

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ECONÔMICO

Alexandre Santos de Aragão*

I – Introdução. II – Panorama do Ordenamento Jurídico Brasileiro. III – Proporcionalidade dos Mecanismos de Regulação Econômica. IV – Princípios do Direito Econômico derivados do Princípio Geral da Proporcionalidade. V – Os Aspectos Comissivos da Proporcionalidade. VI – Princípio da Proporcionalidade e “Supremacia do Interesse Público”. VII – A Proporcionalidade e as Relações de Sujeição Especial. VIII – As Agências Reguladoras como Manifestação do Princípio da Proporcionalidade. IX – Proporcionalidade e Serviços Públicos. X – Proporcionalidade e os Monopólios Estatais. XI – Proporcionalidade e Atividades Privadas de Interesse Público. XII – Proporcionalidade e Atividades Privadas Sujeitas ao Poder de Polícia. XIII – Conclusões.

I – INTRODUÇÃO

As regulações estatais da economia são dotadas de grande multifacetariedade. O seu dinamismo e a forma com que os mais diversos instrumentos de regulação e intervenção do Estado se sucederam ao longo do tempo não foi um processo substitutivo, mas acumulativo.

Em outras palavras, o surgimento de novos mecanismos regulatórios da economia em cada fase da história político-econômica do Estado não causou o fim dos instrumentos característicos das fases anteriores, com os quais passaram a conviver e mesmo a se mesclar¹.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor contratado de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor da Pós-graduação em Direito Econômico Internacional da PUC/RJ. Membro das Comissões de Direito Administrativo e de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Aluno Especial da Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade do Estado de São Paulo – USP.

¹ Com a eloquência que lhe é peculiar, GASPAR ARIÑO ORTIZ afirma que “as novas finalidades estatais, sem se substituírem às anteriores, a elas se superpuseram, constituindo-se hoje como sucessivos estratos superpostos na atuação do Estado”. (*Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 242).

É assim que o corporativismo do feudalismo, o patrimonialismo e os privilégios regalianos do Estado absolutista continuam a existir, naturalmente não com a mesma intensidade, nos dias de hoje. Basta vermos, por exemplo, a autonomia das universidades e das entidades desportivas asseguradas em nossa Constituição Federal (arts. 207 e 217, I, respectivamente) e as várias atividades econômicas e bens monopolizados pelo Estado (arts. 20, 176 e 177).

O mesmo se diga do poder de polícia, surgido no Estado liberal-burguês, mas que, malgrado as grandes mudanças pelas quais vem passando, persiste como um dos principais instrumentos de conformação das atividades econômicas privadas ao interesse público.

A concessão de serviços públicos, advinda da necessidade do Estado liberal-burguês regular as atividades econômicas com intensidade superior à que o simples poder de polícia então lhe permitia, não apenas subsiste, como tem aumentado a sua importância em função da desestatização dos serviços públicos. A concessão dos serviços desestatizados fez com que o instituto readquirisse o seu caráter inicial, pelo qual não significa uma real intenção do Estado assumir a atividade como sua, mas apenas a de regulamentá-la com maior intensidade.²

A exploração direta de atividade econômica pelo Estado, crescente desde o surgimento do Estado Democrático de Direito no início do século XX, apesar de encontrar-se em declínio, subsiste e é muito difícil que, pelo menos em algumas áreas e com algumas flexibilizações, o Estado se retire totalmente de todas as atividades econômicas que gere *de per se*.

2 Expondo o surgimento das concessões como conciliação entre os dogmas liberais não-intervencionistas e a necessidade do Estado regular com maior intensidade novas atividades (ferrovias, gás, telefonia, eletricidade, etc.), de complexidade técnica e de tendências monopolizadoras até então desconhecidas, o Catedrático da Universidade Autónoma de Madrid, Gaspar Ariño Ortíz, afirmou que *"a tensão entre a urgência de satisfazer as novas necessidades públicas – exigências de uma sociedade progressivamente urbana e industrial – e as concepções ideológicas liberais imperantes será resolvida mediante um mecanismo genial: a concessão administrativa. Na concessão, o Estado encontrará uma fórmula que lhe permitirá compatibilizar uma e outra postura; de uma parte, se entenderá que o Estado é titular de tais atividades; o dominus dos serviços públicos; de outra, se entenderá que o Estado não deve geri-los diretamente e se valerá da concessão como fórmula-ponte que lhe permite dirigir sem gerir. A concessão se configurará assim como uma transferência de funções e tarefas cuja titularidade corresponde primariamente ao Estado, atividades que não eram intrinsecamente públicas, que não faziam parte das finalidades históricas do Estado, de seus fins essenciais, mas que acabaram sendo "publicizadas" (ob. cit., pp. 483-84)*

São as relações da regulação estatal da economia em suas diversas modalidades com o Princípio da Proporcionalidade que constituem o objeto do presente ensaio.

Como têm elevado conteúdo político-ideológico, as diferentes formas de regulação estatal são altamente variáveis em cada Direito Positivo, tanto espacialmente como temporalmente. Isso impõe que a análise a ser realizada, apesar de delas não poder em absoluto prescindir, tome com cautela os ensinamentos da doutrina estrangeira³ e os conceitos formulados em outras circunstâncias jurídicas, políticas e ideológicas.

Cabe, neste sentido, trazer à baila a advertência de CARLOS ARI SUNDFELD de que a Constituição Federal não dá uma disciplina acabada para os diversos serviços públicos e atividades econômicas do Estado, deixando ao Legislador um campo bastante largo de conformação. Sendo assim, o estudo da matéria deve mais ter em vista a "legislação de regência" de cada uma destas atividades do que *"recorrer-se acriticamente de lições doutrinárias (umas, velhíssimas e desatualizadas; outras, copiadas sem reflexão de livros estrangeiros, muitas vezes mal-lidos; algumas ditadas por vinculações econômicas, partidárias ou pessoais), tentando encaixá-las à força na realidade, sem o menor respeito ao Direito Positivo vigente"*.⁴

Com efeito, se em alguns casos a Constituição predetermina o instrumento regulatório a ser adotado (por exemplo, define no art. 21, X a XII, algumas atividades que devem ser prestadas como serviços públicos), em outros deixa largo espaço ao Legislador para definir mais concretamente o seu perfil e a escolha por esta ou aquela modalidade regulatória. Em ambos os casos, todavia, o Legislador não tem liberdade absoluta, devendo se pautar por todas as normas da Constituição, notadamente pelo Princípio da Proporcionalidade.

3 Afirmando a importância e utilidade do emprego do Direito Administrativo comparado, o Mestre Eduardo García de Enterría observa que, apesar de devermos partir do nosso próprio Direito, o Direito Comparado não constitui "disciplina de adorno", *"mas um considerável instrumento de formação de um jurista completo e maneira, muitas vezes indispensável, de ampliação das perspectivas do próprio Direito, para enfrentar um determinado problema análogo a problemas conhecidos em outros Direitos, rompendo 'ciclos de racionalidade' ou de apequenação de soluções disponíveis, inércias doutrinárias ou jurisprudenciais, menos-prezados de valores jurídicos substanciais de consistência."* (Prefácio à obra *La participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, de Juan José Lavilla Rubira, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 18.

4 *"A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações"*, na obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada pelo próprio Carlos Ari Sunfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 318.

Iniciaremos, destarte, com a colocação do panorama constitucional em que a regulação da economia se desenvolve entre nós. Como conseqüência, exploraremos a maneira com que o Princípio da Proporcionalidade – em seus aspectos negativos/omissivos e positivos/comissivos – e os princípios dele oriundos devem inspirar as escolhas públicas por esta ou aquela modalidade regulatória e a intensidade com que cada uma delas deve ser desempenhada. Colocados os balizamentos teóricos, adentraremos em algumas aplicações do Princípio da Proporcionalidade na seara econômica.

II – PANORAMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Brasileira, como constituição compromissória, não poderia deixar de refletir o persistente conflito entre público e privado; entre o livre caminhar da economia e a intervenção estatal; entre os interesses individuais e os coletivos.

Tanto é assim que as reformas que sucederam à promulgação da Constituição de 1988 tiveram como um dos seus principais focos justamente o Direito Econômico.⁵ Vejamos, portanto, como este se encontra balizado constitucionalmente.

Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público⁶ e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas. Os serviços públicos são atividades econômicas qualificadas como tal, qualificação esta que visa a permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia.

5 As reformas à Constituição de 1988 não chegaram a alterar a classificação das diversas modalidades de regulação estatal da economia, atribuindo, contudo, maior relevo a algumas em detrimento de outras, sem retirar do Texto Maior qualquer uma delas. Em sua maior parte, as reformas permitiram que determinados serviços públicos, que só podiam ser prestados indiretamente por empresas da Administração Indireta, passassem a ser prestados por delegatários privados.

6 Naturalmente que não estão incluídas em nosso conceito de serviço público as funções públicas soberanas, indelegáveis, como a defesa nacional, a tributação, etc. (Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 11ª ed., 1999, pp. 473/4). Seguindo a melhor doutrina, nosso conceito também não contempla “as atividades que não correspondam a uma específica prestação aos usuários, como por exemplo, as obras públicas” (Elio Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milão, 2000, p. 605).

É desta forma que EROS ROBERTO GRAU considera que a Constituição brasileira de 1988 subdividiu a atividade econômica *lato sensu* em serviço público e atividade econômica *stricto sensu*.⁷ Tanto é assim que o art. 175, que disciplina a prestação dos serviços públicos pelo próprio Estado ou por concessionários e permissionários privados, está contido no Capítulo destinado aos “princípios gerais da atividade econômica”.

A Constituição também prevê no art. 21 a prestação de serviços públicos pela União, mas, desta feita, não apenas diretamente, por concessão ou por permissão, mas também mediante autorização: art. 21, incisos X (postal e correio), XI (telecomunicações) e XII, “a” a “f” (serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres) e XIII (nucleares).⁸

Estes são os serviços expressamente nomeados pela Constituição, que também os estabelece implicitamente ao fixar a competência subsidiária dos Estados-membros no art. 25, § 1º (por exemplo, os serviços de transporte intermunicipal), e ao prever a competência dos Municípios para prestar os serviços públicos de interesse local (art. 30, V). Questão controversa, a ser abordada mais adiante, é saber se é possível a criação pelo Legislador de serviços públicos não previstos constitucionalmente.

Os princípios das atividades econômicas fixados no art. 170 devem inspirar a exploração de todas as atividades econômicas, sejam elas serviços públicos ou atividades econômicas *stricto sensu*.

Em relação à atividade econômica *stricto sensu*, a Constituição estabelece o monopólio em favor da União (arts. 20, 176 e 177) de uma série de bens e atividades a eles correlatas, com destaque para os bens minerais, inclusive o petróleo e seus derivados.

