responsáveis pela concretização de direitos fundamentais naqueles subsistemas em que a tecnicidade requer um corpo técnico e científico altamente qualificado.

Esse quadro técnico-regulatório deve deter uma pré-compreensão das questões para depurar as políticas públicas, compreender as aporias e, por fim, regular as atividades econômicas que, no seu livre exercício, freqüentemente afetam direitos e garantias individuais.

Muller denota que somente no campo pretoriano (*Bundesverfassungsgericht*), ao lado da ciência jurídica, se apresentam concepções e tendências referentes a métodos interpretativos que buscam fornecer constantes e concatenadas representações dos seus processos decisórios. Nesses casos, os fatos da vida se subsumem a norma, sob a *vontade do legislador* ou a *vontade da Constituição*.[101]

A vontade do legislador, pela teoria precursora de interpretação de Savigny, deve ser interpretada a partir da literalidade da norma (interpretação gramatical), em função do seu nexo (interpretação sistêmica), visando a finalidade (interpretação teleológica) e dos materiais legais e da história genética (interpretação histórica).[102] Nesse diapasão, só se interpreta dentro das "regras tradicionais" mais ou menos canônicas do espaço da própria lei, no seu texto.[103]

Mesmo as questões metodológicas adotadas pelo Tribunal Constitucional Alemão são criticadas por Muller, notadamente o *princípio da interpretação conforme a constituição*. Este princípio, nitidamente de berço germânico, permite uma renúncia ao formalismo jurídico - comumente adotado em nossa Corte Suprema - e às interpretações convencionais, objetivando alcançar a justiça material inserida na Teoria da Democracia. Desse modo, uma norma que não seja patentemente inconstitucional não pode ser declarada nula enquanto for viável a sua interpretação conforme a Lei Fundamental.

Sob esse valor (justiça material), essa metodologia permite maior flexibilização jurídica sempre que a norma infraconstitucional permitir diferentes meios de interpretação. Nesses casos o julgador procederá à exclusão daquelas

[101] Idem, p. 5.
[102] Idem, p. 7.
[103] Idem, p. 11.

modalidades interpretativas consideradas inconstitucionais, adotando a que torne compatível com o padrão normativo esquadrinhado na Carta Política.[104]

Por essa metodologia a Constituição é utilizada como norma material para fins de identificação de conteúdo de prescrições legais ordinárias[105], de modo que esse procedimento, na visão de Muller, acaba por ser reconhecidamente limitado pelo Tribunal Constitucional Federal. Mesmo nos casos em que a Corte rompe com o pragmatismo legalitário esta deixa de fundamentar o método adotado para tal.[106]

Sob a ótica da doutrina constitucional, Muller assevera que se opera um método que ainda não encontrou uma concepção superadora do positivismo legalista tributário de uma concepção que não pode ser mantida na prática. Se percebe, nitidamente, que são insuficientes, na práxis, as possibilidades de concretização da norma para alcançar um resultado.[107]

Mesmo a tendência atual de transformar categorias como "valor", "ordem de valor" ou "sistema de valores" em classes de concretização constitucional, e que corresponde a um retorno às regras tradicionais *savignyanas* da hermenêutica jurídica, essas categorias não foram formuladas para o Direito Constitucional.[108] A metódica jusconstitucional de Muller se traduz, portanto, em uma teoria da concretização da norma jurídica que permite representar e verificar racionalmente a relevância de critérios normativos de aferição para a decisão, a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição e a sustentabilidade da decisão.

> *"A metódica deve poder decompor os processos de elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao feed-back controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica."*[109]

Muller simboliza o teor literal de uma prescrição juspositiva como sendo apenas a "ponta do *iceberg*". A literalidade atende ao *programa da norma*, mas deixa em aberto o *âmbito da norma*. O âmbito da norma resulta dos dados extralingüísticos, estatal e social, e de um funcionamento, reconhecimento e atualidade efetiva do ordenamento constitucional diante de motivações empíricas,

---

[104] Ver, sobre esse aspecto, MOREIRA, Egon Bockmann. *O processo administrativo no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.85-86.
[105] MULLER. Op. cit., p. 12.
[106] Idem, p. 20.
[107] O Autor cita algumas teorias que buscam essa concretização, a exemplo da ponderação de valores de direitos fundamentais. Op. cit., p. 23.
[108] Idem, pp. 27-28.
[109] Idem, pp. 37-38.

isto é, de dados que mesmo que fossem desejados não poderiam ser fixados no texto da norma constitucional no sentido da garantia de sua pertinência.

