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

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 4 – novembro/dezembro de 2005/janeiro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

LIMITES À ABRANGÊNCIA E À INTENSIDADE DA REGULAÇÃO ESTATAL

Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto
Doutor em Direito Público Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Secretário Acadêmico da Sociedade Brasileira de Direito Público.

1. A reforma do Estado, no Brasil e em diversos paises ocidentais, aliada à redução da atividade estatal como agente econômico colocou-nos diante da necessidade de se construir uma teoria da regulação estatal em face da ordem econômica[1] . Teoria que não cabe mais nos institutos clássicos pelos quais nós, os administrativistas, lidávamos com o tema. Por anos, basicamente nos ativemos na discussão acerca do serviço público (e dos institutos a ele correlatos: concessão, permissão, empresas estatais, etc) ou no tema do poder de polícia sobre as atividades econômicas[2]. A regulação estatal transcende, em muito, estes dois temas.[3]

2. Esses assuntos, por óbvio, não perderam a sua relevância. Porém, o crescimento da atividade regulatória estatal, denotadora mesmo do surgimento de

---

[1] Por todos vale a lição de Gaspar ARIÑO: "*así, la liberalización y la reducción del papel del Estado productor y director de la vida económica (planificador en sentido tradicional) debe compensarse con el nuevo sentido de ´regulación para la competencia´ y para garantizar la prestación de servicios esenciales."* (cf. "*Principios de Derecho Publico Económico",* Granada, Editorial Comares, 2001, página 292).

[2] Este parece ser o entendimento do ilustre Calixto SALOMÃO FILHO para quem: "*... no sistema de direito administrativo atual, duas são as formas de regulação – a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia."* (in "*Regulação da Atividade Econômica"*, São Paulo, Malheiros, 2001, página 19).

[3] A respeito das modificações fundamentais que o modelo regulatório apresenta em relação ao passado, ver comentário de Marçal JUSTEN Filho à obra de Giandomenico MAJONE (in *"O Direito das Agências Reguladoras Independentes",* São Paulo, 2002, páginas 23 a 25).

um Estado Regulador[4] (em substituição aos modelos de Estado liberal e intervencionista que pautaram a discussão jurídica e política nas décadas de 70 e 80), nos traz a necessidade de travar uma discussão mais ampla, em torno mesmo da função reguladora do Estado. Uma discussão mais ampla do que o debate simples em torno dos seus institutos (agências, restrições à exploração de atividade econômica, regime de utilização de redes e infra-estruturas, monopólios e competição, e outros tantos que passaram a freqüentar as atenções dos que lidam com o direito público), mas com uma abordagem mais ampla, mais estrutural, voltado a entender os limites, condicionantes, fundamentos e pressupostos da atividade reguladora estatal.[5]

3. O presente texto não tem a pretensão, por óbvio, de formular uma teoria.[6] Propõe-se porém a dar uma pequena contribuição na sua formulação. Objetiva entender quais são os limites (decorrentes da ordem jurídico-constitucional) para o exercício dessa função estatal. Se antes cabia discutir quais os limites para o Estado (mediante empresas públicas, sociedades de economia mista, monopólios ou regimes de exclusividade) assumir diretamente a exploração de atividades econômicas, agora cabe indagar até onde pode ir o poder público na imposição ou no manejo de regimes regulatórios específicos sobre setores da economia.[7] O móvel do presente excerto, portanto, gira em torno das seguintes indagações: a regulação estatal da economia encontra limites na Constituição (que, de resto, prevê expressamente essa função) ? Se existem tais limites, como eles atuam no sentido de balizar esta atividade estatal ?

4. Para tentar responder estas questões o texto se organizará da seguinte maneira: inicialmente ***(i)*** abordarei, a título de introdução, os contornos da atividade estatal de regulação econômica; na seqüência ***(ii)*** analisarei os fundamentos constitucionais para esta atividade; feito isso ***(iii)*** abordarei o primeiro princípio balizador da regulação estatal, o princípio da subsidiaridade; na seqüência, ***(iv***) abordarei o segundo destes princípios, a proporcionalidade; no final ***(v)*** concluirei abordando a forma de controle destes princípios sobre a regulação.

5. Sendo a proposta do presente artigo introduzir algumas linhas para a reflexão dos estudiosos em torno da construção de uma teoria da regulação

---

[4] Sobre isso ver meu "*Regulação Estatal e Interesses Públicos",* São Paulo, Malheiros, 2002, páginas 182 e seguintes.

[5] Para uma crítica ao debate sobre regulação nos Estados Unidos e na Europa ver Tony PROSSER, *"Theorising Utility Regulation",* in *"The Modern Law Review Limited"*, 1999, páginas 196 a 217.

[6] No campo da teorização acerca do Estado Regulador destaca-se a obra de Giandomenico MAJONE: *"Lo Stato Regolatore",* Bologna, Saggi, 2000.

[7] Em um sentido um pouco diferente, Tony PROSSER, ao cogitar o abandono da pretensão da elaboração de uma teoria da regulação, propõe o retorno ao direito constitucional como alternativa que viabilizaria a subordinação da atividade reguladora a princípios constitucionais. Escreve o autor: *"It has been suggested above that we abandon any pretence that a distinctive body of regulatory theory can be developed at this level; instead the better approach is simply to treat regulation as a sub-branch of government and so to return to political and constitutional theory. This will prove useful n two aspects. The first is in setting substantive principles which should underlie regulation (...) the regulatory space should be seen as operating within a set of boundary constitutional principes"*.(op. cit, páginas 213 e 214).

amoldada ao sistema jurídico brasileiro[8], não me preocuparei nem em robustecer doutrinariamente meu raciocínio, nem em exemplificar com casos práticos cada assertiva feita. Um e outro recurso só será utilizado quando necessário, procurando não retirar do texto o seu caráter eminentemente ensaístico.

I. A REGULAÇÃO ESTATAL EM FACE DA ECONOMIA

6. Em oportunidade recente[9], pude expor meu entendimento no sentido de que a regulação estatal compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo). Filio-me àquele segundo sentido dentre os três indicados por Vital MOREIRA[10], ademais aquele mais freqüente na doutrina. Nesta acepção, o conceito de regulação designa "*toda a intervenção do Estado no comportamento económico das empresas privadas, ficando de fora a participação directa do Estado na própria actividade económica.*"[11].

6.1. É dizer, toda a atividade do poder público no campo da economia que não implique nem na assunção da exploração direta de atividade econômica por ente estatal mesmo que em regime de mercado. A regulação estatal[12] é, pois, uma forma de intervenção do poder público sobre o campo da economia, onde em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. Porém, trata-se de uma intervenção indireta, não demandante da assunção da exploração da atividade diretamente pelo poder público. Apesar de indireta (sem interdição

[8] Não desconheço da existência, no direito americano, de uma exuberante e madura teoria da regulação. O que chamo a atenção é para a necessidade de se construir uma teoria da regulação estatal num país como o Brasil, a qual certamente há de ser diferente do legado americano. A uma, porquanto necessário amolda-la às peculiaridades do nosso sistema jurídico (herdeiro do direito continental e não da commom law) e da configuração do nosso Estado (legatário, impossível negar, do patrimonialismo). A duas porque não se há de equiparar as finalidades e fundamentos da regulação estatal num país periférico e profundamente desigual àquelas que moldaram a teoria da regulação no mais desenvolvido país do mundo.

[9] Ver meu "*Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: A Importância da Independência do Regulador",* in Celso CAMPILONGO, Jean Paul Cabral VEIGA DA ROCHA e Paulo Todescan Lessa MATTOS, "*Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro"*, São Paulo, Max Limonad, 2002, página 96.