7 Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 4ª ed., 1998, pp. 137/9. Alguns autores utilizam a expressão “serviços públicos econômicos” ou “industriais” para denominar as atividades econômicas *stricto sensu* exploradas pelo Estado (v.g. *Droit Public et Vie Économique*, PUF, Paris, 1949, p. 136). Preferimos, no entanto, não fazer uso destas expressões para não misturar os conceitos de atividade econômica (em sentido estrito) explorada pelo Estado e os serviços públicos propriamente ditos.

8 Também o art. 25, § 2º, que prevê o serviço público de distribuição de gás canalizado. Há também competência comum para a prestação dos serviços públicos de assistência social e de educação (arts. 23, II, e 211).

A exploração pelo Estado de outras atividades econômicas *stricto sensu*, isto é, além daquelas que são objeto de monopólio, é permitida apenas em regime de concorrência com a iniciativa privada e desde que seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo (art. 173).

Vige para estas atividades o princípio da liberdade de iniciativa, observadas as regras de polícia econômica geral que as conforme aos princípios e valores fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º) e aos princípios setoriais da ordem econômica (art. 170), exigida, quando for o caso, autorização prévia para o seu exercício (art. 170, parágrafo único).

Estes são, em apertada síntese, os dispositivos que regem cada uma das modalidades regulatórias que veremos mais adiante: serviços públicos (art. 175), atividades econômicas monopolizadas (arts. 176 e 177), atividades econômicas de interesse público (art. 170, parágrafo único) e atividades econômicas sujeitas ao poder de polícia (art. 170, que, malgrado a sua aplicação a todas as atividades econômicas, constitui também o fundamento da regulação mediante o exercício do poder de polícia geral).

A realidade, no entanto, está longe de possuir a aparente serenidade que a letra da Constituição parecer ter, o que impõe a apreciação dos valores fundamentais em jogo, valores e princípios que balizam a sujeição das atividades econômicas às diferentes modalidades regulatórias e à intensidade com que estas devem ser exercidas.

III – PROPORCIONALIDADE DOS MECANISMOS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Nos termos das sempre precisas lições de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, “a ordem econômica autônoma introduz uma aceleração dos processos sociais, que não podem ser resolvidos à luz de mecanismos de controle como, por exemplo, os direitos individuais. Estes mecanismos foram concebidos como instrumentos capazes de regular relações até certo ponto estáveis ou de reduzida velocidade mutacional. Trata-se de princípios genéricos, com conceitos abertos, cujo controle é remetido a princípios ideológicos que a prática confirma ou desconfirma. Com isto, na prática da ordem econômica, que exige decisões rápidas e imediatas, revela-se relativamente fácil dizer qual o fundamento da intervenção, mas extremamente difícil apontar os casos em que ela não cabe. (...) **A mobilidade econômica de hoje está a reclamar novos mecanismos de inventividade do constitucionalista. Pois, sem eles, permaneceremos nesta curiosa situação em que os verdadeiros limites constitucionais da intervenção estatal no domínio econômico são deslocados para a própria**

práxis do Estado, no sentido de que somos obrigados a ver como ele age para, então, saber o que dele se pode exigir”⁹

Para evitar que isto aconteça, o que constitui o escopo deste nosso estudo, a regulação estatal da economia deve refletir a necessária convivência de princípios constitucionais¹⁰ que ora se somam, ora entram em conflito: de um lado, temos os valores da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), a propriedade privada (art. 170, II, CF) e a livre concorrência (art. 170, IV, CF); de outro, temos que procurar realizar a soberania e o desenvolvimento nacional (art. 1º, I; 3º, II, e 170, I, CF), a cidadania (art. 1º, II); a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CF); construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF); erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, e 170, VII, CF); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor (art. 3º, IV, CF); a função social da propriedade (art. 170, III, CF); a defesa do consumidor (art. 170, III, CF); a defesa do meio ambiente (art. 170, V, CF) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF).

Note-se que, com base nestes princípios constitucionais, já foi diversas vezes afirmada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da regulação estatal de atividades econômicas privadas. Em uma destas decisões, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, tratando da constitucionalidade do controle estatal sobre as mensalidades escolares, afirmou:

“Senhor Presidente, temos, ao menos desde 1934, e marcadamente no texto de 88, uma típica Constituição compromissória, como de resto, só serem quase todas as Constituições contemporâneas. De tal modo que é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de sociedade veiculado pela Constituição, se faça com a abstração de outros valores, de outros vetores axiológicos... Um instrumento constitucional de concretização desta função permanente de ponderação de valores que, em termos absolutos, se contradiriam, Senhor Presidente, é precisamente, na ordem econômica, a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica.”¹¹

9 “Fundamentos e Limites Constitucionais da Intervenção do Estado no Domínio Econômico”, RDP, 47-48/270-271, grifamos.

10 Aludimos a “princípios” em seu sentido geral, tal como usado por Ronald Dworkin a p. 72 da obra *Los Derechos en Serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, trad. Marta Guastavino.

11 ADIN nº 319-DF, RTJ, 149:666/692.

A Ementa do acórdão foi assim redigida:

“Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário de lucros. Logo, determinada lei não é inconstitucional pelo só fato de dispor sobre critérios de reajuste de mensalidades das escolas particulares.”¹²

O julgado, como se vê, foi calcado exclusivamente em princípios, mas, afinal, o que são os princípios?

As “normas” são gênero do qual são espécies as regras e os princípios. EROS ROBERTO GRAU,¹³ sintetizando as lições de DWORKIN, afirma que *“as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas”*.

Dentre as várias definições de princípio jurídico, podemos aludir à clássica formulação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, que o considera como o *“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”*.¹⁴

As meras regras jurídicas, apesar de genéricas e abstratas, dizem respeito a situações hipotéticas específicas, que, concretizando-se na vida prática, acarretam determinadas consequências jurídicas. Trata-se do conhecido esquema “preceito – sanção”, pelo qual, ocorrendo o fato previsto

¹² *Idem, ibidem*.

¹³ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*, Ed. RT, 2ª edição, p. 114.

¹⁴ *Apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, 16ª ed., 1999, p. 95. Para uma ampla exposição dos diversos critérios definidores dos princípios, ver Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 82 a 87.

na regra, a ele devem suceder os efeitos jurídicos nela também, já de antemão, estabelecidos.

O mecanismo de aplicação dos princípios é muito mais complexo do que o esquema binário característico das regras. Não prevêem situações determinadas e, muito menos, efeitos jurídicos específicos que delas decorreriam. É óbvio que normatizam situações e que podem acarretar efeitos jurídicos, mas, devido ao seu caráter fluido, suas consequências, além de não poderem ser previamente estabelecidas, dependem das características de cada situação e dos demais princípios que forem pertinentes.

O objetivo dos princípios não é estabelecer uma normatização objetiva e previsível. A sua grande riqueza está exatamente na maleabilidade que propicia em relação às demais normas do ordenamento jurídico e diante das situações complexas da vida, insuscetíveis de serem resolvidas pela singela aplicação de regras lógico-subsuntivas.

Os princípios não estabelecem que, ocorrendo tal fato, será aplicada determinada sanção ou concedido certo benefício. Possuem um papel estruturante da ordem jurídica e da organização estatal como um todo; estabelecem os pensamentos diretores do ordenamento das instituições, inclusive do próprio Estado, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico.¹⁵

São os princípios que, pela abstração semântica em que são formulados, podem dar liga e unidade ao sistema jurídico, permeando todas as demais normas jurídicas, consubstanciando valioso elemento de interpretação e integração do Direito.

A importância dos princípios constitucionais é ainda maior, uma vez que espraiam a sua força não apenas na própria Constituição, como também, pela supremacia desta, em todo o ordenamento jurídico estatal, inquinando de inconstitucionalidade os atos que os contrariarem.

É comum que mais de um princípio seja aplicável à mesma situação concreta. O hermeneuta, todavia, deverá adotar metodologia diferente da

¹⁵ Karl Larenz, *in* *Derecho Justo – fundamentos de ética jurídica*, trad. Luiz Díez-Picazo, Civitas, 1985, p. 14.

que emprega quando diante de (meras) regras contraditórias, em que a aplicação de uma deve necessariamente implicar na exclusão da outra.

Em se tratando de conflitos entre princípios, devem eles ser ponderados, buscando-se, sempre que possível, alcançar solução que não exclua por completo nenhum deles. *“Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma ‘calibragem’ entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles.”*¹⁶

Nas palavras de RECASENS SICHES,¹⁷ um dos maiores filósofos que a América Latina já deu à ciência do Direito, *“uma relação jurídica supõe uma situação participante de múltiplos sentidos ou conexões estimativas, que são pertinentes ao Direito. Os elementos de uma vinculação social contêm (positiva ou negativamente) vários valores: a justiça exige que o direito regule essa situação de maneira tal que entre as concretizações de valores contidas em cada sujeito se dê a proporcionalidade”*¹⁸ que existe objetivamente entre os valores.”

Pois bem, retornando aos princípios e valores da Ordem Econômica Constitucional, podemos facilmente constatar que, no exercício da atividade regulatória estatal, muitas vezes eles entrarão em choque. Podem, todavia, somar-se, isto é, a livre iniciativa pode, em alguns casos, ser o instrumento mais adequado para promover os valores sociopolíticos igualitários contemplados na Constituição¹⁹. Quanto melhor, mas não podemos supor que isso sempre se verifique.

16 Daniel Sarmento, “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de bens”, integrante da obra coletiva *Teoria dos Direitos Fundamentais*, organizada por Ricardo Lobo Torres, Editora Renovar, 1999, p. 52.

17 *Los Temas de la Filosofía del Derecho*, Ed. BOSCH, Barcelona, 1934, pp. 102/3.

18 Para uma configuração da proporcionalidade não como princípio, mas como postulado normativo, ver o interessante e erudito artigo de Humberto Bergmann Avila, “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, RDA, 215/151-179.