O modelo regulatório brasileiro se ajusta à teoria da metódica de Muller. O Constituinte de 1988 não teria como detalhar o padrão de regulação estatal a ser adotado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Por isso os *"impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição que dela partem (...) não estão substancialmente 'presentes' no seu teor literal"*.[110]

A intervenção regulatória estatal sobre decisões e atuações empresariais inerentes à livre iniciativa, se baseia em critérios técnicos e científicos, que visam atender o interesse público, sem, contudo, deixar de ponderar os efeitos dessas decisões ao subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

> *"Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares de concretização."*[111]

Essa visão se alia ao direito consuetudinário à luz do pragmatismo, cuja qualidade jurídica é admitida mesmo não se apresentando algum texto definido como autoridade para o caso concreto. Sua vinculação é conexa à Teoria do Estado Democrático de Direito, numa, até mesmo, *praeter constitutionem*. O enfoque então que se espera de uma metódica jusconstitucional é a solução do problema; é concretizar a norma para efetivar o Estado Democrático de Direito em meio à massa de materiais de trabalhos resultantes da práxis e da ciência jurídica.

Nessa senda, além do *programa da norma* contido na literalidade que representa a ordem jurídica, o *âmbito da norma* (recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si, gerado ou não pelo direito), pertence, em idêntico nível hierárquico, à norma.[112] Isto porque ele

---

[110] Idem, p. 38.
[111] Idem, p. 39.
[112] Muller sustenta essa questão sob o argumento de que no direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um "juízo hipotético" isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada sobre a realidade. Entretanto, uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Comenta que o Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 6,pp.132,142 ss e 147 s.) repudiou a acusação de que tal procedimento decorreria de um sociologismo ou de que ele teria sucumbido a uma metódica não jurídica. Idem, pp. 43-45.

não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos; é parte integrante material da própria prescrição jurídica.[113]

De todo esse elenco de considerações da teoria *mulleriana* se concluí que a utilização, pura e simples, de métodos clássicos de interpretação para a concretização do modelo regulatório brasileiro é insuficiente para um debate acerca da sua constitucionalidade. A metódica fulcrada no *âmbito da norma*, arrastando para a própria norma os elementos da práxis, justificam a presença de Agências Reguladoras com as funções conferidas nas leis de suas criações.[114] Segundo Muller,

> *"Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regra para a tarefa de concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não se pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da 'pré-compreensão' da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir in totum de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista."*[115]

No caso da regulação de atividades econômicas, e diante das questões cotidianas plurais, em profunda mutação, não se deve perseguir no atual constitucionalismo aberto uma pré-determinação qualitativa ou quantitativa do modelo a ser seguido.[116]

O texto aprovado pelos Constituintes de 1988 "passou a ser premissa no debate político, restando sempre um permanente processo de fazê-la realidade, interpretando-a e aplicando-a com o emprego de uma teoria e metodologia também renovadas."[117]

4.5. A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E ABERTA DA REGULAÇÃO NO BRASIL À LUZ DA TEORIA DE PETER HÄBERLE

[113] Idem, pp. 42-44.
[114] "A norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo com o tipo da norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não o único da implementação dos sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma." Idem, p. 105.
[115] Idem, p. 47.
[116] Sobre a Constituição como expressão do desenvolvimento cultural de um povo, ver MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. Op. cit., p. 33-34.
[117] GUERRA FILHO. Op. cit., p. 145.

Com predomínio do papel do julgador na "filtragem" constitucional, Peter Häberle[118] apresentou uma teoria metodológica (1975) sob o ponto de vista epistemológio, voltada à sociedade aberta.

A essência dessa metódica se atém à ampliação dos intérpretes da Constituição, que inclui, além do Poder Judiciário, os cidadãos e os órgãos estatais, que passam a constituir força produtiva de interpretação, ao menos como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*) do complexo normativo constitucional.[119]

Além das teorias interpretativas jusconstitucionais idealizadas para a sociedade fechada, materializadas na indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação e sobre os seus métodos (processo e regra de interpretação), Häberle propõe um terceiro aspecto a ser enfrentado na Teoria da Constituição. Trata-se da "Constituição e a realidade constitucional".