[10] Vital MOREIRA, "*Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública*", Coimbra, Almedina, 1997, página 34. Como bem divisado pelo autor português, existem três grandes linhas de concepções sobre o conceito de regulação: "*(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na atividade económica, equivalendo portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo."* (grafia original)

[11] Idem, ibid, página 35.

[12] Doravante me permito utilizar apenas o termo regulação como sinônimo da regulação estatal. Os fenômenos e processos de auto-regulação ou de regulação autônoma não integram o núcleo de preocupação do presente artigo. Se for me referir a estes processos de regulação não estatal, autonômica, utilizarei-me, então, da devida adjetivação. Quando recorrer apenas ao conceito de regulação estarei me referindo à regulação da economia exercida por ente estatal, no manejo do poder extroverso (exercício da autoridade).

absoluta da atividade à iniciativa privada, nem exploração por ente estatal), a incidência da regulação, como de resto toda manifestação do poder extroverso, envolve alguma restrição à liberdade individual[13].

6.2. De resto, a concepção por mim adotada de regulação se distancia também da visão restrita dada ao conceito por parte da doutrina americana. Força da tradição da atividade regulatória naquele país, assaz freqüente é se identificar por regulação apenas a restrição e o controle exercido pelo poder público sobre setores específicos da economia. Neste sentido, na doutrina americana é freqüente se associar o gênero (regulação) à espécie (regulação setorial sobre setores específicos tidos entre nós como serviços públicos – v.g. telecomunicações, energia, gás, etc.). Daí porque não separo, ao tratar da regulação estatal da economia, a regulação setorial (que pode recair sobre serviços públicos ou atividades econômicas específicas) da regulação geral (onde insiro o antitruste e a defesa do consumidor)[14].

7. À idéia de regulação subjaz, necessariamente, a idéia de sistema.[15] A regulação exercida pelo Estado pressupõe ou o sistema econômico como um todo (e, nele, os valores da defesa da concorrência e dos direitos do consumidor)[16], ou a identificação de um subsistema econômico, correspondente a um elo da cadeia econômica ou uma determinada indústria (e, dentro destes subsistemas, os valores que justificam a incidência regulatória como, por exemplo, o uso racional de um bem escasso, objetivos de políticas públicas específicas, hiposuficiências sociais e econômicas, etc.)[17].

7.1. A regulação pressupõe o ambiente sistêmico porquanto a lógica regulatória persegue o equilíbrio dentro do sistema regulado. O poder público maneja os instrumentos regulatórios de modo a permitir a preservação e a reprodução do sistema (ou, se quisermos, sub-sistema) regulado, de modo a assegurar a permanência do equilíbrio intra-sistêmico e, eventualmente, a

---

[13] Cf. Carlos Ari SUNDFELD, "*Fundamentos de Direito Público",* São Paulo, Malheiros, 2ª edição, 1996.

[14] Cf. meu "*Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: A importância da Independência do Regulador",* cit.

[15] A teoria da Autopoiese é um importante ambiente de discussão dos limites substantivos da regulação estatal, na medida em que questiona a própria capacidade regulatória da lei diante da lógica do sistema econômico. Sobre isso e sobre a proposta do direito reflexivo como alternativa capaz de promover a regulação ver PROSSER, op. cit., páginas 209 a 213 e especialmente os trabalhos de G. TEUBNER: *"Substantive and Reflexive Elements in Modern Law",* in *"Law and Society Review",* página 239, 1983; De GRUYTER, *"Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", in "Juridication of the Social Spheres",* Berlin, 1987 e seu livro *"Law as an Autopoietic System",* Oxford, Blackwell, 1993.

[16] Sobre o tema ver Fábio Konder COMPARATO, "*A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico"*, in RCGE, Porto Alegre, Ano 6, nº 14, páginas 81 e seguintes.

[17] Em linha um pouco diferente, Marcos Juruena Vilela SOUTO assevera que "a *regulação deve ser considerada sob três aspectos, a saber, a regulação de monopólios, em relação aos quais deve ser minimizadas as forças de mercado através do controles sobre os preços e a qualidade do serviço; regulação para a competição, para viabilziar a sua existência e continuidade; e regulação social, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental."* (cf. "*Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*", Rio de Janeiro, Lumem Júris, 2001, página 438).

consecução de objetivos de interesse geral (metas de políticas públicas) que se queira ver atingidos no âmbito sistêmico. Embora só esse tema já justificasse um ensaio[18], tenho para comigo que a regulação estatal não envolve apenas um caráter passivo, de preservação das condições de reprodução da ordem econômica vigente (correção das falhas de mercado). No contexto jurídico-institucional de países como o Brasil, a regulação econômica (geral ou setorial) envolve necessariamente a perseguição de objetivos de interesse público, traduzidos em *inputs* extra-sistêmicos que são a um só tempo impostos pelo poder público (via políticas públicas) e filtrados e absorvidos por ele (via atividade regulatória)[19].

7.2. Sirvo-me aqui, outra vez, da contribuição de Vital MOREIRA cujo conceito operacional de regulação nos permite entender por atividade regulatória "*o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos*"[20]. Portanto, temos que a regulação estatal em face da economia envolve ***(i)*** alguma forma de intervenção estatal sobre o domínio da liberdade de iniciativa; ***(ii)*** ação estatal esta que não se resume ao estabelecimento de regras, mas envolve ações concretas para implementação das pautas normativas; ***(iii)*** os objetivos da regulação estatal não se resumem à preservação dos mercados, mas compreendem o atingimento de objetivos de interesse público para os quais se faça necessária alguma coordenação ou condução do processo econômico.

II. A REGULAÇÃO ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

8. O texto da Constituição de 1988 contemplou a função estatal de regulação da economia. Fê-lo de forma dispersa ao longo do Capítulo da Ordem Econômica, mas deixou-a expressamente consignada no artigo 174 ao estabelecer que o Estado exerce o papel de agente normativo e regulador da

---

[18] Segundo Vital MOREIRA: *"A doutrina tradicional quanto à explicação da regulação pública da economia divide-se em duas vertentes: a) a teoria do interesse público, segundo a qual a intervenção econômica do Estado se deve à necessidade de corrigir falhas do mercado, de modo a satisfazer certos interesses públicos, a saber, a concorrência, a proteção dos consumidores, o ambiente, a competitividade externa, etc.; b) a teoria segundo a qual a regulação é um meio de proteger as atividade reguladas, no sentido de restringir a concorrência excessiva, de as defender contra actividades concorrentes, etc.",* op. cit., página 41.

[19] É o que ocorre, a título de exemplo, com as metas de universalização estabelecidas pelo Estado para setores de interesse econômico geral sujeitos à regulação setorial. Nestes casos compete ao poder público precisar quais as metas que quer ver implementadas num dado setor (formulando políticas públicas setoriais tendentes a reduzir desigualdades regionais, econômicas ou sociais). Uma vez estabelecidas estas metas, compete ao agente da regulação engendrar os meios para implanta-las, calibrando a competição, manejando a política tarifária, regulando uma maior ou menor abertura de redes, entre outros recursos regulatórios. Sobre o tema, recorrer a Diogo R. COUTINHO, "*Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização do Serviço Público no Brasil",* in José Eduardo FARIA (org.), "*Regulação, Direito e Democracia"*, São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, páginas 67 a 94.