19 *“A delimitação de fronteiras Estado/sociedade ou, se se quiser, interesse público/interesse privado, e de todas as que lhe surgem como conseqüência, não exclui, porém, que o conceito de direito subjectivo, como o de autonomia negocial, surjam no direito moderno como não completamente desvinculados da noção de interesse público. (...) Quer isto significar, portanto, que a posição abstencionista do Estado face aos modos de tutela dos interesses privados operados pelos respectivos titulares não significa que o interesse público seja ignorado; traduz, isso sim, uma dada concepção do interesse público, isto é, a de que este coincide com o somatório dos interesses privados, ou seja, a de que a sua prossecução corresponde à melhor prossecução daqueles interesses privados e a de que esta é por definição obtida quando os seus titulares o fazem em liberdade. Mas também quer significar que, à conclusão de que o interesse público não tem a mesma natureza do interesse privado, isto é, a reformulação da*

A experiência histórica demonstra, inclusive através da análise das razões do *débâcle* do liberalismo oitocentista, que o Estado deve atuar sobre e na economia para assegurar valores que não podem ser satisfeitos, e, vez por outra, são mesmo agredidos, pela liberdade dos agentes do mercado.²⁰ Quanto a isto, ressalvadas algumas correntes liberais mais ortodoxas,²¹ não há divergências. **A questão é: qual deve ser a abrangência e a intensidade da atuação do Estado sobre e na economia?**

A possibilidade de regulação estatal da economia *“não pode confundir-se com a entrega aos poderes públicos de uma faculdade onímoda, que possa ser exercitada de qualquer modo. A reserva à Lei das regulações que afetam a liberdade de empresa e, sobretudo, os limites substanciais que o princípio da igualdade e o de proporcionalidade implicam para o legislador, são o instrumento que permite dotar de ‘conteúdo’ a liberdade de empresa”*²²

Todavia, o Princípio da Proporcionalidade, além de, como veremos, possuir aspectos comissivos, não pode servir de biombo para a inércia da Administração Pública. *“Da mesma forma que a Administração não pode deixar de pautar sua atuação pelo Princípio da Proporcionalidade, também não poderá ela ir além das exigências deste postulado. A Administração, portanto, também age de forma antijurídica quando o Princípio da Proporcionalidade acaba por ser superestimado e a Administração, em virtude disso, deixa de tomar medidas necessárias”*²³

A resposta à questão acima colocada deve, portanto, recorrer ao vetusto, mas redescoberto, Princípio da Proporcionalidade,²⁴ cuja aplicação dos

concepção do papel do Estado na sociedade, se há-de seguir – e se pode seguir – uma intervenção do Estado na vida jurídica privada.” (Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Ed. Almedina, Coimbra, pp. 18 a 20).

20 *“A constatação de que o livre exercício da livre iniciativa econômica privada, ao nível da produção, e da autonomia privada, ao nível da circulação dos bens e serviços, não asseguram a satisfação de todas as necessidades humanas, nem sequer daquele conjunto de necessidades primárias e vitais, indispensáveis à sobrevivência em termos de garantia de um mínimo de dignidade humana.”* (Ana Prata, *ob. cit.*, p. 38)

21 Por exemplo, Robert Nozick, *Anarquia, Estado e Utopia*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991, trad. Ruy Jungmann.

22 Sebastián Martín-Petortillo Baquer, “Direito Administrativo Económico” I, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 63, grifos nossos.

23 Heinrich Scholler, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, *Revista Interesse Público*, vol. 2, p. 105.

24 José María Rodríguez de Sampaio observa que a Administração Pública deve, ao intervir na economia, ponderar proporcionalmente, não apenas o interesse privado (genericamente considerado) com o interesse público, mas também os diversos interesses privados entre si (*La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 31/9).

seus três elementos²⁵ ao Direito Econômico²⁶ pode ser dissecada da seguinte forma:

(a) A restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – **elemento adequação** dos meios aos fins. Ex.: o tabelamento interno de preços não é o meio adequado para controlar o aumento de preços de produtos encarecidos em razão da alta do valor da matéria-prima importada.

(b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – **elemento necessidade**. Ex.: se o Estado pode assegurar o bem-estar da coletividade simplesmente ordenando determinada atividade privada, não deve titularizá-la como serviço público, excluindo-a do âmbito da iniciativa privada.²⁷

HEINRICH SCHOLLER observa que as restrições à liberdade econômica devem “operar apenas em um degrau (ou esfera)”, passando para a fase seguinte “tão-somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados”.²⁸

Este é o elemento do Princípio da Proporcionalidade que leva à tendência atual da Administração dar preferência a mecanismos consensuais, indutivos, e, portanto, menos constritivos, de regulação da economia. “O poder de império da Administração deixou de ser um dos seus principais (senão o único) dos seus poderes, para passar a figurar como um (e não o mais importante deles) dos aspectos das ações do Estado”.²⁹

25 Partimos da exposição de Luís Roberto Barroso acerca do Princípio da Proporcionalidade, constante da obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 1996, p. 209.

26 “A aplicação do princípio de proporcionalidade, que deve presidir toda medida intervencionista, junto com o de ‘paridade de trato’ e o da igualdade (visto agora como interdição da arbitrariedade) obriga sempre a justificar adequadamente toda intervenção pública sobre as liberdades dos cidadãos no campo econômico” (Alberto Alonso Ureba, “La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 50). Também F. Dreyfus afirma que a proporcionalidade das medidas administrativas no domínio econômico é “uma garantia para o particular, uma vez que, ao contrapor o princípio da liberdade ao da ordem pública, reduz os casos em que o primeiro deve render-se ao segundo” (*La liberté du commerce et de l’industrie*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 8).

27 No dizer de Vittorio Ottaviano, “uma coisa é proibir uma actividade porque prejudica a utilidade social, e outra prescrever que só se pode desenvolver uma certa actividade se de tal forma se prosseguir a utilidade social” (apud Ana Prata, *ob. cit.*, p. 204).

28 “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, *Revista Interesse Público*, vol. 2, pp. 102/5.

29 Maria Alessandra Stefanelli, *La Tutela dell’Utente di Pubblici Servizi*, Ed. CEDAM, Padova, 1994, p. 04.

Se for possível alcançar o interesse público visado de maneira consensual, os instrumentos coercitivos deverão ser descartados por desproporcionais. Esta assertiva revela-se ainda mais forte quando a regulação vertical não for urgente, hipótese em que a Administração Pública deverá tentar alcançar os seus objetivos consensualmente e, em caso de insucesso, aí sim, partir para a adoção de instrumentos coercitivos de regulação da economia (princípio do *trial and error* das políticas públicas).

Nesta perspectiva, se constata que o maior âmbito da regulação estatal, atualmente estendida a quase todos os setores das atividades humanas, legitimou-se por um afrouxamento, pelo caráter menos constritivo dos instrumentos regulatórios, dando lugar ao que CHARLES-ALBERT MORAND chamou de “*Direito Público mais extenso, mas menos coativo*”,³⁰ ou, nas palavras de DELMAS-MARTY, “*esta fluidez proporciona ao direito a possibilidade de se estender a domínios que, até então, em grande parte lhe escapavam*”.³¹

(c) A restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, tendo em vista a finalidade pública almejada, “valer a pena” – **proporcionalidade em sentido estrito**. O Estado não pode, por exemplo, qualificar determinada atividade relativamente supérflua como serviço público, mesmo que, suponhamos, esta seja a forma menos gravosa para realizar a finalidade pública. Os benefícios a serem obtidos “não compensariam” a restrição que a qualificação como serviço público imporia aos particulares interessados em explorar livremente a atividade.

Hoje pouco se discute a respeito da incorporação ao nosso Direito do Princípio da Proporcionalidade. Discute-se apenas quanto ao seu fundamento: se é um princípio implícito, ou um preceito de direito natural, se integra o cânone do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), se

30 *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 59 a 62. Veja-se, por exemplo, que, para exercer atividades econômicas, o Estado teve que valer-se das sociedades de economia mista, desprovidas do *ius imperii*. A extensão da regulação estatal sobre atividades privadas até então deixadas inteiramente ao arbítrio privado acarretou, segundo Vital Moreira, a “*transplantação do centro de gravidade da ordem jurídica da economia: do direito privado para o direito público. Na medida em que a economia era juridicamente relevante, era-o para o direito privado. Ao que assiste, a partir de certo momento, é ao deslocamento de domínios econômicos que anteriormente relevavam ao direito privado para o direito público, ou a complementarização de institutos daquele por institutos deste. Por outro lado, a cobertura pelo direito de domínios até aí ajurídicos ou ‘livres do direito’ faz-se predominantemente por meio do direito público (A Ordem Jurídica do Capitalismo cit., p. 75).*”

31 *Trois Défis pour un Droit Mondial*, Éditions du Seuil, Paris, 1998, p. 79.

advém do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) ou se é um dos “outros direitos constitucionais” previstos no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

No Direito Econômico a discussão não é muito importante porque ele é facilmente inferível de diversos dispositivos setoriais específicos (p. ex., art. 170, parágrafo único; art. 173, *caput*; e art. 174, *caput, in fine*, todos da Constituição Federal).

IV – OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ECONÔMICO DERIVADOS DO PRINCÍPIO GERAL DA PROPORCIONALIDADE

Insere no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade (supra letra “b”) está o **Princípio da Subsidiariedade**,³² que, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade.³³ Ou seja, na medida em que os valores sociais constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve coarctar a liberdade dos agentes econômicos, e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.³⁴

Cumpra destacar a afinidade do Princípio da Subsidiariedade com o Estado pluralista democrático:³⁵ “se é certo que o bem-estar envolve um conceito de Estado social e este, por seu lado, pressupõe intervencionismo

32 No mesmo sentido, José Ignacio López González, *El Principio General de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo da Universidade de Sevilha, 1988, p. 81.

33 “O núcleo deste princípio consiste em reconhecer a prioridade da atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos no atendimento de interesses gerais, só passando o cometimento a estes depois que a sociedade, em seus diversos níveis de organização, demandar sua atuação subsidiária” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 153). Sobre o Princípio da Subsidiariedade, ver também a obra de Chantal Millon-Delsol, *Le Principe de Subsidiarité*, Ed. PUF, Paris, 1993.

34 José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que o Princípio da Subsidiariedade aparece como “forma alternativa para os embates entre o Estado liberal e o Estado mínimo e o Estado Intervencionista ou Providencial. Deste dualismo de desencontros, aparece o Estado Subsidiário” (*O Princípio da Subsidiariedade – conceito e evolução*, Ed. Forense, 2000, p. 95).

35 O princípio da subsidiariedade é muitas vezes arvorado pelos opositores da regulação estatal como ligado apenas às suas idéias liberais. Todavia, não há como se conceber um monopólio ideológico sobre tal princípio, tão relevante quanto antigo: “L’idée d’autorité subsidiaire sound comme une évidence dans la société décrite par Aristote, à travers une compréhension sociale qui se donne pour naturelle, en réalité unique em son genre face aux cultures proches de l’époque. Plus tard, Thomas d’Aquin reprend à son compte cette vision et lui prête des justifications supplémentaires” (Chantal Millon-Delsol, *Le Principe de Subsidiarité*, PUF, Paris, 1993, p. 9).

público, isto não significa, por si só, todavia, exclusão de um princípio de subsidiariedade do entendimento da intervenção econômica, social e cultural do Estado”.³⁶

Por outras palavras, a persecução do bem-estar social, apesar de determinar sempre um certo grau de intervenção dos poderes públicos, não é incompatível com uma intervenção norteada pela idéia de subsidiariedade enquanto princípio normativo. Se o Estado Democrático impõe a garantia das condições básicas de dignidade da pessoa humana, a verdade é que isto não significa necessariamente que tenha de ser apenas o próprio Estado a realizar este objetivo. Não havendo mais a separação absoluta entre Estado e sociedade, desde que seja concretizado o fim do bem-estar, pode dizer-se que estão abertos todos os caminhos, do absentismo do Estado à sua intervenção direta na economia.³⁷

Também digno de nota é o **Princípio da Razão Pública**,³⁸ também inerente ao Princípio da Proporcionalidade, pelo qual os problemas não podem ser resolvidos por razões ou interesses inerentes a grupos parciais. Por mais respeitável que seja a minoria ou mesmo a maioria interessada, os seus interesses só podem ser atendidos, não em virtude deles em si, mas por razões públicas atinentes à coletividade como um todo.