A compatibilização da tese *häberleniana* ao padrão regulatório, disciplinado a partir do texto constitucional brasileiro de 1988, está no destaque que Häberle faz, exatamente, para a "realidade constitucional", bem como acerca de um dos principais intérpretes da Constituição: os parlamentares. A concretização legiferante da Constituição possui um diferencial qualitativo patente do juízo constitucional provocado no exercício da jurisdição.

> *"O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. (...) Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição."*[120]

Com isso, diante de um termo aberto do art. 174 da Carta de 1988 (o Estado como "agente regulador") se considera constitucional a interpretação eleita pelo Parlamento para a eleição do modelo regulatório adotado em conformação com a práxis. Essa interpretação não se subsume, apenas, ao Poder Judiciário, mas, notadamente, aos eleitos pelo povo para a definição das políticas públicas e os meios para a sua implementação.

É o que Häberle denomina de *Teoria da Legislação*, na qual se ultrapassa a fixação exclusiva da jurisdição como intérprete da Constituição aberta. "Teoria constitucional enquanto teoria da legislação deveria pesquisar

---

[118] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimp. 2002.
[119] Gilmar Ferreira Mendes esclarece esse ponto na apresentação da obra de HÄBERLE (Op. cit., pp. 9-10).
[120] HÄBERLE. Op. cit., p. 27.

(...) as peculiaridades da interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador (contemplar-se-ia, assim, a alta relevância do Direito Parlamentar).[121]

5. O MODELO MATERIAL-PROCEDIMENTAL À LUZ DA TEORIA PRINCIPIOLÓGICA DE ROBET ALEXY

Sob a mudança de paradigma do constitucionalismo brasileiro, Luís Roberto Barroso[122] denota que se busca a efetividade das normas constitucionais, fundada não só na premissa da força normativa da Carta Magna, mas, também, no desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na **sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional**.

Não se pretende, aqui, discorrer acerca dos princípios inseridos na teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Contudo, se apresenta relevante para o tema em questão um comentário acerca do enfoque dado pelo autor ao defender sua tese diante das críticas de Habermas e Böckenförde[123], e aos mecanismos de ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade.[124]

A crítica à teoria *alexyana* segue, por um lado, a alegação de Habermas de que a ponderação orientada para os fins (teleológica) conduziria a uma perda das forças dos direitos fundamentais. Isso porque, sob essa fórmula os direitos individuais poderiam ser sacrificados por uma ponderação irracional em razão de fins coletivos.

Outra crítica - a de Böckenförde - sustenta que pela teoria de Alexy os clássicos direitos fundamentais se reduziriam ao alcance de uma parte do sistema jurídico, isto é, a relação entre o Estado e o cidadão. O ordenamento jurídico, em seu conjunto, estaria contido na Constituição. Haveria falta de concretização, conforme a expressão adotada por Forsthoff: “ovo jurídico originário”. Por essa linha de pensamento, o legislador perderia toda a sua autonomia, pois sua atividade se esgotaria na mera definição daquilo que já estaria decidido na Constituição, perdendo, o processo político democrático, consideravelmente, o seu significado (haveria uma mudança da matriz legiferante do Estado para um Estado jurisdicional). O legislador, sob esse enfoque, estaria condenado a

[121] Idem, p. 54. Complementa o autor: “Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-formula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo constitucional.” Idem, pp. 54-55.
[122] BARROSO. Op. cit., p. 343.
[123] Merece destaque a obra do autor BOCKENFORDE. Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madri: Trota, 2000. Os estudos reunidos nesta obra buscam oferecer uma elaboração mais dogmática do direito constitucional a partir de um método vinculado à pretensão de validez do direito positivo mediante a reflexão com a realidade política e social.
[124] ALEXY, Robert. *Epílogos a la teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Fundacion Beneficentia et peritia iuris, 2004. O debate mais amplo do tema está refletido na obra de Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*. Granada: Editorial Comares, 2005.

somente declarar, sujeito ao o controle jurisdicional, aquilo que já havia sido decidido pela Constituição.

A resposta de Alexy às críticas polarizadas por Habermas e Böckenförde interessa ao objeto desta investigação. Alexy revisita a questão principiológica da Constituição por um viés metodológico, sob uma dicotomia entre a Constituição como *ordem marco*[125] - que se converteu em verdadeira bandeira contra a idéia de otimização - e a Constituição como *ordem fundamental*.

Como se pretende demonstrar, o debate enriquece o tema que envolve a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro, pois são avaliados métodos de concretização da Constituição pelo Legislador ordinário.