[20] Vital MOREIRA, op. cit., página 34.

atividade econômica[21]. Tenho claro, portanto, que o constituinte atribuiu ao poder público um papel de regulador da ordem econômica, papel este que não se limita à atividade meramente normativa (pois que senão inexistiria razão para o texto diferençar entre a função normativa e a reguladora).[22]

9. Para além da referência específica à função regulatória, a Constituição contempla várias outras referências a aspectos da atividade regulatória estatal. Já no *caput* artigo 170, ao enumerar os fundamentos da ordem econômica, o texto previu um complexo equilíbrio entre o princípio vetorial da livre iniciativa, de um lado, e os objetivos da valorização do trabalho humano, da existência digna e da justiça social, de outro (a oposição aqui indicada decorre do fato de que a livre iniciativa, levada às últimas conseqüências, pensada pelo ângulo do individualismo extremo, prescinde da busca de objetivos de ordem coletiva). Quando vamos aos princípios enumerados nos incisos deste artigo 170, vermos ladeados princípios de reserva à intervenção estatal (campo da liberdade) como a propriedade privada (inciso II) e a livre concorrência (inciso IV, este também já por si demandante de alguma intervenção estatal, ainda que não necessariamente redistributiva), com princípios inalcançáveis sem alguma intervenção de caráter distributivo tais como a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) ou a busca do pleno emprego (inciso VIII). Essa tensão, para mim, predica não uma contradição no texto constitucional, mas uma opção do constituinte pela atuação – confinada e conformada, como veremos adiante -- reguladora estatal, a qual, sem prescindir do campo da liberdade econômica (livre iniciativa), justifica uma intervenção reguladora apta a ***(i)*** assegurar as condições de permanência da liberdade econômica (assegurar a livre concorrência) e ***(ii)*** implementar objetivos de interesse geral (redução das desigualdades, etc). Temos aqui também um viés fortalecedor da atividade regulatória estatal.

10. Em dois outros pontos do texto constitucional encontramos disposições que, a meu ver, respaldam a atividade regulatória. Um é o disposto no Parágrafo único do artigo 170[23], quando ao tratar de restrições à liberdade de exploração de atividade econômica a Constituição admite que a lei excetue o regime de liberdade de empresa mediante a exigência de prévia autorização para exploração de atividade econômica[24]. Outro está no artigo 175 da CF[25], onde se

---

[21] É o texto: "***Artigo 174.*** *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."*

[22] Nesse sentido vale recorrer novamente à lição de Vital MOREIRA: *"É certo que, em princípio, toda a acção estadual sobre a economia privada há de pressupor uma norma prévia (lei, regulamento), mas as medidas de execução concreta dessa norma é que dão espessura ao correspondente regime de regulação."* (op. cit., página 36).

[23] O texto constitucional é o seguinte: "***Parágrafo único.*** *É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."*

[24] A restrição de acesso à exploração de atividade econômica é um importante mecanismo de regulação econômica, particularmente de regulação setorial. Primeiro, porque restringe o número de agentes aptos a atuar numa determinada indústria, delimitando um nexo de sujeição regulatória. Depois porque ao faze-lo condiciona esta licença ao atendimento de determinadas condições que, presume-se, sejam necessárias à consecução das finalidades perseguidas pela regulação.

[25] É o texto: "***Artigo 175.***

prevê o regime de serviço público ao qual devem se submeter algumas atividades, hipótese ensejadora de uma forte incidência regulatória. Em ambos os casos é inerente à locução constitucional a atribuição ao poder público de funções regulatórias da economia, seja em caráter mais brando e residual (o que ocorre no caso das atividades em regime privado para a exploração das quais se exige autorização prévia e sujeição do agente econômico a algumas regras e condições), seja em regime de forte regulação (como ocorre nas atividades reservadas ao regime de serviço público, onde as restrições de acesso convivem com outras restrições de ordem tarifária, de titularidade de bens, condições de prestação, etc).

10.1. Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas (em sentido estrito) há alguma incidência de regulação estatal. O que irá variar é a profundidade e a intensidade da carga regulatória. Porém, mesmo na menos condicionada das atividades econômicas – onde vicejar a liberdade de empresa e não houver nenhuma incidência de regulação estatal – haverá, residual e reativamente, alguma incidência de regulação estatal seja no âmbito da proteção à concorrência (intervenção das autoridades antitruste), seja no âmbito da proteção ambiental, seja ainda no tocante à defesa do consumidor.

11. Em suma, a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência admite infinitos matizes. Variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos).[26] Variará de abrangência e de intensidade, conforme se houver, respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica) e agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador, sopesando em cada momento, o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação).[27]

12. O problema que se põe, então, é o móvel do presente trabalho. Em que medida o ordenamento constitucional predica já balizas para nortear a adequada abrangência e intensidade da regulação estatal? Em que medida estará conforme

---

[26] Recentemente assistimos uma grande discussão sobre a compatibilidade ou não, no sistema financeiro, de funções regulatórias setoriais e funções regulatórias gerais. Trata-se do chamado Caso Finasa, no qual estavam em conflito a competência setorial do BACEN e a competência do CADE de defender a concorrência no sistema econômico como um todo. A questão é tema de livro organizado por Celso CAMPILONGO, Jean Paul Cabral VEIGA DA ROCHA e Paulo Todescan Lessa MATTOS, "*Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*", já citado anteriormente.

[27] A polêmica em torno das competências do regulador e do legislador envolve a complicada questão da Democracia, mais precisamente, a questão da legitimidade democrática da atuação dos reguladores independentes. A esse respeito ver Paulo Todescan MATOS, "*Agências Reguladoras e Democracia: Participação Pública e Legitimidade".* Paper de conclusão do Programa de Formação de Quadros Profissionais do CEBRAP, 2002. Ainda sobre isso, Tony PROSSER rebate a tese segundo a qual os objetivos sociais da regulação devem ser determinados pelo governo e não pelos reguladores. Para PROSSER, o argumento da democracia é inconvincente para justificar uma separação estrita entre objetivos sociais e econômicos."(obra citada, página 199).

à Constituição o alargamento desmedido das competências regulatórias estatais de modo a que se multipliquem indefinidamente os setores da economia sujeitos a aparatos regulatórios estatais? Como se pode, à luz da Constituição se controlar, materialmente, a atividade regulatória de modo a aferir se ela se coaduna com os limites da ponderação e da reserva da economia ao ditame da livre iniciativa?

12.1. Estas perguntas se põem extremamente relevantes na medida em que, embora entendendo que a regulação envolve as modalidades de intervenção não direta do Estado no domínio econômico, não se pode descurar que via regulação se pode restringir drasticamente o campo da atuação do particular no domínio econômico. Muita vez os instrumentos de regulação estatal exercem uma restrição à liberdade empresarial igual ou superior mesmo àquela perpetrada pela assunção direta pelo Estado da exploração de uma atividade econômica. A incidência de mecanismos de regulação estatal não é neutra em face do setor regulado. Ao manejar competências reguladoras, o Estado arbitra interesses, interfere no jogo econômico, contribui para reordenar a competição[28]. Age interferindo muita vez não só no setor diretamente visado pela regulação, mas nas demais etapas da cadeia produtiva. Isso é inerente ao seu papel de regulador da economia. Porém, este fato obriga a que a regulação estatal esteja adstrita a limites, sem os quais poder-se-ia paulatinamente erradicar o princípio da liberdade de iniciativa que, para além de ser basilar à ordem econômica (artigo 170, *caput,* da Constituição), foi eleito pelo constituinte como princípio fundamental da República (cf. artigo 1º, IV, da CF).