Por derradeiro, no âmbito dos elementos adequação e necessidade do Princípio da Proporcionalidade, se encontra ainda o **Princípio da Diferença**,³⁹ pelo qual as liberdades econômicas e desigualdades existentes na sociedade são admissíveis se gerarem vantagens para os mais desfavorecidos. Assim, a ausência de regulação será admissível apenas se beneficiar os membros da sociedade como um todo, de forma que estariam em pior situação se fosse imposta a regulação estatal.

A grande vantagem da conjunção dos princípios acima enumerados é que, se por um lado, impede que o Estado Democrático se invista de um dirigismo totalitário e abrangente, por outro, faz-nos ver que, ao contrário do que apregoa o entusiasmo neoliberal, a plena liberdade empresarial e a

36 Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Ed. Coimbra, 1998, pp. 18/19.

37 *Ibid.*

38 As considerações aqui expendidas derivam dos ensinamentos de John Rawls, *O Liberalismo Político*, Ed. Ática, São Paulo, 2000, trad. Dinah de Abreu Azevedo, Capítulo VI. O autor, apesar de admitir a incidência da razão pública sobre todas as regulações sociais, perspectiva por nós adotada, centra sua análise sobre a aplicação do princípio aos elementos constitucionais essenciais.

39 *Teoria da Justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, pp. 79 a 89.

auto-regulação privada da economia são admissíveis, mas com parcimônia, devendo-se criteriosamente aferir, caso a caso, se são melhores para a sociedade do que a regulação estatal, que também, por sua vez, será mais ou menos rígida de acordo com os mesmos princípios.

V – OS ASPECTOS COMISSIVOS DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio da Proporcionalidade e os princípios dele derivados são geralmente abordados apenas em seus aspectos negativos – nas limitações que impõem ao Poder Público –, olvidando-se dos aspectos positivos que também possuem, que obrigam o Estado a atuar sobre a economia quando os agentes do mercado não satisfizerem ou agredirem as necessidades públicas que devem ser protegidas pela regulação estatal.⁴⁰

A este respeito, JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLES afirma que “o *favor libertatis e a dignidade da pessoa humana, enquanto parâmetros determinantes do Princípio da Proporcionalidade da atividade administrativa, não se configuram apenas como limites substanciais ao exercício dos poderes da Administração – segundo vimos, impondo o dever de adotar as soluções menos restritivas para os particulares –, tendo que operar também como exigência positiva (no plano das prestações positivas que a Constituição garante) de intervenções administrativas a serviço destes valores do nosso ordenamento jurídico. Neste sentido o Princípio da Proporcionalidade pode e deve desempenhar o papel de critério funcional determinante de intervenções públicas em distintos setores sociais ou econômicos, na medida em que a liberdade e a dignidade da pessoa assim o exijam*”.⁴¹

Também o Princípio da Subsidiariedade, normalmente associado apenas à ideologia abstencionista, não é exclusivo deste ou daquele pensamento político, podendo ser utilizado pelas diversas vertentes ideológicas como estratégias para o alcance das suas finalidades, observados os marcos da Constituição. Assim é porque possui não apenas um aspecto

40 A preferência doutrinária pelos aspectos negativos, inibidores da atuação estatal, do Princípio da Proporcionalidade talvez se explique pela maior eficácia que possuem, se comparada com a eficácia dos seus aspectos positivos. Trata-se da conhecida questão da plena eficácia dos direitos individuais de proteção frente ao Estado e da eficácia limitada (limitada, mas existente) dos direitos a prestações do Estado. Aprofundar em Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, Rio de Janeiro, 1990, e José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª Ed. Malheiros, 1998.

41 *El Principio General de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidade de Sevilla, 1988, pp. 80/1.

negativo, omissivo, consistente na vedação da regulação estatal nas searas em que a iniciativa privada esteja atuando compativelmente com os interesses sociais, como também um aspecto positivo, comissivo, que, nas palavras de JUAN CARLOS CASSAGNE, “*vincula o Estado e lhe impõe o dever de intervir, na hipótese de insuficiência da iniciativa privada, na medida em que a sua ingerência seja socialmente necessária e não suprima ou impeça a atividade dos particulares*”.⁴²

Também JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ observa que “*a subsidiariedade não equivale a um Estado fraco, bem ao contrário, uma vez que a fraqueza de qualquer Estado não é mensurável pelo tamanho do setor público, mas pela sua sensibilidade em relação ao bem-estar dos seus cidadãos*”.⁴³

Entre nós, EDSON RICARDO SALEME, de forma associada ao elemento necessidade do Princípio da Proporcionalidade, destacou o aspecto comissivo do Princípio da Subsidiariedade “*como desdobramento do próprio conceito de subsídio, a Administração deveria levar a cabo todas as atividades que os particulares não queiram, não saibam ou não possam executar por sua conta. O Estado somente agiria em caráter temporário e cessaria tão logo houvesse a disponibilidade do particular em realizar a atividade*”.⁴⁴

VI – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO”

O “princípio da supremacia do interesse público” não pode ter um papel necessariamente prevalente na ponderação entre os diversos valores econômicos constitucionais. Este princípio, oriundo de uma época em que a Administração tinha poderes genéricos de ingerência na vida dos cidadãos para assegurar um metafísico “interesse público”, se não deve ser abandonado, deve ao menos ser adequado ao Estado Democrático de Direito e à sua formação pluralista.⁴⁵

42 *La Intervención Administrativa*, Ed. Albeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., pp. 22/3.

43 “Crisis in the Welfare State”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1997, nº 4/1173.

44 *Formas de Desestatização: aspectos jurídicos*, mimeo. p. 104 (fonte: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP).

45 Sobre a origem do princípio da supremacia do interesse público no Estado absoluto, onde de fato era necessário para que fosse alcançada uma mínima coesão social, ver Maria Alessandra Stefanelli, *La Tutela dell'Utente di Pubblici Servizi*, Ed. CEDAM, Padova, 1994, pp. 43/4.

Não existe um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”.

*“O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. (...) Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma ‘conexão estrutural’. (...) A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito. Daí a afirmação de HÄBERLE: ‘Eles comprovam a nova, aberta e móvel relação entre ambas as medidas’ ”.*⁴⁶

É mais, em uma sociedade complexa e pluralista não há apenas um interesse público, mas muitos (melhoria e ampliação dos serviços, modicidade das tarifas, atração de investidores estrangeiros, regras preestabelecidas para propiciar maior segurança jurídica, possibilidade de adaptação das regras a circunstâncias supervenientes, etc.),⁴⁷ o que leva ODETE MEDAUAR a observar que “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à impossibili-

46 Humberto Bergmann Ávila, Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, constante da obra coletiva, organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, *O Direito Público em Tempos de Crise*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, pp. 111/2.

47 “Não é incomum a prática de atos administrativos por estes entes sobre a fundamentação do ‘interesse público’. É possível, porém, identificar um interesse público universal, essencial? Curvar-se à retórica do interesse público, sem atentar para a existência de uma multiplicidade de interesses públicos, é submeter-se a um discurso político perverso e dissimulador. Podemos visualizar, sob esse enfoque, ao menos três ‘interesses públicos’ em jogo dentro do processo decisório das agências reguladoras: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e os interesses dos usuários. Identificar qual destes está sendo atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para se aferir qual a legitimidade democrática do ente específico” (Conrado Hübner Mendes, “Reforma do Estado e Agências Reguladoras”, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 104, grifos nossos).

*dade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade”.*⁴⁸

O Estado, ao regular as atividades econômicas, deve buscar satisfazer os interesses públicos fixados no ordenamento jurídico – não um “interesse público” geral e metafísico –, compondo os interesses do próprio Estado; dos produtores de serviços; da coletividade em geral; das diversas categorias de consumidores (grandes consumidores industriais, consumidores domiciliares e consumidores virtuais que ainda não gozam dos serviços)⁴⁹; dos interesses públicos setoriais e pontuais⁵⁰, por vezes em conflito entre si; os interesses difusos e coletivos, etc.⁵¹

Como afirma EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,⁵² “*todo o Direito público está protagonizado simultaneamente por entes públicos e por sujeitos privados. Em todos os âmbitos do Direito, que é sempre intersubjetivo, se produz um enfrentamento, seja no sentido mais formal da expressão, ou no sentido de que cada um dos sujeitos persegue fins ou interesses próprios. Mas é missão do Direito articular, sobre esse enfrentamento entre os distintos sujeitos, um ponto de equilíbrio em que cada qual há de receber ‘o seu’. No Direito público esse ponto de equilíbrio é especialmente comprometido e dramático. O sujeito público é, por sua própria essência, uma **potentior persona**, uma pessoa mais poderosa, que tende naturalmente à supremacia e à imposição. Todavia, se o Direito público há de ser efetivamente Direito, não pode renunciar a essa meta de obter e de conseguir um equilíbrio”.*

48 *O Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 182.

49 Veja-se, por exemplo, que a modicidade da tarifa pode beneficiar os consumidores que já usufruem o serviço, mas pode prejudicar os investimentos necessários para beneficiar os moradores das áreas ainda não alcançadas pelos serviços.

50 Para uma classificação dos diversos interesses públicos, ver Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, 3ª ed., Milão, 1993, pp. 113 a 117. Denotando a conjunção que às vezes se dá entre o interesse público e privado o autor dá como exemplo a instalação de indústria em área que necessita desenvolver-se. Trata-se, no caso, de um interesse público pontual, ou seja, que diz respeito a atividade que não pode ser genericamente considerada como de interesse público, que apenas pode ser-lhe diante da análise de cada caso concreto.

51 A doutrina destaca a importância do procedimento administrativo como a sede adequada para que se proceda a uma adequada e pluralista ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos (Maria Alessandra Stefanelli, *ob. cit.*, p. 56).

52 “*Actuación Pública y Actuación Privada en el Derecho Urbanístico*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 1.

Não se está “a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele.⁵³ O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. **É essa ponderação para atribuir máxima realização aos interesses envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa.** E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”.⁵⁴

No mesmo sentido, ODETE MEDAUAR observa que contemporaneamente se impõe a modificação do “entendimento de sacrifício de interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre outro interesse. Cogita-se hoje da função atribuída à Administração de **ponderação dos interesses** em confronto; o princípio é da não sacrificabilidade **a priori** de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses. (...) Pode-se associar à orientação ora exposta, de necessidade de completa apreciação de todos os fatores e interesses, com vista à sua conciliação e sacrifício mínimo, à previsão do princípio da impessoalidade, para todos os setores da Administração pública, na Constituição Federal, art. 37, **caput**”.⁵⁵

VII – A PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

As relações de sujeição especial constituem Instituto regulatório comum a uma série de relações do Poder Público com particulares, mas que, todavia, muitas vezes é manejado como artifício de mitigação dos Princípios da Legalidade e da Proporcionalidade, equívoco que deve ser evitado.