5.1. A CONSTITUIÇÃO COMO ORDEM MARCO E O MODELO PURAMENTE MATERIAL

O conceito de ordem marco, em suas concepções, é examinado por Robert Alexy sob três aspectos. A primeira concepção, denominada de *"redução liberal da Constituição"*, é sustentada por Böckenförde mediante o regresso ao entendimento dos direitos fundamentais como clássicos direitos de defesa frente ao poder estatal; a segunda (*"redução material da Constituição"*), aduzida por Hain, que defende a redução dos direitos fundamentais a um standard mínimo; e, por último, a *"redução metodológica da Constituição"*, voltada à vontade histórica do Constituínte, proposto por Jestaedt.[126]

A Constituição marco, independentemente das suas diversas concepções, parte de um ponto comum. E *"este conceito permanece idêntico em todas as concepções do marco e é, nesta medida, de caráter formal".*[127]

Sob o enfoque da relação entre a Constituição e a Legislação, Alexy observa que, na ordem marco, a Constituição não contém comandos ou proibições que restrinjam a competência do legislador. Enquanto se sujeite às prescrições constitucionais de competência, procedimento e forma, ao legislador se permite tudo (procedimento puramente procedimental da Constituição). Essa "*margem de ação*" do legislador leva à conclusão de que a Constituição não se apresenta como uma ordem material. A margem de ação do legislador é que seria ilimitada desde um ponto de vista material.[128]

Para Alexy, o modelo puramente procedimental da ordem marco é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais, pois esse padrão se sustenta na inexistência de um vínculo jurídico-material (que

[125] O tema é comentado como *moldura* por SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-118.
[126] ALEXY. *Epílogos...,* cit., p. 23.
[127] Idem, p. 24.
[128] Idem, p. 25.

se deriva dos direitos fundamentais). Se a ponderação dos direitos fundamentais não exclui nenhum resultado, diante do caso concreto, esses mesmos direitos não são capazes de trazer, ao legislador, qualquer limite e, por isso, não podem constituir um marco. A prevalecer a tese da *ordem material*, os direitos fundamentais poderiam produzir uma aparência de um marco, fazendo com que a Corte Constitucional pudesse utilizar essa circunstância para encobrir os fundamentos de suas decisões. E mais. O legislador estaria à mercê do Tribunal Constitucional, pois a este caberia sempre a última palavra na interpretação dos comandos constitucionais.

Em sentido contrário ao *modelo puramente procedimental* se encontra o *modelo puramente material* de Constituição. Nesse viés estritamente material a Constituição contém um comando ou uma proibição para a atuação do Poder Legiferante, tal qual descreveu Forsthof como o "ovo jurídico originário".[129]

Por esse vezo, se elimina toda a margem de ação legislativa, ferindo, deste modo, a própria competência decisória atribuída ao Poder legiferante, democraticamente eleito em sufrágio.

5.2. O MODELO MATERIAL-PROCEDIMENTAL DE ALEXY

Cotejando-se as vertentes procedimental e material, em que na primeira se confia tudo à discricionariedade do legislador (modelo puramente procedimental), e, na outra, não se confia nada à discricionariedade legislativa (modelo puramente material da Constituição), Alexy sustenta, em prol da garantia dos direitos fundamentais, a necessidade de uma terceira via metodológica. Nesta se identifica, na Constituição, uma discricionariedade ao Poder Legislativo em determinadas matérias, e em outras não. Esse seria o *modelo material-procedimental*.[130]

Na visão de Alexy, a ordem marco pode ser definida como aquilo que é ordenado e proibido. Naquelas questões em que a Constituição não ordena nem proíbe se confia os temas à discricionariedade do Legislador. A *ordem fundamental*, no sentido quantitativo, se apresenta como aquela em que a Constituição nada confia à discricionariedade do Legislador ("ovo jurídico originário"), ao passo que, sob o ponto de vista qualitativo, a ordem fundamental disciplina alguns assuntos fundamentais para a comunidade.

Pela teoria principiológica a Constituição deve combinar essas duas vertentes, a ordem marco e a fundamental.

Em determinadas questões, a Constituição traz comandos e proibições, formando uma verdadeira moldura; em relação a outros assuntos a Constituição confia o disciplinamento à discricionariedade legislativa, e, por fim, em determinados temas julgados relevantes e fundamentais, a Constituição já traz

[129] Idem, p. 27.
[130] Idem, p. 28.

um comando com eficácia plena, sem a necessidade de ser disciplinado pelo Poder Legislativo.