13. Há, como já delineado acima, dois vetores de limitação à atividade regulatória estatal.

13.1. No eixo horizontal, temos que lobrigar os limites à **abrangência da regulação estatal**. É dizer, há que se verificar se existem limites àqueles setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência regulatória direta e específica (porquanto, já asseverei, de forma ampla, toda a atividade econômica está sujeita, em maior ou menor grau, à regulação geral da economia, variando ai também apenas a intensidade e profundidade da incidência regulatória). Ou seja, trata-se de saber se existem limites, impostos mesmo ao legislador, para que se edifique um arcabouço regulatório incidente sobre uma atividade, indústria ou setor econômico. Embora raramente feito nestes termos, esse debate está presente na discussão em torno dos conceitos formalista ou material (essencialista) de serviço público. Enquanto uma linha mais conceitual, formalista, entendia – e segue entendendo – que será serviço público toda atividade econômica que o legislador tenha por bem definir enquanto tal[29], uma outra vertente doutrinária entende que essa liberdade do legislador está

[28] Ver a esse respeito, ainda que com um enfoque um pouco diverso, Theodor J. LOWI, "*Distribution, Regulation, Redistribution: The Functions of Government",* in RIPLEY, R. I *"Public Politicies and Their Policities"*, W. W. Norton & Company, New York, 1966.

[29] Para essa, entre todos os outros, ver Maria Sylvia Zanella DI PIETRO para quem "*serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."* (cf. "*Direito Administrativo",* São Paulo, Atlas, 2001, página 98).

submetida à préexistência de uma essência de interesse público, a uma relevância social justificadora do regime excepcional[30], do regime de serviço público. Por traz desta discussão, cujo aprofundamento descabe aqui, está de certo modo posto o debate acerca dos limites da abrangência da regulação estatal, mesmo que dilargados por obra do legislador.

13.2. No eixo vertical, cumpre analisar quais são os lindes constitucionais para o exercício das competências regulatórias. Trata-se de ver, portanto, se existem **restrições à intensidade e profundidade da regulação.** Já pude dizer que a atividade regulatória é o domínio da prudência e não da querença. É falsa a idéia de que, por serem as competências regulatórias em regras contempladas em leis pouco precisas, genéricas e por vezes vagas, correspondam à atividade regulatória grandes margens de *subjetividade do regulador*.[31] Ainda que corresponda à regulação alguma margem de discricionariedade quanto ao momento da ação ou ao instrumento regulatório a utilizar, creio que a atividade reguladora (como espécie de função pública) está adstrita à dupla incidência de limites e princípios. De um lado, sujeita-se à axiologia dos princípios da Administração Pública (cf. artigo 37, *caput,* da CF). De outro, mais diretamente, submetem-se aos princípios explícitos ou implícitos dimanados da estruturação da ordem econômica na Constituição.

14. Em suma, a atividade regulatória não pode, entre nós, ser tomada como livre de peias constitucionais. Para mim, dois princípios básicos dão (obviamente sem excluir a incidência de outros princípios, como visto acima) os contornos dessa limitação. No eixo horizontal (abrangência), a limitação é ditada predominantemente pelo **princípio da subsidiariedade**. Já no eixo vertical (intensidade e profundidade) tenho comigo que as balizas mais fortes são dadas pelo **princípio da proporcionalidade**[32]. A respaldar a função de um e outro destes princípios está a seguinte construção: a regulação estatal embora, como demonstrei, esteja expressamente admitida na Constituição, constitui circunstância excepcional, excludente da regra matriz de liberdade de iniciativa.[33]

---

[30] Sobre isso diz Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: *"a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade em dado tempo histórico."* (cf. *"Curso de Direito Administrativo"*, São Paulo, Malheiros, 2001, página 599).

[31] Sobre o debate acerca da discricionariedade na regulação ver Linda R. HIRSHMAN, "*Post Modern Jurisprudence and The Problem of Administrative Discretion", in "Northwestern University Law Review*", 1998. De acordo com a autora: "*unlikethe public choice activists, post-modern theorists draw backfrom using the blunt instrumental of judicial review for enforcing conformity to na abstract idea of the public weal. Post-modern theorists advocate more delicate tools: statutory construction with an eye to public regarding legislative purposes, advancing public-regardingdebate in the legisltures and agencies, requiring rigorous procedural regularity in the legislative process even applyying the much maligned canons of construction".*

[32] A relação de complementariedade entre estes dois princípios é já indicada por CANOTILHO (cf. J. J. Gomes CANOTILHO, "*Direito Constitucional*", Coimbra, Almedina, 5ª edição, página 366).

[33] Como ensina Marcos Juruena VILLELA SOUTO, a liberdade de iniciativa, enquanto regra para a atividade econômica, faz parte da própria noção de Estado regulador: "*O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de*

Para justificar essa exceção, haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derrogar, parcialmente, o princípio da livre iniciativa. Apenas a presença (a conseqüente demonstração) dessa finalidade pública, essa razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da regulação. Somente diante dessas finalidades é que se pode fechar a equação posta pela constituição, calibrando liberdade de empresa com regulação econômica. Vejamos os contornos destes dois princípios.

III. OS LIMITES HORIZONTAIS: PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

15. A referência ao princípio da subsidiariedade encontra referências já no direito canônico[34]. São várias as suas aplicações, as quais envolvem desde lastro à explicitação da teoria da tripartição entre os poderes, passam pela justificação da estrutura federativa e atingem, no ponto que aqui interessa, os contornos da intervenção estatal em face da sociedade. Como assevera BARACHO[35] "*A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, como princípio de Direito constitucional, aparece na organização administrativa do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração.*"

16. O pressuposto filosófico subjacente ao princípio da subsidiariedade é a suposição de que as instituições sociais prescindem do Estado para resolver a maior parte dos problemas advindos do convívio social. Ou seja, os corpos sociais não seriam em absoluto hiposuficientes. Neste quadrante a necessidade de intervenção estatal, para dirimir os conflitos e para escoimar as questões não resolvidas pelos próprios corpos sociais, seria residual, excepcional e só eficiente para situações-limite (aquelas para as quais não se põe possível, num dado

---

atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares." ("*Direito Administrativo Regulatório",* Rio de Janeiro, Editora Lumesn Juris, 2002, páginas 31 e 32).

[34] "*O advento do princípio da subsidiariedade, noticiado nas Encíclicas Papais, assim como nos estudos de Aristóteles, São Tomás de Aquino e Althusius, nos dá conta de sua importância histórica. Desde épocas remotas, a atuação exclusivista do Estado vem gerando inquietações e ao mesmo tempo apontando para uma degeneração da qualidade da prestação oferecida*." (cf. Diana Helena de Cássia Guedes Mármora ZAINAGHI, "*O Princípio da Subsidiariedade",* in "*Revista de Direito Constitucional e Internacional*", volume 33, página 125). Para um panorama da evolução histórica do princípio ver Fernando Pimentel CINTRA, "*O Princípio da Subsidiariedade no Direito Administrativo*", Dissertação de Mestrado no Departamento de Direito do Estado da FADUSP, São Paulo, 1993, mimeo, páginas 16 a 29.

[35] Cf. José Alfredo de Oliveira BARACHO, "*O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Revolução",* in RDA, volume 200, abril a junho de 1995, página 54.

momento histórico, o equacionamento pela ação dos indivíduos, isoladamente ou reunidos em organizações não estatais)[36].

16.1. Nessa linha de entendimento, o manejo da autoridade estatal só se põe aceitável, porquanto necessária, na medida em que uma finalidade de interesse geral[37] (tanto a dirimição de um conflito, como a promoção do bem comum) não seja alcançável autonomamente pelas instituições sociais. Por certo, é através deste raciocínio que se permite divisar as fronteiras entre a atuação do Estado (necessária, mas não necessariamente pretendida) e o campo de liberdade e autonomia dos indivíduos (entendido como um bem em si).

17. O princípio da subsidiariedade guarda íntima relação com um princípio fundante do direito público, o princípio da autoridade que pressupõe já uma decodificação jurídica (legislativa) para a subsidiariedade[38]. Porém, a subsidiariedade (sem deixar de ser um princípio do direito público) atinge mesmo à etapa anterior. Por força de tal princípio nem mesmo o legislador poderia impor restrições, condicionamentos ou sujeições aos particulares (decorrentes de competências atribuídas ao poder público) com vistas ao atingimento de fim que possa ser alcançado pelos próprios entes sociais, sem atuação estatal.