Com efeito, as relações de sujeição especial são um dado comum às regulações das atividades privadas de interesse geral, da exploração de serviços públicos e das atividades econômicas monopolizadas (o mesmo se diria dos servidores públicos, contratados em geral, etc.). Nos termos da Teoria de OTTO MAYER,⁵⁶ estas regulações consubstanciam uma “relação de sujeição especial”, e não de supremacia geral, exercida apenas median-

53 Devemos destacar, sobretudo, a sua dimensão ética (Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 179).

54 Humberto Bergmann Ávila, ob. cit., p. 127.

55 *Idem*, *ibidem*, p. 183.

56 *Derecho Administrativo Alemán*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1982, tomo 1, pp. 144-145.

te o poder de polícia em seu sentido tradicional, pelo qual “a Administração figura no vínculo jurídico como autoridade pública, utilizando-se do seu poder de império, da sua supremacia perante todos os cidadãos, enquanto exercente de uma função pública, voltada a curar os interesses da coletividade”.⁵⁷ Nestes casos, como não há uma relação prévia entre o administrado e a Administração, para a qual o primeiro teria assentido, o Princípio da Legalidade não incide com os seus rígidos contornos tradicionais.

“As relações de supremacia especial são relações específicas travadas pela Administração com o particular, que, por meio delas, insere-se material ou juridicamente na esfera da Administração, justificando o manejo, por parte desta, de poderes inerentes à relação. (...) Assim, ao receber determinada concessão ou permissão de serviço público, o particular, por inserir-se em campo específico da Administração, passa a submeter-se a poderes administrativos mais intensos, decorrentes da titularidade ou da natureza da atividade a ser desempenhada. Por meio deles a Administração poderá realizar injunções, estipular obrigações, criar deveres, que sejam necessários ao cumprimento da finalidade a que serve a atividade, restritos, porém, ao âmbito da referida relação, sem, todavia, ofender o cânone da legalidade. Ao contrário, nesta seara temos implícita autorização legal para a criação de outras regras jurídicas necessárias ao desenvolvimento da relação jurídica”⁵⁸ que, acrescentaríamos, são decorrentes da adesão consensual do particular ao ordenamento setorial em questão através da autorização, da permissão ou da concessão.

57 José Roberto Pimenta Oliveira, “A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica”, na obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 339 a 341.

58 “A consideração da vontade dos particulares como habilitadora de potestades administrativas foi formulada pelos tratadistas da evolução conceitual sofrida por uma das instituições-chaves do Direito administrativo: a autorização. Assim, Franchini dizia que ‘parece claro que o particular, através do ato de autorização, vem a renunciar, a fim de ver removida a proibição... a uma parte de sua liberdade. Este ato de submissão voluntária, em geral, resulta implicitamente contido na própria solicitação de autorização’. Em termos muito semelhantes, Manzano escrevia que ‘a solicitação de autorização tem a ela implícito o consentimento do interessado a esta submissão especial, que é, definitivamente, o preço que paga para conseguir-la. (...) Não se trata de uma espécie de negociação entre entidades de crédito (empresas em geral) e a Administração, pela qual as primeiras cederiam parte da sua liberdade de empresa. Do que há de se falar propriamente é da configuração do conteúdo de tais direitos individuais pela atuação de poderes administrativos suficientemente habilitados em normas legais, cuja razão última é a garantia do interesse social situado em uma atividade tão relevante para todo o conjunto de cidadãos’ (José María Michavila Núñez, ‘Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho’, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 54).

A lei e a anuência do particular se somam para conferir amplos poderes regulatórios ao Estado,⁵⁹ que, de qualquer forma, não se isenta da necessária observância do Princípio da Proporcionalidade: “A extensão dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, como direitos inerentes à própria personalidade, exige que as limitações ao seu exercício, baseadas na ‘relação de sujeição especial’, em que se encontram certas categorias de pessoas, só sejam admissíveis na medida em que resultarem estritamente indispensáveis para o cumprimento da missão ou da função derivada da situação especial”.⁶⁰

VIII – AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Verificada a necessidade de retração da intervenção estatal em vastos setores da vida econômica, teve-se, por outro lado, a consciência de que o Estado não poderia deixar apenas ao bom senso empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público, que devem, portanto, ficar sob o seu poder regulatório.

Apesar da sua origem relativamente antiga, que tem como principal marco a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário,⁶¹ as agências reguladoras constituem, cada vez mais, um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão do seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor a sua própria lógica.⁶²

59 “As chamadas relações de sujeição especial não são um âmbito em que os sujeitos ficam despojados dos seus direitos fundamentais, ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não se dão à margem do direito, mas dentro dele e portanto também nelas têm vigência os direitos fundamentais, de forma que a Administração não goza nestas relações de sujeição especial de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esta possa ser outorgada em termos que não seriam aceitáveis em relações de sujeição geral.” (“El principio non bis in idem y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la policía gubernativa”, STC 234/1991, de 10 de dezembro de 1991, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 79)

60 Rafael Gómez-Ferrer Morant, “Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 33.

61 Bernard Schwartz, *American Administrative Law*, Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., London, 1950, pp. 6 e 7.

62 “O direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico, etc.), e é sensível às demandas que lhe são formuladas por este ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as

JUAN CARLOS CASSAGNE⁶³ observa que os poderes conferidos a estes órgãos e entidades são de “variada natureza e extensão”. O panorama é amplíssimo, abrangendo os clássicos poderes administrativos relacionados com a fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, cumprimento das regras estabelecidas nos contratos de concessão, nas licenças ou nas autorizações, incluindo o estabelecimento de eventuais tarifas, poderes disciplinares, sancionatórios e preventivos de condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados.

Sendo assim, as agências reguladoras são entidades “atípicas em relação ao tradicional aparato administrativo, com acentuada característica de independência decisória e alta competência técnica, normalmente colegiadas,⁶⁴ que ditam regras de comportamento aos operadores, os fiscalizam, aplicam-lhes sanções e formulam propostas ao Parlamento e ao Governo”.⁶⁵

Neste sentido, podemos afirmar que, além da atribuição de receitas próprias, é fundamental para a garantia da independência das agências reguladoras a nomeação dos seus dirigentes por termo certo e mediante procedimento especial, normalmente com a prévia aprovação das indicações pelo Poder Legislativo, e a vedação de exoneração *ad nutum*.

Ambas as restrições, ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida no ADIN nº 1949-0. A primeira em virtude do art. 52, III, “F”, da Constituição Federal, admitir a prévia aprovação do Senado Federal na escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”. Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o

cadeias normativas são múltiplas, não-hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre da função do direito e não da arquitetura do sistema normativo. A globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função” (Celso Fernandes Campilongo, “Teoria do Direito e Globalização Econômica”, in *Direito Global*, Max Limonad, 1999, p. 80 – grifamos).

63 “Los Nuevos Entes Regulatorios”, integrante da obra coletiva *El Derecho Público Actual*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 45/6.

64 Quanto à instituição de órgãos de natureza colegiada como forma de controle, ver R. Zippellus (in *Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, p. 410): “Mesmo a estruturação interna de um órgão estatal segundo o princípio colegial tem uma função de controle.”

65 Elisabetta Bani, “Stato Regolatore e Autorità Independenti”, constante da obra coletiva *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milão, 1995, pp. 22/3.

prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente.⁶⁶

CATHERINE TEITGEN-COLLY,⁶⁷ ao analisar as autoridades administrativas independentes francesas, equivalentes às nossas agências reguladoras, observa que têm a função de regulação social em determinados setores, função à qual o respectivo grupo social adere. São estas funções que justificam a estrutura e os poderes, inclusive de fixar regras jurídicas, destas instituições, que “*não são subordinadas ao Poder Executivo, nem são prolongamentos do Poder Legislativo ou Judiciário, e que são dotadas de poderes que lhes permite exercer de forma independente uma missão de regulação setorial*”.

As apontadas características das agências reguladoras,⁶⁸ quais sejam, (a) a especialização técnica e setorial, (b) os amplos poderes decisórios, notadamente de natureza normativa, e (c) a elevada autonomia frente ao Poder Executivo central, não fazem com que sejam instituições homogêneas entre si, havendo, contudo, em todas elas, os traços comuns de autonomia face ao Poder Executivo central.⁶⁹

É possível denotar que o nosso Direito, na senda dos países ocidentais como um todo, tem buscado realizar a regulação da economia através de órgãos ou entidades especializados tecnicamente e freqüentemente dotados de especial autonomia frente ao Poder Executivo central, valendo-se, para tanto, das agências reguladoras.

A instituição de agências reguladoras tende a atender ao Princípio da Proporcionalidade, na medida em que, ao retirar da esfera preponderantemente política a regulação de vastos setores da atividade econômica, busca

66 Dissonantemente, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu aplicável à espécie a Súmula nº 25, que dispõe: “*A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia*” (fonte: www.stf.gov.br). Note-se, contudo, que, apesar de não ser muito notada pela doutrina, a Súmula nº 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido, por exemplo, excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme o que dispõe a Súmula 47: “*Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.*”

67 In “*Les autorités Administratives Indépendantes: histoire d'une institution*”, constante da obra coletiva *Les autorités Administratives Indépendantes*, coord. Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit, PUF, 1988, pp. 23/4.

68 Antonio la Spina e Giandomenico Majone, *Lo Stato Regolatore*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2000, p. 62.

69 Há, de fato, uma grande heterogeneidade das agências reguladoras: algumas são dotadas de considerável extensão de poderes autônomos, outras nem tanto, havendo ainda as que sequer podem ser consideradas como “independentes” ou autônomas, se descaracterizando, desta forma, como verdadeiras agências.

assegurar a não imposição de regulações de cunho eminentemente político, às vezes mesmo de cunho político-eleitoral, e, desta forma, desnecessárias ou desvirtuadas para os fins públicos aos quais a regulação estatal visa a atender.