A questão posta por Alexy impele a indagação acerca da aplicabilidade dessa metodologia à estrutura principiológica dos direitos fundamentais. O caminho trilhado por Alexy analisa a questão do ponto de vista da margem de ação estrutural, isto é, a margem para a fixação dos *fins*, *meios* e para a *ponderação*. Cumpre enfrentar esses três aspectos vis a vis com o modelo regulatório brasileiro.

5.3. A MARGEM DE ELEIÇÃO DOS *FINS* DA INTERVENÇÃO REGULATÓRIA

A margem para a determinação dos *fins* se estrutura na reserva competencial aberta de intervenção legislativa ou menciona as razões para intervir, mas não determina esta ou aquela forma de intervenção. O legislador decide, por critérios de conveniência e oportunidade, se intervém em determinado direito fundamental e em razão de que *fins*, propósitos ou princípios o faz.[131]

Conjugando-se a teoria *alexyana* com o modelo regulatório brasileiro disciplinado pelo Poder Legislativo, se verifica que ao criar Agências Reguladoras independentes o Parlamento atuou discricionariamente com vistas ao alcance dos *fins* democráticos garantidos na Carta Política.

Os art. 173 e 174 da Constituição Federal definiram, expressamente, os princípios a serem observados pelo Poder Legiferante. Por esses dispositivos constitucionais, o desempenho estatal deve se concentrar nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, permitindo-se, contudo, a sua atuação direta mediante a exploração de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Esse novo papel do Estado está subsumido ao princípio da subsidiariedade, pelo qual a iniciativa privada tem primazia sobre a investida estatal, e o Estado deve abster-se de exercer qualquer atividade que compete à livre iniciativa, cabendo a este o fomento, a coordenação e a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo particular.

Com efeito, sob a responsabilidade do Estado devem permanecer as atividades indelegáveis à iniciativa privada, a exemplo da segurança, justiça, relações exteriores e polícia, assim como, em caráter subsidiário, atividades sociais, tais como educação, saúde e cultura.

Os *fins* eleitos pelo Poder Legislativo para restringir o direito individual contido no princípio da livre iniciativa (art. 170) se justifica diante da necessidade de se ponderar princípios norteadores da ordem econômica nacional por

[131] Idem, pp. 32-33.

entidades reguladoras autônomas e independentes, infensas à subordinação política inerente à característica *weberiana* da administração pública direta.

5.4. O MODELO REGULATÓRIO ELEITO PELO PODER LEGISLATIVO COMO *MEIO* PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A margem para a eleição dos *meios* se apresenta quando as regras constitucionais não só proíbem certas intervenções legislativas, como, também, traz comandos positivos para a sua execução. A questão se apresenta complexa quando da escolha do *meio* pelo Parlamento.

A decisão do legislador ordinário na *escolha do meio* depende, segundo Alexy, não só da ponderação, mas da possibilidade de identificação dos diversos meios e em que medida favorecem ou prejudicam os princípios que entram em jogo.[132]

No campo regulatório estatal brasileiro, o modelo eleito pelo Poder Legislativo, composto por entidades colegiadas, autônomas e independentes, com formação técnica e custeada pelos próprios regulados, levou em consideração experiências e aspectos empíricos de outras sociedades democráticas.[133]

Os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a Interstate Commerce Comission, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual.

A Independent Regulatory Commission é um ente estatal autônomo, dirigido por um colegiado composto por *Commissioners* eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. Desse modo, esses dirigentes só podem ser exonerados em caso de falta grave. Os mandatos dos *Commissioners* variam, sendo certo que sempre são determinados por prazos escalonados, de forma que os mandatos não sejam coincidentes. A nomeação do *Chairman*, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.

No Brasil a organização das entidades autárquicas regulatórias também se estruturou de forma que as suas decisões definitivas observem, em regra, a forma colegiada. O Conselho Diretor é composto pelo Diretor-Presidente e mais quatro Diretores, com quorum deliberativo por maioria absoluta. As nomeações desses

[132] ALEXY. *Epílogos...*, cit., p. 36.
[133] Em prol da independência regulatória das Agências, Vital Moreira aponta algumas razões, que podem ser conferidas em MOREIRA, Vital. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a "declaração de condeixa". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 01, jan./fev/mar.2003, pp. 252-253.

dirigentes pelo Presidente da República, com a aprovação pelo Senado Federal, são feitas por mandatos por prazos certos e não coincidentes, havendo impossibilidade de exoneração *ad nutum*.[134]

Somente por essas características verifica-se que o paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a *Independent Regulatory Commisssion* estadunidense.[135]

Poder-se-ia cogitar como *meio*, que a regulação permanecesse sob a competência da Administração Pública direta, isto é, dos órgãos subordinados ao Chefe do Poder Executivo. Esse meio, contudo, parece não atender aos *fins* da regulação de atividades econômicas.