17.1. Vale notar que a subsidiaridade tem foros de princípio geral de direito. Ela limita não só a ação da autoridade estatal (o manejo das competências dos agentes públicos) e não apenas a incidência de normas de direito público estatuidoras de sujeições, condicionamentos, sacrifícios ou limitações de direitos dos particulares. Ela serve mesmo como freio para o campo de jurisdicização da vida social pela imposição de normas de direito privado. "*A subsidiariedade é aplicável à dualidade dos regimes jurídicos, sem prejudicar, de qualquer maneira, a discussão que procura saber o que é subsidiário, um em relação ao outro*"[39].

18. É que a idéia de subsidiariedade pressupõe a idéia de autonomia. Autonomia esta que pode se referir aos corpos sociais, às unidades federativas, à empresa ou mesmo ao indivíduo.[40] Estes entes autônomos reuniriam a condição

---

[36] Ataliba NOGUEIRA obtempera que o Estado "*deve ir em socorro da atividade privada, quando [esta] se mostra insuficiente para obter os bens espirituais e corporais, etc. Deve pois o Estado, dentro dos limites da ordem jurídica que lhe incumbe tutelar, procurar bens de todo gênero, que se requerem para que possam os indivíduos, por si, realizar a sua prosperidade privada, na prática da vida honesta. A atividade do Estado é meramente supletiva".* (apud Fernando Pimentel CINTRA, cit., página 96).

[37] "*... pode-se dizer que a subsidiariedade está na essência do interesse público. A busca do interesse público exige que o Estado proporcione a todos os membros da sociedade a ajuda de que carecem para cumprir com responsabilidade suas próprias missões, Ajuda e responsabilidade são pois duas palavras chaves para se evitar tanto o coletivismo como o liberalismo.*" (cf. Fernando Pimentel CINTRA, op. cit., página 96).

[38] Na dicção sempre acertada de Carlos Ari SUNDFELD "*... o Estado não exerce a autoridade pública sempre, em qualquer situação, ou na medida em que o quiser. Exerce-a se, quando e na proporção em que esta lhe tenha sido conferida pela ordem jurídica."* (cf. "*Fundamentos de Direito Público*", cit., página 150).

[39] Cf. José Alfredo de Oliveira BARACHO, "*O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Revolução",* cit., página 36.

[40] Nesse sentido *"o princípio da subsidiariedade aparece como princípio político de organização social, que discute a relação entre indivíduo, sociedade e poder público, de modo a*

para perseguir seus próprios interesses e objetivos e, neste percurso, realizar as finalidades da sociedade. Apenas nas situações em que isso não se fizesse possível, predica a subsidiariedade, estaria justificada a ação estatal para suprir, complementar ou reforçar a ação autonômica. Daí por que ensinar BARACHO que o princípio da subsidiariedade, em sua acepção mais significativa, compreende simultaneamente as idéia de supletividade, compreendendo os significados de *complementariedade e suplementariedade*[41].

19. A abrangência do princípio da subsidiariedade é simples. Não cabe ao Estado concentrar toda a decisão social.[42] A ação estatal só será justificável na medida em que os organismos autônomos sejam incapazes de atender às necessidades sociais. O princípio vale igualmente no ambiente federativo (onde haveria uma subsidiariedade do poder central para suplementar ou complementar as omissões ou insuficiências do poder local), como vale no ambiente econômico (onde sobrexiste um caráter de supletividade na intervenção estatal sobre o domínio privado – primado da liberdade). Novamente socorro-me da lição de BARACHO para quem "o *princípio de subsidiariedade aplica-se em numerosos domínios, seja no administrativo ou no econômico. Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade.*"[43]

20. Uma vez tendo a ordem constitucional elegido a liberdade de iniciativa como princípio vetorial, automaticamente resta a intervenção estatal (direta ou indireta) cingida pelo princípio da subsidiariedade. "*Não há dúvida de que o princípio da subsidiariedade regula a intervenção do Estado na Economia. Sendo esta uma atividade essencialmente privada, o Estado, cuja função é buscar o bem comum e da justiça distributiva, não tem a competência originária de atuação. Se ele deve corrigir distorções e para tanto intervir, isto deve ser feito em nome do bem comum e da justiça distributiva em não em razão da maior ou menor eficácia das sociedades inferiores. A função subsidiária do Estado em meteria econômica é uma ´função autêntica e natural´ e não simplesmente uma ´fórmula pragmática´. Em outros termos, a subsidiariedade é intrínseca à função do Estado em matéria econômica.*"[44]

---

responder à indagação sobre que tipo de tarefas competem ao Poder Público sem invadir a esfera de autonomia própria dos indivíduos e das organizações sociais intermediárias" (Marcos Juruena VILLELA SOUTO, op. cit., página 33).

[41] Cf. José Alfredo de Oliveira BARACHO, "*O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Revolução",* Rio de Janeiro, Forense, 1996, página 36.

[42] Entretanto, é válida a observação de Juan Martin GONZÁLES MORAES exposta por VILLELA: *"A tradução concreta da subsidiariedade vai variar no tempo e no espaço, porque cada sociedade tem sempre o poder de alterar a repartição de competências entre o público e o privado, conforme necessidades contingentes (...)."* (op. cit., página 33).

[43] José Alfredo de Oliveira BARACHO, "*O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução"*, cit., página 37.

[44] Fernando Pimentel CINTRA, op. cit., página 71.

21. A atuação estatal sobre o domínio econômico há de ser residual. Isso não a faz desnecessária ou dispensável. Ela é imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicas ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial, etc). Apenas existindo uma e outra situação é que se fará cogitável a ação estatal sobre o domínio econômico. As mesmas peias genéricas que se põem para a atuação estatal direta na economia, existem para restringir a atuação regulatória no domínio econômico.

22. Note-se, porém, que no entendimento aqui esposado não estou a estender o princípio da subsidiariedade de modo a só admitir a intervenção regulatória estatal nas situações em que um mercado se revele deficiente. Para a linha aqui exposta, a regulação é justificada (e, portanto, conforme ao princípio da subsidiariedade) caso hajam objetivos de interesse público que o mercado, no seu livre devir, não lograria alcançar.

23. Segue daí sustentar que o princípio da subsidiariedade (na sua aplicação sobre o terreno econômico) oferece o primeiro limite à regulação estatal. Trata-se de um limite à abrangência da atuação regulatória. Melhor explicando, o princípio da subsidiariedade oferece um parâmetro para se aferir se é legítima ou não a submissão de um determinado campo da economia à incidência regulatória específica. Vital MOREIRA bem coloca este entendimento, sustentando que a regra geral é que os indivíduos (ou os agentes privados) se auto-regulem, calibrando autonomamente dentro de cada sistema seus interesses. Nas situações em que isso não se faz possível é que passa a se justificar a regulação estatal. Assevera ele com perfeição que "*A auto-regulação só não deve prevalecer quando ela se revele uma solução deficiente ou ineficiente. Trata-se de uma perspectiva par a qual a auto-regulação é directamente tributária do princípio da subsidiariedade como princípio limitador das tarefas do Estado.*"[45]

24. E, note-se, que o princípio da subsidiariedade operará no sentido de limitar a regulação estatal não só quando exercida pelo regulador mediante atos administrativos. O princípio – daí por que entendo que ele oferece limites à própria abrangência da regulação – opera mesmo limitando a própria prerrogativa do legislador de constituir campos de incidência específica de regulação estatal quando isto não seja absolutamente sustentável ao lume dos critérios acima expostos. Mais uma vez é Vital MOREIRA pertinente ao asseverar que "*na teoria da regulação jurídica o princípio da subsidiariedade significa fundamentalmente o ´princípio da subsidiariedade legislativa´, implicando uma postura de autoconcentração ou de auto-restrição legislativa do Estado e de devolução de poderes regulatórios para estruturas não estaduais de auto-regulação.*"[46]

---

[45] Vital MOREIRA, "*A Auto-Regulação Profissional",* Coimbra, Almedina, 1997, página 97.