Estas instituições também são “macroemanações” da proporcionalidade da relação entre o Estado e a economia por “*caracterizarem a composição entre um Estado produtor, encarregado diretamente da gestão de unidades econômicas, e um Estado regulador, que não mais se substitui aos agentes econômicos, se limitando a impor-lhes certas regras e se esforça em harmonizar-lhes as ações (...). Esta característica não é, no entanto, denotadora de absentefismo: o estado regulador é, desta forma, um Estado presente na economia como uma instância tutelar encarregada de assegurar a manutenção dos grandes equilíbrios*”.⁷⁰

IX – PROPORCIONALIDADE NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O conceito de serviços públicos é, ao mesmo tempo, uma das mais nucleares e controversas noções do Direito Público. A variação que possui em cada direito positivo e em cada momento socioeconômico em muito contribui para a dificuldade da sua conceituação.⁷¹

Universalmente vem ocorrendo a ampliação do âmbito de regulação estatal com a correspectiva redução da sua intensidade. Noutras palavras, é característica do que alguns denominam de Estado Regulador⁷² ou Estado Árbitro,⁷³ ou seja, do Estado que se retirou das atividades de prestação direta ao público, a ampliação da extensão da regulação por ele

70 Jacques Chavallier, *apud* Dominique Bureau, “*La Réglementation de l'Économie*”, constante dos *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 41 – *Le Privé et le Public*, Ed. Sirey, Paris, 1997, p. 334.

71 Segundo Laurent Richer, o grande influxo da política e das ideologias sobre a noção de serviço público é uma das causas da sua permanente crise (“*Service Public et Intérêt Privé*”, constante dos *Archives...* p. 293. Caio Tácito, lembrando a ironia de Marcei Walline, afirma que a noção de serviço público “*é fugidia e variável, assemelhando-se, na disparidade de critérios e definições, a um diálogo de surdos, em que não se entendem os interlocutores*” (“*O Conceito de Serviço Público*”, in *Temas de Direito Público*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, 1º Vol., p. 637). Para um histórico da crise da noção do serviço público no Direito Administrativo francês, ver François Burdeau, *Histoire du Droit Administratif*, Ed. PUF, Paris, 1995, pp. 473 a 481.

72 Por exemplo, Antonio la Spina e Giandomenico Majone, *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, Bolonha, 2000, pp. 168/9.

73 Adotando esta denominação, Dominique Bureau, “*a Réglementation de l'Économie*”, constante dos *Archives...* p. 330.

exercida sobre as atividades dos particulares, regulação esta que passa, todavia, a ser exercida de forma menos constritiva.

A redução da intensidade regulatória permitiu que o poder regulatório estatal se espraiasse, observado o Princípio da Proporcionalidade, por esferas privadas anteriormente menos ou nada reguladas. Há uma tendência à diminuição da intensidade regulatória nos setores onde a intervenção estatal era bastante forte, e, por outro lado, um aumento desta intensidade onde a regulação era menos intensa.

Sob esta perspectiva merece citação a interessante observação de JEAN CLAM⁷⁴ de que a liberalização de atividades tradicionalmente consideradas como públicas, longe de representar uma subtração à regulamentação exógena da atividade, demonstra como os atores privados se tornaram vítimas de sua própria emancipação, ocorrendo uma “potencialização da existência pessoal e social”.

Neste contexto, o conceito de serviço público, tradicionalmente o mais forte mecanismo de regulação social, tem passado por grandes desafios: se mantido o seu conceito tradicional de atividade exclusiva da esfera pública, cujo mero exercício poderia ser delegado a particulares, terá a sua esfera bastante reduzida; se ampliado o seu conceito para todas atividades, ainda que não exclusivas do Estado, em que este exerça uma regulação ordenadora, o serviço público alcançará uma amplitude tal que dispersará o seu conceito, abrangendo realidades bastante díspares.

Certa feita, JOSÉ MANUEL SALA ARQUER reparou que “a *experiência recente de outros países – em especial das privatizações inglesas – demonstra que a velha concepção da publicatio ou reserva ao Estado de todo um setor se tornou superada, na mesma medida em que também estão sendo superados os chamados ‘monopólios naturais’*. Cada vez são mais numerosas as atividades consideradas tradicionalmente como ‘serviços públicos’ que se transformam em atividades do mercado”⁷⁵.

A questão é de grande relevância, uma vez que a maior discussão que se trava hoje a respeito dos serviços públicos é exatamente se devem ser considerados como tal apenas os serviços titularizados com exclusividade pelo Estado em razão do bem-estar da coletividade, ou se a sua noção deve abranger também as atividades privadas, não titularizadas pelo Estado, que

74 “Qu’est-ce qu’un bien public? Une enquête sur le sens et l’ampleur de la socialisation de l’utilité dans les sociétés complexes”, constante dos *Archives* p. 216.

75 “Huida al Derecho Privado y Huida del Derecho”, *Revista de Derecho Administrativo Español* – REDA, 75/412-413 e *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 40.

tenham grande importância para a coletividade e que por esta razão estão sujeitas a uma rígida e constante conformação pelo Poder Público, notadamente através da exigência de autorizações prévias.

O que distinguiria estas autorizações das autorizações do poder de polícia no sentido tradicional é que são muito mais do que atos que apenas levantam impedimentos ao desempenho de atividade que poderia prejudicar a coletividade, mas que não atende diretamente a um interesse coletivo. As atividades econômicas que estamos abordando atendem diretamente à coletividade, estando sujeitas a uma autorização prévia ordenadora, que, além de possibilitar ao particular o exercício da atividade, investe o Poder Público de uma série de poderes de direção sobre a atividade sem que a titularize (ex.: a atividade dos táxis, em que o Município pode mudar os requisitos de qualidade dos serviços, fixar os preços, etc.).

A dificuldade de distinção entre os serviços públicos concedidos e as atividades privadas de interesse público autorizadas é um exemplo da aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico, tanto em seus aspectos omissivos, como comissivos. Vejamos, respectivamente: (a) A rigidez da titularidade estatal exclusiva do serviço público (*publicatio*) em muitos setores tornou-se desnecessária, por exemplo, em razão da evolução tecnológica que possibilitou a existência de concorrência em atividades que antes eram monopólios naturais (ex.: alguns serviços de telecomunicações); (b) O aumento da complexidade da sociedade de massa, por sua vez, impôs a regulamentação ordenadora de atividades privadas de prestação ao público até então sujeitas apenas ao poder de polícia genérico.⁷⁶ É assim que, proporcionalmente, não é necessária a titularidade pública para que uma atividade atenda ao interesse público, bastando que esteja sujeita a uma intensa e constante regulação estatal.

Diante disto, podemos perquirir se a Constituição de 1988, com as reformas que a sucederam, contempla um conceito de serviço público estrito (apenas as atividades de utilidade pública titularizadas pelo Estado), ou, se ao revés, inclui no conceito também as atividades de titularidade privada sujeitas à conformação estatal.

76 “Os ganhos de contingência, de elasticidade, de mobilidade, o aumento de opções propiciado pela diferenciação funcional se dão paralelamente a uma extrema densificação. Podemos, desta forma, observar o paradoxo dos mundos das pessoas privadas, a tal ponto dinamizadas que são a irrupção umas das outras, condicionando-se mutuamente” (Jean Clam, “Qu’est-ce qu’un bien public? Une enquête sur le sens et l’ampleur de la socialisation de l’utilité dans les sociétés complexes”, constante dos *Archives*... p. 217.

O art. 175 da Constituição Federal parece afirmar a titularidade estatal sobre as atividades econômicas *lato sensu* qualificadas como serviços públicos, ao estabelecer que devem ser prestados diretamente pelo Poder Público ou pelas empresas privadas, concessionárias ou permissionárias, que dele recebam a competente delegação. Não alude no art. 175 às atividades privadas ordenadas pelo Estado mediante autorização. Mas os incisos XI e XII do art. 21 tratam da prestação direta pela União ou indireta, mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Ao se referir à prestação de serviços mediante autorização, a Constituição incluiu entre os serviços públicos atividades não titularizadas pelo Poder Público. Como sabemos, apenas a concessão e a permissão transferem a particulares a execução de serviços públicos de titularidade estatal. As autorizações são instrumentos de ordenação pública de atividades de titularidade privada.

Destarte, em razão do contexto inegavelmente liberalizante em que nos encontramos e da disciplina constitucional que trata de atividades meramente autorizadas como serviços públicos, seria sustentável que em nosso Direito os serviços públicos possuem um conceito amplo, identificando-se com todas as atividades de interesse da coletividade sujeitas aos princípios da continuidade e universalidade, sejam elas titularizadas pelo Estado ou pela iniciativa privada.

Isso não nos impede, todavia, de ver as grandes diferenças de regime jurídico entre as atividades titularizadas pelo Poder Público, em que a competição não é a regra, mas sim uma forte regulamentação e *jus variandi* nos casos em que tenha havido concessão ou permissão, e as atividades privadas de interesse coletivo, sujeitas à autorização, em que a competência e a abertura do mercado são a regra, sem embargo das normas editadas pelo Poder público, cujo descumprimento pode levar à cassação da autorização. No primeiro caso, temos uma relação endógena entre a regulação pública e o prestador privado concessionário ou permissionário, ou seja, o Estado edita normas sobre o seu serviço. No segundo caso, a relação é exógena: o Estado edita normas de regência de atividades da iniciativa privada para que atinjam as finalidades públicas a que se destinam.

Para não tratar conjuntamente realidades diversas, abordaremos em distintos Tópicos as duas modalidades de serviços públicos, quais sejam, os serviços públicos propriamente ditos, exclusivos do Estado, sujeitos à *publicatio* e de execução transferível apenas através de concessão ou permissão, e as atividades privadas de interesse coletivo regidas pelos princípios do serviço público, exercidas por autorizatários e sujeitas à *ordenatio*, também chamadas de serviços públicos impróprios ou virtuais.⁷⁷

Ressalto, no entanto, que, sempre que atendido o interesse da coletividade, se impõe a adoção da modalidade regulatória menos constritiva, ou seja, a *ordenatio*, em detrimento da *publicatio*. Todas as atividades designadas pela Constituição como serviço público podem, observado o Princípio da Proporcionalidade, deixar de ser exclusivas do Poder Público, exclusividade em função da qual só poderiam ser exercidas por particulares mediante concessão ou permissão, para ter a sua titularidade transferida à iniciativa privada, ficando sujeitas apenas à ordenação pública autorizativa.

A transformação de uma atividade até então sob a égide da livre iniciativa em serviço público propriamente dito, o que implica a titularidade exclusiva do Poder Público (*publicatio*), terá que ter um juízo de proporcionalidade bastante eficaz, noutras palavras, a *publicatio* terá que ser realmente necessária, para ser constitucional. É por esta razão que se impõe a *ordenatio* (não a *publicatio*) sempre que se tratar de atividade que não comporte uma limitação de acesso aos agentes econômicos que queiram desempenhá-la.

A dificuldade na *publicatio* de atividades que não são previamente qualificadas pela Constituição como serviços públicos se deve ao fato de que, sendo atividades econômicas, a transformação em serviço público implica na sua monopolização pelo Estado, e os monopólios públicos são, como vimos, estabelecidos pela Constituição *numerus clausus*. É esta a razão para que parte da doutrina considere que só existem os serviços públicos previstos na Constituição, ou seja, que o Legislador não tem competência para criá-los.⁷⁸

77 Caio Tácito, apesar de afirmar as diferenças entre as duas espécies de serviços públicos, ressalta que "a unidade substancial do serviço público possibilita, no entanto, que, em benefício dos interesses gerais nele representados, subsistam pressupostos e condições comuns, quanto aos adjetivos e os resultados da prestação jurídica" ("O Preço Público nos Serviços Concedidos", in *Temas de Direito Público*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, 1^o Vol., p. 786).