Com efeito, diante do pluralismo pós-moderno se impõe uma modelagem de intervenção reguladora que deve representar o equilíbrio do subsistema regulado, mediante regras de ponderação dos interesses em espécie. A assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social pelo setor privado deverá observar determinados compromissos, tais como a continuidade e a modicidade de tarifas, justificando-se, perfeitamente, a regulação dessas atividades por meio de uma entidade estatal descentralizada, com amplas funções e conhecimento técnico sobre o setor regulado.

Ainda hoje o Poder Executivo utiliza empresas estatais como meio político para atingir metas sociais, econômicas e eleitoreiras, sem o compromisso com o indissociável equilíbrio das contas públicas.

Essa postura de alguns governantes pode ocorrer mesmo quando tais serviços sejam delegados ao setor empresarial privado, caso a regulação dessa delegação permaneça em suas mãos, ou seja, sob a tutela da Administração Pública direta. Basta que não se permita, por um simples ato executivo, o reajuste de preços e tarifas para se atingir metas inflacionárias, malgrado textos claros das normas e contratos de concessão.

Assim, entende-se que somente com a criação de Agências Reguladoras, com relativo grau de independência e autonomia, com corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, se pode propiciar um ambiente de segurança e atratividade dos investidores nacionais e estrangeiros.

Por fim, um terceiro *meio* a ser cogitado seria a regulação por autarquias sem a autonomia e independência diferenciada, isto é, a autarquia clássica cujos

---

[134] Ver ADIn 1949-RS, em que essa matéria foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Vale registrar sobre o tema que a Lei nº 9986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, padronizou a forma de escolha dos seus dirigentes.

[135] Jean-Jacques Daigre, da Universidade de Paris I (Panthéon Sorbonne) leciona que as Agências Reguladoras francesas também tiveram como paradigma as agências norte-americanas. Ombres et lumières: examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes. *In*: *Le contrôle démocratique des autorités administratives independántes à caractère économique***.** Paris: Economica, 2002, p. 5.

atos são submetidos ao Ministério responsável pelo seu controle e, consequentemente, pelo Chefe do Poder Executivo.

Esse *meio* também não se apresenta eficaz, haja vista que ao invés do cunho técnico das decisões regulatórias, o poder de revisão dessas medidas pela Administração direta acabaria por incluir um componente estritamente político-partidário, avesso aos fundamentos da regulação de atividades econômicas.[136]

5.5. A MARGEM PARA A *PONDERAÇÃO* DA REGULAÇÃO DESCENTRALIZADA

A ponderação na escolha feita pelo legislador para a concretização dos princípios constitucionais está voltada à máxima realização das garantias e direitos fundamentais em jogo. No entanto, Alexy sustenta que essa máxima realização aponta para a idéia de que no âmbito dos princípios sempre existe uma única resposta correta.

Essa máxima realização (mandato de otimização), contudo, depende das possibilidades fáticas e jurídicas a serem observadas à luz do princípio da proporcionalidade.[137]

Nesse diapasão, quando se perquire se uma medida legislativa é ponderada, se ela atende ao ponto ótimo da máxima realização dos princípios constitucionais envolvidos na disciplina ordinária, tem-se que examinar se a norma é compatível com o princípio da proporcionalidade nas suas três esferas: adequação *(Geeignetheit)*, necessidade *(Erforderlichkeit)* e proporcionalidade em sentido estrito *(Verhältnismässigkeit)*.