[46] Vital MOREIRA, op. cit., página 98.

25. Portanto, o princípio da subsidiariedade – implicitamente albergado na Constituição como acima indicado – predica que apenas se fará possível o estabelecimento de uma incidência regulatória estatal sobre um campo da economia se nele existirem valores ou interesses públicos cuja proteção ou promoção não possa prescindir da atuação estatal. Para o estabelecimento desta regulação – mesmo que por manifestação legislativa – não bastará uma decisão de poder. Há que existir razões e fundamentos aptos a justificar a restrição à liberdade de iniciativa (algo inerente à atividade regulatória estatal), razões estas que deverão estar lastreadas no interesse geral da coletividade. Sem isso, o ato ou a lei padecerão de vício de motivo, de falha em um requisito material essencial, padecendo assim de inconstitucionalidade.

IV. OS LIMITES VERTICAIS: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

26. O princípio da proporcionalidade[47], como idéia subjacente ao Direito Administrativo, surge muito antes de sua positivação. Ele emerge no momento em que se passa a limitar e condicionar o poder exorbitante (desvinculado da pessoa do soberano e albergado na personificação jurídica do Estado), subordinando-o ao Direito. Ele guarda enorme vinculação com o princípio da finalidade[48] que, como sabemos, obriga que o manejo do poder exorbitante: i) decorra da necessidade de concretização de uma finalidade de interesse público; ii) dê-se nos estritos lindes do necessário para concreção desta finalidade[49].

26.1. Não é por outra razão que CANOTILHO relaciona a criação do princípio da proporcionalidade com a teoria do desvio de poder (ou desvio de finalidade), entendida como a invalidação do ato administrativo por ser este praticado para atingir finalidade diversa ou exorbitante àquela predicada em lei[50].

---

[47] Não desconheço a controvérsia em torno da utilização do termo *"princípio"* para designar o objeto dessa parte do texto. Com efeito, o uso do termo "princípio" para tratar da proporcionalidade pode ser incorreto se adotado o prisma da teoria de Robert ALEXY, que contrapõe regras e princípios jurídicos. Sobre isso ver; Humberto Bergman ÁVILA, *"A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade",* in RDA 215, 1999, páginas 153 a 179. Feita esta ressalva, no presente ensaio optarei pela utilização da terminologia já consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileira.

[48] Na pertinente construção de Ruy Cirne LIMA: *"Estão os negócios públicos vinculados, por essa forma, não ao arbítrio do Executivo, mas à finalidade impessoal, no caso, pública, que este deve procurar realizar. (...) Preside, destarte, ao desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo, não o arbítrio que se funda na força, mas a necessidade que decorre da racional persecução de um fim".* (in "*Princípios de Direito Administrativo*", Editora Globo, Porto Alegre, 2ª edição, 1939, página 21).

[49] Nos dizeres de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o princípio da finalidade *"impõe que o administrador, ao manejar competências postas a seu cargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual." ("Curso de Direito Administrativo",* São Paulo, Malheiros, 13ª edição, página 78).

[50] *"A instituição da dimensão material do princípio não é nova como atrás se acentuou. Já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na idéia britânica de reasonableness, no conceito prussiano de Verhältnismässigkeit, na figura de détournement du pouvoir em França e na categoria italiana do eccesso di potere."* (in "*Direito Constitucional*", Coimbra, Almedina, 5ª edição, página 268).

26.2. A relação entre estes princípios é certa e se coloca numa ordem seqüencial. Da mesma forma que não se admitiria o manejo da autoridade (poder exorbitante - estatal) de forma a discrepar das finalidades justificadoras da atribuição específica desta (competência), também poder-se-ia extrair uma regra geral no sentido de que a restrição à liberdade, ditada pela afirmação legal da autoridade, não poderia ser maior do que o quantum necessário ao atingimento da finalidade justificadora da restrição. Na precisa construção de CANOTILHO "*o princípio da proporcionalidade dizia privativamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual*"[51]. Daí já a noção genérica e até certo ponto fluida de proporcionalidade no exercício do poder pelo Estado.

27. Embora patente a relação histórica entre princípio da proporcionalidade (como idéia central à noção de limitação e condicionamento do poder exorbitante) e da adstrição da Administração ao princípio da finalidade e à legalidade, aquele princípio vai demorar mais para se introduzir como regra vinculante no direito administrativo. Inicialmente, o princípio da proporcionalidade erige-se como mecanismo de proteção do indivíduo em face do poder de sanção estatal, encontrando firme guarida no campo do direito penal[52].

27.1. Impulso forte na afirmação do princípio foi a sua introdução como pauta constitucional por parte do Tribunal Constitucional alemão. Na jurisprudência daquela Corte, o princípio da proporcionalidade passa a ser elevado à condição de norma constitucional não estrita[53] e, portanto, assume o condão de ser crivo de inconstitucionalidade de lei ou norma infra-legal.

27.2. O princípio da proporcionalidade, ademais, guarda relação com as duas matrizes centrais do direito ocidental. Tem relação com a *rule of reasonableness* da tradição dos países da Common Law[54], bem como se difundiu nos diversos ordenamentos do direito europeu continental, como bem demonstra CANOTILHO[55] no que designa, genericamente, de "princípio da proibição do excesso".

28. Para o quanto aqui nos interessa – a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da atividade regulatória estatal – é bem de ver que o princípio da proporcionalidade se afirma como um importante elemento limitador do poder de polícia. "*Na verdade o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Neste sentido, ele tem sido utilizado no Direito Comparado, e, mais recentemente, também no Brasil, como poderosa*

---

[51] In "*Direito Constitucional*", página 266.

[52] Ver neste sentido Suzana de Toledo BARROS, *"O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos",* Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

[53] Ver Gilmar Ferreira MENDES, *"Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos"*, São Paulo, Saraiva, 1990, página 43.

[54] Para um aprofundamento sobre a evolução do princípio da proporcionalidade, sob o prisma da razoabilidade e do devido processo legal substantivo, no direito americano ver o percuciente estudo de Daniel SARMENTO, *"A Ponderação de Interesses na Constituição Federal",* Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2002, páginas 81 a 87.

[55] Op. cit., página 267.

ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça."[56]

29. No que toca ao controle do poder de policia, o núcleo do princípio da proporcionalidade acaba por oferecer duas ordens de condicionamento ao exercício do poder extroverso. De um lado, prediz que o exercício do poder de polícia, entendido como intervenção na seara de direitos dos particulares, só deverá se dar quando necessário para concretização de interesses públicos. De outro, que tal intervenção, ditada pelo manejo do poder de polícia, deverá ser mensurada no limite mínimo do necessário. Essa dupla ordem de condicionantes acaba por ditar um critério de balanço, de equilíbrio, entre os ônus impostos ao particular e os bônus auferidos pela coletividade (titular do interesse público perseguido pelo manejo do poder de polícia). Ferido esse equilíbrio, desbalanceada a equação em desfavor do particular, restará ferido o princípio da proporcionalidade[57].