78 Fernando Herren Aguillar, por exemplo, afirma: "O regime de privilégio, típico dos serviços públicos, supõe o exercício de atividade econômica pelo Estado com exclusividade em relação aos particulares (...). Opera verdadeiro monopólio de uma dada atividade econômica. Daí que

Parece-nos que esta corrente doutrinária não dá a devida atenção à linha divisória que a Constituição traça entre as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos.⁷⁹ Nos casos em que determinada atividade econômica *lato sensu* for de tal forma sensível ao interesse coletivo que as necessidades dos cidadãos não possam ser atendidas em regime de livre iniciativa, a lei pode publicizá-la, transformando-a em serviço público.

Também discordamos dos que admitem a *publicatio* pelo exclusivo juízo do Legislador: além da lei formal publicizadora deve haver o interesse coletivo na atividade e a impossibilidade deste ser atendido por outra modalidade regulatória menos constritiva.

O Princípio da Proporcionalidade também exige que somente possam ser publicizadas as atividades de cada setor que sejam mais sensíveis ao interesse coletivo, ou seja, em princípio os setores não devem ser totalmente publicizados, devendo sempre se aferir quais das atividades do setor podem permanecer com a iniciativa privada, ficando sujeitas apenas à autorização e ordenação estatal.⁸⁰ Assim, já decidiu o Conselho de Estado Francês que as atividades lucrativas acessórias aos serviços universais não rentáveis só podem ser subtraídas à iniciativa privada se forem necessárias ao cumprimento do interesse coletivo a que o serviço público visa atender, por exemplo, para torná-lo economicamente viável.⁸¹

E mais, mesmo quando publicizada, os Princípios da Proporcionalidade e da Subsidiariedade exigem que a atividade tenha a execução delegada ao maior número possível de concessionários e permissionários.

Tratando do marco regulatório dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, SABINO CASSESE observou que *“a liberalização dos serviços públicos não determina apenas a sua sujeição à disciplina da concorrência, mas também a uma ampla intervenção regulatória, inspirada em princípios e regras comuns aos diversos setores”*.⁸²

o mesmo regime imposto ao Estado para o fim de monopolizar uma determinada atividade econômica é também aplicável para as hipóteses de criação de novo serviço público (Controle Social de Serviços Públicos, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 133). Das pp. 117 a 162 desta obra consta preciosa análise das diversas correntes existentes na matéria.

⁷⁹ Nesta senda, Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 11ª ed., São Paulo, 1999, pp. 487/8.

⁸⁰ Esta diretriz foi adotada, por exemplo, em relação aos serviços de telecomunicações e de produção e fornecimento de energia elétrica, em que os serviços em rede, diretamente atinentes à coletividade são serviços públicos propriamente ditos, e as atividades concernentes mais a certos particulares que à coletividade como um todo, são submetidas apenas à autorização (arts. 5º e 7º da Lei nº 9.074/95 e arts. 83 a 144 da Lei nº 9.472/97).

⁸¹ Laurent Richer, ob. cit., p. 127.

⁸² *La Nuova Costituzione Economica*, Ed. Laterza, Roma-Barl, 2ª ed., 2000, pp. 90 a 94.

Em toda hipótese as agências reguladoras devem observar o Princípio da Proporcionalidade das normas impostas aos delegatários, buscando sempre uma fina ponderação entre os direitos e interesses dos concessionários, dos usuários, em suas diversas espécies, e dos objetivos da política pública para o setor.

Nesta senda, a mais recente tendência da regulação de serviços públicos é, em atendimento ao Princípio da Proporcionalidade, a combinação dos mecanismos regulatórios coercitivos com os instrumentos do mercado, caracterizando o que vem sendo denominado de “regulação para a concorrência”.⁸³

Os reguladores, tendo consciência de que, tanto o mercado como a regulação, não são perfeitos, trazem, favorecidos pelas evoluções tecnológicas, para o âmbito da regulação estatal, elementos do mercado: aumenta o número de delegatários; faculta o acesso às infra-estruturas do serviço a todos eles; separa os diversos seguimentos do serviço (produção, transporte, distribuição...); combinam na mesma atividade regimes jurídicos públicos (concessionários) e privados (meros autorizarários), etc.⁸⁴ O Estado cria, então, um marco jurídico-institucional adequado para que as delegatárias possam desenvolver as suas atividades dentro da maior concorrência e da menor constrição possível.

Com efeito, nos serviços em que for viável, a regulação para a concorrência se afigura, entre os meios de eficaz concretização das políticas públicas, o menos oneroso para a liberdade de empresa.

X – PROPORCIONALIDADE E OS MONOPÓLIOS ESTATAIS

Vimos que os serviços públicos se distinguem das atividades econômicas *stricto sensu* monopolizadas pelo Estado por visarem à satisfação de interesses da coletividade, enquanto que estas atendem a interesses fiscais e/ou estratégicos, com reflexos apenas mediatos no bem-estar da coletividade. Vimos também que os monopólios públicos são estabelecidos de

⁸³ Gaspar Ariño Ortiz, ob. cit., pp. 555-56.

⁸⁴ Tratando especificamente da disciplina legal da nossa Lei Geral de Telecomunicações, Floriano Azevedo Marques Neto observa: *“O serviço de interesse coletivo pode ser prestado por um concessionário (prestador em regime público), competindo com alguém que seja autorizado a prestar este serviço em regime privado. Este é um dos núcleos centrais do modelo, pois a formatação jurídica (que rompe com a idéia de coincidir serviço público com monopólio) permite a introdução da competição sem inviabilizar a universalização e a continuidade do serviço.”* Direito das Telecomunicações e ANATEL”, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 312).

forma taxativa pela Constituição em relação a uma série de bens e atividades, principalmente de natureza mineral, inclusive a água, o petróleo e seus derivados (arts. 20, 176 e 177, CF).

Nestes casos os poderes derivados não têm margem de discricionariedade para, mesmo que supostamente atendendo ao Princípio da Proporcionalidade, desmonopolizar a atividade. O Princípio da Proporcionalidade deverá, no entanto, reger a regulamentação a ser dada à sua eventual exploração pela iniciativa privada, que deve, sempre que possível, ser privilegiada.

XI – PROPORCIONALIDADE NAS ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO

As atividades ora abordadas são por muitos denominadas de serviços públicos impróprios ou virtuais, atividades da iniciativa privada às quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade, ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários,⁸⁵ impõe a observância dos princípios da universalidade e continuidade, exigindo ainda autorização prévia para que a atividade possa ser explorada.⁸⁶

O poder de polícia administrativa não tem mais os contornos que possuía nos oitocentos,⁸⁷ sendo, inclusive, mais exato tecnicamente aludir a “atividade administrativa conformadora”, “poder de polícia/autorização funcionalizada”, “operativa”, “de trato sucessivo” ou “de efeito continuado”, apenas para utilizar algumas das denominações utilizadas pela mais moderna doutrina administrativista.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ chamam a atenção para o fato de que “o conceito de autorização em sentido estrito que chegou até nós se formou no final do século passado (...). A crise do esquema tradicional se deu mais agudamente a partir do momento em que, ultrapassando o campo próprio da ordem pública, em sua triplíce

85 Gaspar Ariño Ortiz, ob. cit., p. 503. O autor dá como exemplo as farmácias, os serviços de táxi, os transportes não regulares, a atividade bancária, de seguros, as atividades sanitárias, a indústria turístico-hoteleira, etc.

86 “A essas instâncias da Administração pública são cometidas tarefas de programação e de orientação das actividades privadas, que, para salientar a dimensão de interesse público que lhe está subjacente, passam a ser qualificadas como actividades de serviço universal ou actividades privadas com obrigações de serviço público. O serviço universal ou as obrigações de serviço público são assim um fator que aproxima o regime do exercício destas actividades do tradicional regime do serviço público” (Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Ed. Almedina, Coimbra, 1999, pp. 16 e 17).

87 Jean-Michel de Forges, *Droit Administratif*, Ed. PUF, 3ª ed., Paris, 1995, p. 172.

dimensão compreensiva da tranquilidade, segurança e salubridade, em função da qual foi pensado dito esquema, a autorização foi transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, nas quais desempenha um papel que não se reduz ao simples controle negativo do exercício de direitos, mas que se estende à própria regulação do mercado, com o explícito propósito de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada no sentido da realização de uns objetivos previamente programados ou ao menos implicitamente definidos nas normas aplicáveis.”⁸⁸

Note-se que a mera exigência de autorização prévia não é suficiente para caracterizar uma atividade privada como serviço público virtual ou impróprio, fazendo-se ainda mister que esteja sujeita à direção do Poder Público nos aspectos que, atendido o Princípio da Proporcionalidade, afetem a coletividade.

O Mestre MASSIMO SEVERO GIANNINI observa que “para qualificar uma atividade se deve aferir qual é o interesse que envolve. Ora, as atividades que envolvem apenas interesses privados são, no mundo contemporâneo, pouquíssimas. Entre estas e as atividades objetivamente públicas se situam atividades que envolvem ao mesmo tempo interesses públicos e privados.⁸⁹ Elas são ‘privadas’ em sentido subjetivo, isto é, no sentido de que o ordenamento jurídico deixa as respectivas iniciativas aos particulares; objetivamente, ao contrário, podem apresentar pertinência, mais ou menos ampla, ao interesse público”.⁹⁰

GASPAR ARIÑO ORTIZ afirma que sobre as atividades privadas de interesse público incide o que denomina de “regulação econômica”, que incide sobre setores inteiros, sobre a entrada e saída da atividade e afeta as condições econômicas em que a atividade deve se desenvolver: ao **quantum** de produção, às zonas e mercados em que as empresas operarão, aos preços que poderão cobrar, em suma, dizem respeito ao próprio

88 *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Civitas, 6ª ed., Madrid, 1999, pp. 133/4, grifamos. O autor mantém a distinção entre as autorizações e as concessões e, consequentemente, entre atividades privadas de interesse geral e serviços públicos, uma vez que as concessões “operam a partir de uma prévia **publicatio** ou reserva formal do setor aos entes públicos, que, deste modo, ostentam sobre a atividade uma titularidade primária (...)” (ob. cit., p. 135).

89 *Sendo certo que as actividades privadas de interesse público ou geral estão num degrau ou categoria intermédia, visto que está nelas implicada uma responsabilidade administrativa (responsabilidade-garantia), a verdade é que se trata de actividades privadas que, na maior parte dos casos, foram objeto de um processo de privatização* (Pedro Gonçalves, ob. cit., p. 35).