5.5.1. A *ADEQUAÇÃO* COMO CRITÉRIO NEGATIVO PARA AFERIÇÃO DO MEIO MENOS IDÔNEO A SER EVITADO COMO FORMATO REGULATÓRIO

Os dois primeiros sub-princípios (adequação e necessidade) devem alcançar a maior realização dos princípios de acordo com as possibilidades fáticas. O primeiro deles significa que *"a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim".*[138]

Alexy denota que a adequação da norma tem um status de critério negativo, de modo que se possa verificar que *meios* são menos idôneos.[139] O critério negativo não fixa o *meio* a ser adotado pelo legislador para a concretização das

[136] Sobre a nossa visão acerca do recurso hierárquico impróprio contras decisões finais das Agências Reguladoras, ver GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e Supervisão Ministerial, In: Poder Normativo das Agências Reguladoras. Alexandre Aragão (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006.
[137] ALEXY, *Epílogos*..., cit., p. 38.
[138] CANOTILHO. Op. cit., p. 383.
[139] ALEXY. *Epílogos*..., cit., p. 41.

normas constitucionais. Ao contrário, ele unicamente exclui outro(s) *meio*(s) não idôneos.

Desse modo, e na perseguição de um paralelo entre a teoria *alexyana* ao modelo regulatório brasileiro, é justo inferir que a Carta Política de 1988, neste aspecto, funcionou como *ordem marco*, sendo o *meio* escolhido pelo legislador ordinário adequado aos *fins* a serem perseguidos.

A assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social pelo setor privado impõe a regulação por meio de entidades estatais descentralizadas, com amplas funções e conhecimento técnico sobre os setores regulados.

Com a criação de Agências Reguladoras, com relativo grau de independência e autonomia, com corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, se pode buscar, com maior chance de êxito, um ambiente de segurança local, demonstração de maturidade política, respeitabilidade externa e atratividade dos investidores nacionais e estrangeiros.

5.5.2. A *NECESSIDADE* COMO MEDIDA PARA ALCANÇAR O MEIO MAIS SUAVE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO REGULATÓRIA

O sub-princípio da necessidade corresponde à medida que não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretenda alcançar; vale dizer: a medida só pode ser admitida quando for necessária, sendo associada à busca do "meio mais suave"[140] e ao *"direito à menor desvantagem possível".*[141] Exige-se, por esse critério, que dos *meios* igualmente idôneos seja escolhido o mais benigno ao direito fundamental afetado.[142]

Nesse vezo, o que se deve perquirir na compatibilidade do modelo regulatório brasileiro com os direitos fundamentais, à luz do sub-princípio da necessidade, é se no sopesamento entre o princípio da livre iniciativa e outros princípios de proteção dos direitos individuais (dignidade da pessoa humana, isonomia, função social da propriedade etc.) poderia ter sido escolhido um outro modelo pelo legislador ordinário que menos afetasse a livre iniciativa, sem que isso representasse custos para os direitos fundamentais dos cidadãos.

O Estado, na visão de Canotilho[143], assume hoje a forma moderna de Estado regulador de atividades econômicas essenciais, de modo que, de uma forma crescente, a própria regulação e supervisão é confiada a entidades administrativas independentes não diretamente subordinadas ao poder político governamental. A razão desta mudança, quanto à responsabilidade estatal pela regulação de atividades econômicas, não assenta apenas em premissas

[140] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 88.
[141] CANOTILHO. Op. cit., p. 268.
[142] ALEXY. *Epílogos*..., cit., p. 41.
[143] CANOTILHO. Op. cit., p. 346.

ideológicas, mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas do Estado faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado.

Por essa visão, mesmo tendo como regra a liberdade de iniciativa, em que o empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que, como e quanto produzir e por que preço vender, essa liberdade, como todas as outras, não pode ser exercida de forma absoluta. Ela deve ser mitigada.

O padrão regulatório brasileiro persegue o equilíbrio entre o Estado, o cidadão e o agente regulado, de modo que a Agência Reguladora se mantenha eqüidistante dessas três figuras.

Poderia ser cogitado um outro *meio*, como sendo menos gravoso, mediante a auto-regulação. Contudo, esse modelo consiste na regulação por esquemas organizatórios criados por meio de decisões ou acordos estabelecidos por e entre as suas organizações associativas ou representativas. Em suma, esse modo de regulação é implementado pelos próprios interessados.

Desse modo, e considerando que uma das funções das Agências Reguladoras se concentra na concretização de políticas públicas e seu poder de polícia, esse *meio* não é apropriado ao alcance dos *fins*.[144]

5.5.3. A PROPORCIONALIDADE ESTRITA NA SATISFAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A REGULAÇÃO

O terceiro aspecto a ser observado refere-se ao sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, cuja premissa consiste em que a maior otimização deve ser perseguida em relação às possibilidades jurídicas. Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.[145]

Na visão de Alexy, a técnica da ponderação se divide em três fases. No primeiro passo deve se definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. No segundo estágio se deve definir a importância da satisfação do princípio que se julga em sentido contrário. E, por fim, deve se definir se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro.