29.1. Da sua aplicação original no direito administrativo ligada ao condicionamento do poder de polícia, o princípio da proporcionalidade se expande para tornar-se um princípio vinculante de toda a atividade administrativa. Este princípio, nos dizeres de Adilson DALLARI e Sérgio FERRAZ, "*veda a desproporção entre os meios utilizados para a obtenção de determinados fins. Pode-se dizer, com segurança, que por força do princípio da proporcionalidade, não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada*."[58]

30. Alguma discussão tem havido na doutrina em torno da delimitação ou da relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Enquanto Eros GRAU entende que o princípio da razoabilidade seja uma das vertentes do princípio da proporcionalidade[59] e Odete MEDAUAR sustenta que "*parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o princípio da razoabilidade*"[60], Celso Antonio vai em sentido contrário afirmando que "*o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade*"[61].

31. De minha parte, entendo que são dois princípios de dimensão distinta, embora ligados a um princípio maior, único e angular. Tanto proporcionalidade quanto razoabilidade prendem-se ao já antes referido princípio da autoridade pelo qual ao mesmo tempo que se admite a restrição dos direitos individuais em prol

---

[56] Daniel SARMENTO, op. cit., página 77.

[57] Se desbalanceado ao contrário (ou seja, se o manejo do poder for insuficiente ao cumprimento do interesse público) estaríamos diante de violação dos princípios da função, do interesse público ou da eficiência. Mas isso refoge ao âmbito do presente trabalho.

[58] Sergio FERRAZ e Adilson DALLARI, *"Processo Administrativo",* São Paulo, Malheiros, 2001, página 64.

[59] Eros Roberto GRAU, *"Crítica da Discricionariedade e Reestruturação da Legalidade",* in Carmem Lúcia Antunes ROCHA (org), *"Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Seabra Fagundes*", Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

[60] Odete MEDAUAR, "*Direito Administrativo Moderno*", São Paulo, RT, 3ª edição, 1999, página 147.

[61] Celso Antônio BANDERIA DE MELLO, *"Curso..."*, cit., página 81.

dos interesses públicos, exige que o manejo do poder extroverso seja adequado e compatível com a necessária implementação destes interesses e conforme com a ordem jurídica.

31.1. Têm, porém, dimensão distinta na medida em que a razoabilidade se liga à adstrição da atividade estatal a um nexo lógico, ao juízo de plausibilidade em si. Trata-se, portanto, de uma restrição ao excesso em face da lei e em face dos standards genericamente admitidos pela comunidade num dado momento. O princípio da razoabilidade veda, pois, que se exerça o poder estatal ferindo o senso comum do que seria aceitável, plausível, em si, à luz dos juízos de valor cogentes entre os cidadãos.

31.2. Já o princípio da proporcionalidade diz respeito à vedação do manejo da autoridade estatal de forma não equânime, não cingida ao equilíbrio entre benefício e restrição. É, pois, um princípio muito mais relacional do que preso a um senso comum de razoabilidade. Envolve sempre a mensuração ou entre o benefício para o interesse público em face da restrição para a propriedade privada, ou entre uma e outra medida à disposição do poder público, obrigando sempre a escolha da medida menos gravosa ao indivíduo sujeito ao poder estatal. Ou seja, embora sempre o cotejo inerente à auferição do respeito ao princípio da proporcionalidade implique em um juízo racional (em busca do equilíbrio, do razoável), a proporcionalidade se difere da razoabilidade pois algo só poderá ser desproporcional em relação a outra alternativa possível, enquanto algo será irrazoável em si.

32. Somente se poderá subsumir um princípio a outro se alargamos o sentido de cada qual. Em assim não o fazendo, o princípio da proporcionalidade dirá com a restrição de se impor aos indivíduos restrições, sujeições, obrigações, ônus ou condicionamentos desbalanceados ou então maiores do que o estritamente necessário à consecução do interesse público no caso concreto. O princípio da razoabilidade, por seu turno, dirá com a atuação estatal que seja inconsentânea com a lógica do razoável, ao senso comum de normalidade, àquilo que Celso Antônio designa por "*senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidem a outorga da competência exercida*"[62].

33. Na jurisprudência de nossa Suprema Corte colhemos tanto decisões que homenageiam o princípio da razoabilidade[63] quanto da proporcionalidade como critério para aferição da constitucionalidade de leis.[64] Em voto paradigmático, datado de 1976, o Ministro Rodrigues Alckmin deixava consignado: *"quatro princípios regem este fazer [da regulamentação policial]: 1º) a limitação deve ser justificada; 2º) o meio utilizado, isto é, a quantidade e o modo da medida, deve ser adequado ao fim desejado; 3º) o meio e o fim utilizados devem manifestar-se proporcionalmente; 4º) todas as medidas devem ser*

[62] Op. cit., página 79.

[63] Ver neste sentido o brilhante voto do Ministro Marco Aurélio na Adin nº 1521-4 – RS (in DJ de 17 de março de 2000).

[64] Para uma análise crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF, ver Luis Virgílio AFONSO DA SILVA, "*O Proporcional e o Razoável",* in Revista dos Tribunais 798, 2002, páginas 23 a 50.

limitadas. A razoabilidade se expressa com a justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas que se sancionem."[65]

34. Em dissertação de Mestrado, recém defendida na Universidade Federal do Paraná, Marcel Queiroz LINHARES expõe a estrutura do princípio da proporcionalidade[66]. Servindo-se da sistematização de CANOTILHO, afirma o jovem autor que a estrutura do princípio pode ser desdobrada nos subprincípios "*da adequação (Geeignetheit), necessidade ou exigibilidade (Einforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit)"*.[67]

34.1. Para CANOTILHO, segundo o prisma de conformidade, a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.

34.2. Já pela exigibilidade ou necessidade (apresentada como a "menor exigência possível") impõe que se determine sempre, ao manejar as competências legislativas ou materiais, o poder público tenha certo que não há modo menos oneroso para o cidadão, para alcançar aquele interesse público, que não aquele selecionado[68].

34.3. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito predica a auferição da justa medida, a necessária ponderação entre meios e fins "de modo a se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. (...) Trata-se de pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins."[69]

35. Em brilhante voto recentemente proferido em julgamento do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência CADE, o Conselheiro Ronaldo Porto MACEDO JR. obtemperou que "*o princípio da proporcionalidade de certo modo condiciona o exercício das funções legislativa, executiva e judicial, visando impedir abusos, excessos ou interpretações desarrazoadas que possam violar os direitos constitucionalmente consagrados*".[70]

---

[65] *Apud* Gilmar Ferreira MENDES, *"A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*", in "*Repertório IOB de Jurisprudência",* São Paulo, IOB, volume 23, 1ª quinzena de dezembro de 1994, páginas 475 a 479.

[66] Cf. *"O Princípio da Proporcionalidade na Regulação Econômica",* Mimeo, UFPR, Dissertação de Mestrado defendida perante banca presidida pelo Professor Marçal Justen Filho e integrada por mim e pela Professora Ângela Cássia Costaldello, em 28 de junho de 2002, página 51.

[67] Essa tentativa de racionalização da aplicação dos princípios visando à manutenção da proporcionalidade foi desenvolvida por Robert ALEXY, em sua obra "*Teoria de los Derechos Fundamentales".* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[68] Note-se que nesta acepção particular os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade se aproximam, porém sem se confundir. É que enquanto a proporcionalidade diz respeito à imprescindibilidade no sentido de modo menos oneroso para alcançar o interesse público, a subsidiariedade se põe no cotejo do benefício da ação estatal em face da impossibilidade deste objetivo ser atingido pela própria ação autônoma dos agentes sujeitos à autoridade estatal.

[69] Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, "*Direito Constitucional*", cit., p. 270.

[70] Cf. voto no Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, Representante Messer Grieshem do Brasil Ltda.; Representada White Martins.