90 Ob. cit., pp. 21/2.

negócio em que consiste a atividade. Esta regulação econômica incide, pois, sobre atividades especialmente disciplinadas e submetidas ao Poder Público, a ponto da regulação, não apenas limitar ou condicionar o exercício da atividade, como a configurar internamente”.⁹¹

Com esta modalidade regulatória, o princípio da livre iniciativa permanece incólume, mas a liberdade é, todavia, canalizada para a realização dos interesses coletivos sociais e econômicos.⁹² Entendemos que, em virtude da nossa Constituição (art. 21, XI e XII) se referir expressamente a serviços públicos prestados mediante autorização, estas atividades autorizadas poderiam como tal ser consideradas.⁹³ A questão é, sobretudo, de nomenclatura, uma vez que a distinção de regime jurídico, quer as considere como serviço público ou não, é evidente e inquestionável. Considerando esta profunda diferença que guardam com os serviços públicos reservados ao Estado, preferimos tratá-las à parte, como atividades da iniciativa privada, mas sob uma especial regulação estatal.⁹⁴

Malgrado a letra da Constituição afirmar que a União prestará o serviço mediante autorização, não se trata de delegação de serviço público, o que levaria a uma aproximação um tanto forçada com a técnica concessional, pois na concessão e na permissão temos uma atividade reservada com exclusividade ao Poder Público delegante, ao passo que, mediante a autorização, não há o traspasso de atividade pública aos particulares, mas sim o condicionamento de uma atividade privada.⁹⁵

O que podemos constatar então, é que a Constituição Federal deu certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades que

91 Gaspar Ariño Ortiz, ob. cit., p. 243.

92 “A atividade ordenadora do Estado, nas mãos do órgão regulador, não elimina o necessário espaço de liberdade individual, eis que todos os condicionamentos que imporá, fundados na lei, terão estreita vinculação com uma finalidade pública real, concreta e poderosa” (excerto da Exposição de Motivos da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações, constante de Messod Azulay Neto e Antonio Roberto Pires, *O Novo Cenário das Telecomunicações no Direito Brasileiro*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 165).

93 Celso Antônio Bandeira de Melo, em uma posição correta, mas talvez um pouco simplista, considera ter havido apenas uma “insuficiência técnica” do Constituinte, uma vez que a autorização necessariamente remete a “poder de polícia”, não a “serviço público.” (Ob. cit., p. 486).

94 Massimo Severo Giannini, ao se perguntar a respeito de qual das concepções de serviço público está correta, responde: “Por mais que a resposta possa parecer estranha, as duas concepções de serviço público estão corretas. O que estamos chamando de diversas ‘concepções’, na verdade são diversos conceitos. Se existissem termos distintos para indicá-los, a questão ficaria claríssima.” (Ob. cit., p. 24).

95 José María Souvirón Morenilla, *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 598/9.

nomeia como serviços públicos para, diante principalmente das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e por força do Princípio da Proporcionalidade, enquadrá-las como serviços públicos propriamente ditos, e, portanto, de titularidade exclusivamente estatal, ou como serviços públicos impróprios ou virtuais, ou seja, como atividades privadas sujeitas a uma regulação de natureza operacional.⁹⁶

Sob determinada perspectiva, os autorizatários destas atividades sofrem mais restrições que os concessionários ou permissivos de serviços públicos, tendo em vista a ausência de previsão expressa de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o caráter unilateral da regulação estatal – não calçada em um prévio contrato de concessão.

Por outro lado, não podemos olvidar o feito menos construtivo que a modalidade regulatória da autorização operativa possui por não retirar a atividade da esfera da livre iniciativa privada. Não sendo serviços concedidos e, portanto, de titularidade administrativa, “não são precedidos de um pacto modal, mas sim de um ato habilitante operativo”, o que faz com que os poderes administrativos incidentes sobre eles sejam alheios à idéia de titularidade estatal sobre a atividade, deixando de ser internos a um serviço da própria Administração, para passarem a ser de natureza policial (operacional) e externa aos titulares privados dos serviços, sendo-lhes (aos poderes administrativos) vedado afetar a livre concorrência tal como tenha sido definida no setor.⁹⁷

Na regulação destas atividades econômicas de interesse geral o Poder Público deve se limitar a expedir as normas que digam respeito ao interesse coletivo a ser atendido, não podendo se imiscuir em assuntos íntimos das empresas, mesmo que atinentes a outros interesses públicos (ex.: ao regular os serviços de táxi, pode estabelecer a tarifa, o meio de identificação, a velocidade máxima, a obrigação de parar sempre que chamados, etc., mas não poderá impor a obrigação dos carros serem do ano para fomentar a produção nacional de veículos).

Também não poderá o Poder Público impor regulação que faça a autorização equivaler à concessão, a uma *publicatio*, ou seja, não poderá o Poder autorizante ter poderes correspondentes aos que existiriam se a atividade fosse um serviço público propriamente dito, sob pena de incidir em fraude à Constituição.⁹⁸ Se o Legislador considera que o interesse

96 A classificação dos diferentes serviços de telecomunicação, com variados índices de publicização, realizada pela Lei Geral de Telecomunicações, é um exemplo eloqüente do exercício desta discricionariedade legislativa.

97 José María Souvirón Morenilla, ob. cit., pp. 643/4.

98 Alguns autores chegam a se referir a “concessões encobertas” (Pedro Gonçalves, ob. cit., p. 21).

público só pode ser atendido pela *publicatio* da atividade, deve, se constitucionalmente legitimado para tanto, qualificá-la legalmente como serviço público reservado, não podendo fazê-lo pela via transversa da autorização ordenadora, que deve possuir perfil menos rígido.⁹⁹

A grande gama regulatória incidente sobre as atividades privadas de interesse público é evidenciada pelo fato de, após uma primeira geração de agências reguladoras de serviços públicos desestatizados, terem surgido as agências reguladoras de atividades econômicas mediante o mecanismo das autorizações funcionais ou ordenadoras, principalmente na área da saúde – A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/99) – e a Agência Nacional de Saúde Complementar – ANSP (Lei nº 9.961/2000). Dentro da mesma perspectiva poderíamos também colocar as atividades sujeitas à ação regulatória do Banco Central do Brasil – BACEN (Lei nº 4.985/64).

XII – ATIVIDADES PRIVADAS SUJEITAS AO PODER DE POLÍCIA

Neste Tópico abordaremos as atividades privadas sujeitas ao poder de polícia tradicional, oitocentista, às autorizações de mero funcionamento, de cunho genérico, não funcional, em que o Poder Público não direciona, a exemplo do que faz em relação às atividades econômicas de interesse geral, a atividade privada para o atendimento de interesses coletivos, mas apenas zela para que não agrida o interesse público genericamente considerado, a saúde, a segurança e os direitos de terceiros.

Exemplo do poder de polícia que incide sobre as atividades econômicas é a regulação da concentração econômica, exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa da Economia – CADE. Há ainda os poderes de polícia mais específicos exercidos pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, – pelo Instituto Nacional de Metrologia – INMETRO, – pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, – pelos órgãos administrativos de proteção do meio ambiente, pelo Ministério do Trabalho, etc.

É de se destacar também a necessidade de incidência do poder de polícia (autorizações prévias, fiscalização, etc.) sobre grande parte dos serviços (privados) ao público¹⁰⁰.

99 “Às vezes o título de intensa intervenção do Estado se apóia em uma referência subjetiva, isto é, em uma titularização em seu favor, e outras vezes o Estado fundamenta esta intervenção na importância social daquelas atividades, que o autorizam a regulamentá-las intensamente sem necessidade de serem declaradas como sendo de sua titularidade.” (Gaspar Ariño Ortiz, ob. cit., p. 499).

100 Gaspar Ariño Ortiz, ob. cit., p. 502.

Destarte, as atividades econômicas estão, por força do art. 170 da Constituição Federal, sujeitas ao poder de polícia administrativa, exercido, eventualmente, através da exigência de autorização prévia de funcionamento.

Este é o mínimo de constrição a que pode chegar a regulação estatal da economia, denominada por GASPAR ARIÑO ORTIZ de “regulação externa”,¹⁰¹ uma vez que, ainda que potencialmente, sempre incidirá o poder de polícia que assegure que nenhuma atividade humana, ainda mais se de caráter econômico, seja exercida contrariamente ao interesse público. Devemos inclusive notar que “*o recuo da ordem pública de caráter dirigente não significa o desaparecimento de restrições aos agentes do mercado. Em nome da liberdade de concorrência, pesadas sujeições têm sido impostas à liberdade contratual, não sem um certo paradoxo. Estas restrições tomam cada vez mais importância, na medida em que o direito da concorrência tem um caráter marcadamente expansionista*”.¹⁰²

Sendo o poder de polícia a modalidade regulatória menos constritiva, o Princípio da Proporcionalidade impõe que, sempre que atenda ao interesse visado e a matéria tenha sido deixada pela Constituição à discricionariedade do Legislador, o Estado deva, antes de considerar a atividade como serviço público ou como atividade econômica de interesse público, buscar aperfeiçoar os mecanismos regulatórios de polícia administrativa tradicional para que não tenha que lançar mão de meios mais constritivos.

E, mesmo no exercício do poder de polícia, “*os princípios que regem a coação administrativa direta devem atender às particularidades do princípio da legalidade (com cláusulas de habilitação geral, metamorfose funcional e competencial...) e à incidência que sobre o mesmo adquire o princípio da oportunidade, junto com os de congruência ou idoneidade e proporcionalidade sensu stricto ou proibição do excesso, que obriga tanto a eleição do meio mais suave entre os idôneos ou adequados, como a ponderar a salvaguarda do interesse público com a consequente restrição da liberdade afetada*”.¹⁰³

101 *Idem, ibidem*, p. 243.

102 Dominique Bureau, “La Réglementation de l'Économie”, constante dos *Archives...* p. 331.

103 Iñaki Agirreaskuenaga, “La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a locales a inspeccionar”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 69.

XIII – CONCLUSÕES

Podemos ver que o universo da regulação estatal da economia possui uma complexidade que exige parâmetros fluidos e dinâmicos, mas ao mesmo tempo seguros, de forma que as tensões entre a liberdade econômica e os anseios e valores sociais da Constituição possam ser compostas da maneira menos gravosa para ambos.

O Princípio da Proporcionalidade é, assim, o guia por excelência das escolhas públicas a serem feitas, que, se por um lado, devem atender ao interesse público, por outro devem fazê-lo da maneira menos constritiva à livre iniciativa, e, mesmo nas modalidades regulatórias em que esta esteja em princípio excluída (monopólios e serviços públicos), deve buscar propiciar o acesso à atividade ao maior número possível de agentes econômicos privados (concessionários e permissionários).

Não se trata sob qualquer hipótese de colocar o interesse público em segundo plano, mas, outrossim, de zelar para que não se busque alcançá-lo por meios desnecessariamente onerosos aos valores da livre iniciativa, também albergados na Constituição Federal.