No que tange à regulação de atividades econômicas *lato sensu*, exercida atualmente em múltiplos subsistemas pelas Agências Reguladoras, a conciliação

[144] Sobre auto-regulação, direciono o leitor para a obra MOREIRA, Vital. *Auto-regulação...cit.*, p. 52, ss.
[145] ALEXY. *Epílogos*..., cit., p. 48.

e convivência harmônica entre normas (princípios ou regras) deve se concretizar na ponderação de valores e interesses envolvidos.[146]

Hodiernamente, com a patente ambivalência[147], se demonstra inviável a busca de exaustiva regulação juspositivista, isto é, por regras. A adequação da ação regulatória, em vista dos diversos interesses abrangidos e diante das circunstâncias ecléticas que se apresentam no cotidiano, exige uma flexibilidade para a sua correta apreciação e decisão.[148]

A regulação, como assinala Marcos Juruena Villela Souto, deve ser implementada por meio de uma interpretação prospectiva que deve orientar o agente regulador, ponderando custos e benefícios da ação regulatória – normativa, executiva e judicante – não só à luz dos fatos passados, mas, em especial, voltada para o impacto futuro.[149]

CONCLUSÃO

A humanidade experimentou os modelos liberal e intervencionista, sem, contudo, lograr êxito na proteção da dignidade humana. Não há, sob qualquer ângulo, como se contrapor ao fato de que o Estado Intervencionista brasileiro, nos moldes republicanos até a promulgação e alteração da Constituição Federal de 1988, faliu. Por isso se optou pelo crescimento do país sob os freios e contrapesos do neoliberalismo, inerentes aos postulados da livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

No contexto da Sociedade de Riscos, só há espaço para a concentração estatal nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, salvo nas limitadas hipóteses do "imperativo da segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo". Por isso o pluralismo pós-moderno e ambivalente exige uma modelagem de intervenção reguladora, que deve ponderar interesses e, desse modo, representar o equilíbrio dos diversos subsistemas, e entre esses e os sistemas econômico e social.

A assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social pelo setor privado impõe a regulação por meio de entidades estatais descentralizadas,

---

[146] Sobre a ponderação de interesses, ver SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.97, ss.
[147] A *ambivalência* aparece diante da impossibilidade que da execução de políticas públicas surja sempre o consenso por parte dos cidadãos. Há uma distribuição não só de benefícios, como se pretendia ao tempo do Estado de Bem-Estar Social, mas também de malefícios, como se dá, por exemplo, na construção de vias expressas ou de instalações nucleares. TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 177. Sobre o não cumprimento das "promessas da modernidade" e os aspectos da ambivalência na pós-modernidade, ver: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
[148] É na ponderação de interesses em presença que se sustenta a legitimidade das normas constitucionais, conforme expõe Konrad Hesse. Op. cit., p. 21.
[149] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 359.

com amplas funções e conhecimento técnico sobre os setores regulados. Com a criação de Agências Reguladoras, com relativo grau de independência e autonomia, com corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, se pode buscar, com maior chance de êxito, um ambiente de segurança local, demonstração de maturidade política, respeitabilidade externa e atratividade dos investidores nacionais e estrangeiros.

A Agência Reguladora, do ponto de vista de sua natureza jurídica, não constitui uma nova entidade de Direito Público. Foram criadas sob a forma de autarquias integrantes da administração pública indireta, previstas em nosso ordenamento jurídico desde 1943. O traço marcante dessas entidades autárquicas – e que constitui novidade em nosso ordenamento jurídico e carece de teorização doutrinária – está, justamente, na autonomia e independências reforçadas para promover a regulação de determinados subsistemas. Esse reforço de autonomia se justifica, em parte, pela necessidade de entidades reguladoras preparadas tecnicamente e eqüidistantes do Poder Concedente e daqueles que beneficiam da atividade regulada.

Mediante a confrontação das teorias apresentadas neste ensaio, nos parece ser constitucional o modelo regulatório brasileiro, pois o disciplinamento pelo Poder Legiferante observou as necessidades tópicas nacionais do direito administrativo contemporâneo, diante do contexto globalizado e neoliberalizante em que o Brasil se encontra inserido.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. DIREITO ADMINISTRATIVO E A NOVA HERMENÊUTICA: UMA RELEITURA DO MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-SERGIO-GUERRA.pdf >. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição

universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.