36. É fato que o princípio da proporcionalidade (assim como o da razoabilidade) vincula a atividade estatal tanto na função judicante, como na legislativa (onde se difundiu a ponto de alçar à condição, como vimos, de princípio constitucional não expresso) e especialmente na atividade administrativa (com destaque para o manejo do poder de polícia). Como já vimos, a proporcionalidade e a razoabilidade se prestam a limitar o manejo do poder extroverso (poder estatal) em qualquer de suas acepções.[71]

37. Do mesmo modo, a proporcionalidade serve tanto como critério hermenêutico (balizando a interpretação autêntica ou não, conforme ou não, das normas), como critério de condicionamento prévio das condutas do agente público. Ou seja, o princípio serve como crivo para o controle tanto da competência normativa (edição de atos de alcance geral, leis ou regulamentos), quanto da competência material (prática de atos de efeitos concretos). Devem observância ao princípio todos que manejam o poder extroverso, tanto o legislador, quanto o administrador.

37.1. Nesta toada importa dizer que, embora a doutrina e a jurisprudência aceitem que o princípio da proporcionalidade seja critério para se aferir a constitucionalidade das leis (proporcionalidade aplicada à função legislativa), o critério de proporcionalidade não se confunde com a subsidiariedade legislativa acima referida. É que, a meu ver, ambos os princípios podem servir de parâmetro de controle da manifestação legislativa. Porém, a subsidiariedade se coloca no crivo da opção do legislador por regular uma área da atividade humana (incidência regulatória), enquanto a proporcionalidade dirá com o modo e a forma com que incide tal regulação (intensidade da função reguladora prevista na lei de competências).

38. Por tudo isso tenho comigo que o princípio da proporcionalidade é central e fundamental quando estamos diante do exercício da atividade regulatória estatal. De um lado, porque se trata de atividade estatal que implica, por definição, em alguma restrição do princípio de liberdade de iniciativa[72]. De

---

[71] Nesse ponto cabe a observação de Luís Virgílio AFONSO DA SILVA (op. cit., página 27): *"Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento para omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais".* Embora trata-se de empreendimento ainda incipiente no Brasil, na medida em que os esforços para a construção de um teoria brasileira da regulação produzam resultados maduros, a questão da utilização do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência tende a se fazer presente. Por ora, basta a observação.

[72] Marcel Queiroz LINHARES ensina: "*a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos no âmbito do direito econômico permite desde logo apontar que: a) por imposição do sub-princípio da adequação, as medidas restritivas da liberdade dos agentes econômicos devem ser apropriadas ao atingimento dos objetivos sociais almejados.Em outras palavras, o meio restritivo deve ser adequado aos fins pretendidos; b) em decorrência do sub-princípio da necessidade, a regulação adotada deve ser aquela que, dentre as medidas igualmente adequadas à realização da finalidade pública, promova a menor restrição à liberdade econômica e c) em função da exigência da proporcionalidade em sentido estrito, a regulação levada a efeito deve produzir restrições ao mercado que se manifestem como equilibradas em face das vantagens obtidas. Isto equivale a dizer que o benefício coletivo alcançado pela medida*

outro, porque a regulação, especialmente quando exercida por agências independentes, envolve a transferência de significativos poderes a um só órgão, obrigando o conseqüente reforço no condicionamento e adstrição aos princípios limitadores do poder extroverso.

39. Como sói, então, o princípio da proporcionalidade deverá ser observado pelos órgãos incumbidos de exercer regulação estatal quer esta se manifeste no âmbito dos procedimentos normativos (de modo a não prever restrições infra-legais de caráter geral que exorbitem o quanto necessário à consecução das finalidades públicas justificadoras da regulação); quer no âmbito do poder sancionador (onde revelar-se-á em sua plenitude, tal qual ocorre no direito penal, não só na avaliação da punibilidade, mas também na dosimetria da pena); quer no exercício do poder de polícia ínsito à atividade regulatória (predicando que as restrições e condicionamentos típicos do poder de polícia deverão observar os traços de necessidade e adequação acima divisados).

40. Ademais, tratando-se de regulação setorial (espécie dentro do gênero regulação econômica), o princípio da proporcionalidade há de ser observado nos procedimentos para outorga de direitos de exploração de atividades sujeitas a restrição de acesso. Neste caso o princípio da proporcionalidade se manifestará tanto na avaliação acerca da necessidade e adequação à restrição de acesso à exploração de uma dada atividade econômica em sentido amplo (atividade econômica em regime privado – sentido estrito – ou serviço público), como na ponderação e moderação dos ônus e condicionantes que se venham a impor ou exigir do particular como condição de acesso à exploração da atividade.

41. Sempre que, no estabelecimento destas regras ou condições o agente incumbido da regulação extrapole, o ato (concreto ou geral, abstrato) pecará por ferir o princípio da proporcionalidade, padecendo de inconstitucionalidade ou ilegalidade. O regulador manejará suas competências regulatórias em excesso, insista-se, quer editando norma que não observe parâmetros justificáveis de adequação e necessidade das restrições, quer atuando, em concreto, sem atenção à devida ponderação entre os ônus impostos ao regulado e os bônus que, potencialmente, este venha a obter com a observância das pautas regulatórias.

42. Serve, portanto, o princípio da proporcionalidade como um segundo importante crivo de aferição da adequação da atividade regulatória. Através dele se pode aferir se uma determinada manifestação regulatória se deu com a intensidade adequada. Isso porque, mesmo num setor onde se verifiquem as condições justificadora da abrangência regulatória, poderá o regulador atuar regulando desmedidamente o setor ou praticando atos inconciliáveis com a proporcionalidade (impondo uma restrição incompatível com o benefício coletivo, atribuindo um ônus desproporcional ao bônus granjeado ou ainda sancionando um conduta de forma exacerbada). Nestas oportunidades ainda que aceitável a regulação (à luz do princípio da subsidiariedade), o manejo da competência do

---

deve ser superior ou, quando menos, equivalente aos malefícios ensejados pela restrição dela decorrente.”, op. cit., páginas 116 e 117.

regulador estará condenado por desatender a devida e obrigatória proporcionalidade.

V. CONCLUSÃO

43. Parece-me fora de dúvidas a importância de se controlar o exercício da atividade regulatória estatal. Não que a incidência da regulação seja um mal em si. Muito ao contrário, entendo ser ela necessária para que a ordem econômica se dirija às suas finalidades constitucionais. Porém, não podemos olvidar do fato de que pelo manejo das competências regulatórias pode-se ter duas distorções. Primeiro porque pela via regulatória se pode obter um controle indireto tão grande da iniciativa econômica que reste esvaziado, e portanto contrariado, o princípio da liberdade de empresa. Segundo porque, como acima dissemos, a regulação não é neutra. Ela arbitra vencedores e perdedores na medida em que, para atingir um dado interesse público, o regulador sempre estará homenageando interesses privados específicos. Nada de ilegítimo há nisso. Porém, estes processos têm um custo que não pode ser exacerbado sob pena de nulificar os benefícios buscados pela regulação.

44. Tanto a abrangência quanto a intensidade da atividade regulatória hão se ser sempre balizadas pela prudência e pela parcimônia. Inclusive para não esvaecer a contundência e a eficácia do remédio. Neste sentido, os dois princípios aqui enfocados fornecem importantes ferramentas para, antes, balizar a ação regulatória estatal e, após, controlar a sua conformidade com a Constituição. No primeiro caso, eles constituem uma pauta de conduta para os reguladores (no cenário legislativo ou nos órgãos de regulação). No segundo, revelam-se com instrumentos para o controle jurisdicional da atividade regulatória estatal.

45. Resta saber se a principal arena onde deverá se dar este processo de controle, o Judiciário, estará apetrechado cultural e instrumentalmente para mais este desafio. O tempo dirá.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível