

RECEBIDO EM: 31/11/2014

APROVADO EM: 26/03/2015

# AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

*THE TRANSFORMATIONS OF THE STATE AND ITS IMPACT ON  
ADMINISTRATIVE LAW*

*Germano Bezerra Cardoso.<sup>1</sup>*

*Procurador Federal*

*Lotado na Procuradoria-Geral Federal,*

*Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos*

*mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília/CEUB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A crise do Estado;  
2 As agências reguladoras e a regulação no contexto  
brasileiro; 3 A fuga para o direito privado e as novas  
formas contratuais da Administração Pública;  
4 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> [germano.cardoso@agu.gov.br](mailto:germano.cardoso@agu.gov.br)

**RESUMO:** Tradicionalmente, o regime jurídico de direito público se desenvolveu sob o paradigma do binômio estado-cidadão ou bipolar, fundamentado na concepção de que a relação jurídica é construída a partir do conflito de interesse entre o Estado e o cidadão. Influenciado pelo fenômeno da globalização as transformações ocorridas no Estado durante as últimas décadas pôs em questionamento esse paradigma, que, para alguns, tem contribuído para a crise e a fragmentação da unidade estatal. O objetivo do presente trabalho é analisar como essa mudança de perspectiva tem influenciado o direito administrativo no Brasil e sua projeção sobre aspectos importantes relacionados à regulação e às novas formas de contratação do Poder Público, sobre as quais se podem verificar uma maior aproximação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada, flexibilizando o paradigma bipolar.

**PALAVRAS CHAVE:** Estado. Globalização. Interesse Público. Regulação. Contrato Administrativo.

**ABSTRACT:** Traditionally, the legal regime of public law developed under the paradigm of the binomial state-citizen or bipolar based on the conception that the legal relationship is built from the conflict of interest between the state and the citizen. Influenced by globalization the changes occurring in the state during the last decades has put into question this paradigm, which, for some, has contributed to the crisis and the fragmentation of the state unit. The aim of this paper is to analyze how this change of perspective has influenced the administrative law in Brazil and its projection on important issues related to regulation and new forms of contracting aspects of the government, upon which one can check the state closer to the private sector and the civil society sector itself, with flexible bipolar paradigm.

**KEYWORDS:** State. Globalization. Public Interest. Regulation. Administrative Contract.

## INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o regime jurídico de direito público se desenvolveu sob o paradigma do binômio Estado-cidadão ou bipolar, na expressão de Cassese<sup>2</sup>. Trata-se da ideia de que a relação jurídica é construída a partir do conflito de interesse entre o Estado e o cidadão, em que ambos ocupam dois polos distintos e antagônicos, perseguindo objetivos não convergentes (interesse público x interesse particular).

As esferas pública e privada também são antagônicas, na medida em que veiculam princípios e regras diferentes no seu respectivo campo de atuação. Isto é, enquanto ao particular é permitido tudo aquilo que não é vedado expressamente por lei, o Estado só pode agir quando autorizado e desde que em conformidade com a lei. A concepção da autonomia de vontade para a formação dos atos jurídicos é o traço balizador do campo de atuação do Estado e do particular.

O antagonismo entre o interesse público e o interesse privado norteou os teóricos do direito público ao longo dos últimos dois séculos<sup>3</sup>, tendo sido desenvolvido um ramo jurídico específico, o direito administrativo, para tratar da estrutura, organização e funções de um sujeito especial no âmbito do poder estatal: a Administração Pública. Assim, por influência do direito francês, “*a concepção de que a especialidade do direito administrativo se definiria por oposição ao direito privado*”<sup>4</sup>, constituiu a origem e os fundamentos do direito administrativo no Brasil<sup>5</sup>.

Todavia, essa perspectiva dualista dos fundamentos do direito administrativo passou a ser questionado, sobretudo devido às várias transformações pelas quais passaram o Estado em decorrência do fenômeno da globalização nas últimas décadas. A diminuição das atividades estatais,

2 CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.

3 SUNDFELD define como “teoria dos antagonismos” a matriz de análise do direito administrativo tradicional, “que foca no jogo das oposições a circundar as leis, as regras, as práticas os casos, as decisões, os princípios, os institutos” (*Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86).

4 *Ibid.*, p. 30.

5 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos autores com significativa influência no direito administrativo brasileiro nas duas últimas décadas: “[...] a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposição criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares” (*Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 62).

por meio de privatizações e o aumento da concessão de serviços públicos à iniciativa privada, têm sido apontados como um dos aspectos da “*crise do Estado*” ocorrida nos últimos anos.

O objetivo do presente trabalho é analisar como essa mudança de perspectiva tem influenciado o direito administrativo no Brasil e sua projeção sobre aspectos importantes relacionados à regulação e às novas formas de contratação do Poder Público, sobre as quais se podem verificar uma maior aproximação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada, flexibilizando, desse modo, o paradigma bipolar<sup>6</sup>.

Ainda que no campo teórico a ideia de antagonismo entre o interesse público e o interesse privado possua significativa influência, procuraremos destacar, sem a pretensão de exaurir o tema, como a aplicação prática da política regulatória e das contratações realizadas pelo Poder Público tem procurado atuar, na medida do possível, em pé de igualdade com a iniciativa privada, por meio de instrumentos jurídicos que propiciem uma maior parceria e cooperação entre as partes.

## 1 A CRISE DO ESTADO

Cassese<sup>7</sup> destaca que a “*crise da unidade do Estado*” está relacionada com a “*fragmentação dos poderes públicos*”, apresentando-se como um dos problemas centrais dos ordenamentos jurídicos modernos ocidentais,

6 Não constitui objetivo do presente trabalho analisar os motivos e os fundamentos para o surgimento do fenômeno da globalização, tampouco analisar eventuais prós e contras. Parte-se do pressuposto que a globalização é uma realidade na ordem mundial, que influencia as relações sociais em diversos aspectos, notadamente na esfera jurídica. Com efeito, a conceituação da globalização na literatura é bastante ampla e controversa quanto aos seus efeitos políticos, econômicos, sociais e jurídicos. De acordo com Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilman, vários fatores podem ser destacados para o surgimento da globalização. Existe uma vasta literatura no campo da filosofia, política, economia e sociologia com o objetivo de descrever este fenômeno, havendo confrontos ideológicos acerca do impacto desta nova ordem mundial nas relações entre os Estados-nação. A descrição do fenômeno da globalização derivou várias teorias ideológicas acerca dos seus aspectos positivos e negativos. Na esteira do entendimento de Boaventura Santos, a autora destaca que a globalização não se apresenta sob uma única forma ou realidade, cuja explicação ocorre a partir de “realidades entrelaçadas”. A globalização constitui “um conjunto de relações sociais diferenciadas, e, portanto, existem várias globalizações, pois se trata de uma concepção de transição”. Entende a autora que este fenômeno não se restringe apenas ao campo econômico. Ou seja, “há algo maior de complexidade que transcende a cultura e as sociedades, na qual, a filosofia construiu um novo paradigma onde não há, portanto, neste processo uma concepção unidimensional, mas a partir da dimensão econômica se expande e se transforma em outras dimensões: política, jurídica, social e cultural” (in *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 54). Cassese, por sua vez, sob uma perspectiva econômica, entende que a “globalização consiste em redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação” (*A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010. p. 25).

7 CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.

*“embora com intensidades diferentes”*. O surgimento e a multiplicação das entidades híbridas, constituídas de organismos semi-público, aliada à proliferação de organismos públicos não submetidos ao controle do governo central *“trouxe problemas significativos”* à democracia.

O primeiro diz respeito à definição acerca do que é ente público. A preocupação em obter um conceito único para o setor público só fez agravar a crise do Estado, tendo em vista que *“as noções são tão numerosas quanto os entes – ou categoria de entes – existentes”*. O segundo refere-se à diferenciação do setor público não estatal, de modo que *“a insuficiência das categorias tradicionais a ser incluída no paraestado levou a determinar também novas terminologias, como, justamente, a de ‘setor público’”*. O terceiro está associado à gestão ou de operacionalização, isto é, no que diz respeito à subordinação ao governo e outros órgãos representativos *“do variado mundo dos poderes públicos não estatais”*. O quarto problema está relacionado à prestação de contas desses organismos à sociedade (*accountability*).

Para Cassese, esses problemas se agravaram com o surgimento das autoridades independentes (ou agências reguladoras)<sup>8</sup>, que passaram a ter por *“delegação”* do Parlamento poderes normativos caracterizados por uma dupla função. *“Uma parte é conservada pelo Parlamento, enquanto outra é atribuída a autoridades independentes, embora nem todas tenham poderes normativos”*. No âmbito da organização administrativa, há uma mudança de perspectiva das autoridades independentes se afastarem da estrutura do Poder Executivo, considerando a ausência de hierarquia daqueles para com os ministérios do governo eleito, não estando sujeito ao princípio da *“responsabilidade ministerial”* ou controle hierárquico.

Com efeito, o regime de indicação e a nomeação dos seus dirigentes com mandato fixo não coincidente com o do governo eleito, apesar de depender de aprovação do parlamento, faz com que o exercício da função administrativa não seja, em tese, suscetível de ingerência de algum outro órgão externo. Um dos fatores para a utilização desse regime jurídico diferenciado de organização e gestão das autoridades independentes decorre do fato de eles serem responsáveis pela regulação de atividades consideradas *“sensíveis”*. Isto é, estão relacionadas ao debate dos riscos provenientes das mudanças incorporadas ao processo de globalização, existindo várias

---

8 O autor analisa o surgimento das autoridades independentes no contexto europeu, cujo modelo influenciou o surgimento da agência reguladora no direito brasileiro.

dimensões do risco produzido para tratar dos problemas criados pelo desenvolvimento tecnológico (meio-ambiente e saúde, por exemplo)<sup>9</sup>.

Contudo, a tentativa de insulamento do ente regulador frente ao poder político (executivo e legislativo) trouxe vários inconvenientes acerca do papel dessas agências autônomas dentro de um contexto democrático, na medida em que seus dirigentes e o respectivo corpo técnico não são submetidos ao sufrágio universal. Com efeito, a ideia de responsabilização dos atos das agências frente à sociedade “*traz novos desafios à democracia, ao criar domínios controlados por burocracias técnicas com pouca ou nenhuma responsabilização pública*”<sup>10</sup>.

Nesse sentido, a discussão em torno da *accountability* ou responsabilização dos atos das agências autônomas ganham relevo no espaço democrático, como forma de fomentar a participação dos cidadãos nos processos de definição e avaliação das políticas públicas no âmbito do espaço regulatório, fazendo com que as decisões sejam mais responsivas, no sentido de transparência e prestação de contas perante a sociedade. Além disso, deve haver espaços institucionais para que os cidadãos possam participar e impugnar as decisões do poder público (tribunais de contas, ministério público, judiciário etc.), como forma de viabilizar a sua plena participação no âmbito dos procedimentos das agências reguladoras.

A fragmentação da unidade estatal fez com que a autoridade do poder político perdesse a sua importância como elemento centralizador na definição das políticas públicas, como preconizava o paradigma bipolar, havendo a delegação desse poder a entidades autônomas<sup>11</sup>. Não obstante,

9 HEILMAN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.

10 In: ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, ago. 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 de agosto de 2014. Segundo SUSTEIN (2004, p. 151), no direito norte-americano o modelo de agência idealizado pela política do new deal também gerou sérias críticas acerca do caráter democrático e responsivo dos seus agentes: “... os atores das agências não são responsabilizáveis mediante eleições e frequentemente não são responsivos perante o público em geral. Por causa da ausência das salvaguardas eleitorais, as agências são suscetíveis à pressão das facções e não raro são mais passíveis de agir acordo com seus próprios interesses [...] Ao criar um novo conjunto de agentes administrativos autônomos, os criadores do New Deal tentaram evitar os tribunais do common law e, eventualmente, o processo legislativo, que pareciam ter se tornado presas do controle das facções. Entretanto, ao se afastar das garantias tradicionais, os reformadores aumentaram a probabilidade de ocorrência dos abusos que o sistema tradicional foi pensado para controlar” (SUSTEIN, Cass R., SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004.

11 Para Heilman, a vontade coletiva não é mais determinada por meio da representação parlamentar interna, cedendo cada vez mais aos denominados “processos informais de negociação no âmbito interno da política administrativa dos órgãos do executivo, dos acordos político-partidários e no âmbito externo

ainda que o Estado seja o elemento essencial para a atividade normativa, de controle e de fiscalização do setor regulado, por meio da ação das agências reguladoras, o fato é que a sua atuação não pode ser mais imposta de forma unilateral sem ouvir previamente o setor regulado, os usuários do serviço público e a sociedade de um modo geral. A realização de consultas e audiências públicas tem sido utilizado pelo órgão regulador como importantes instrumentos de diálogo com a sociedade.

A abertura da regulação aos canais de participação da sociedade evidencia que, na prática, o Estado tem procurado adotar decisões voltadas para o consenso junto ao setor regulado, utilizando-se de típicos instrumentos de direito privado voltados para a negociação entre as partes envolvidas. Segundo Cassese, o paradigma bipolar é posto em cheque, na medida em que é valorizado pela Administração Pública o uso de modelos “*policêntricos e reticular*”:

Para a crítica do paradigma bipolar, foi relevante a observação da presença de estruturas não bipolares no processo, no qual o *Public Law litigation model* permite expandir o círculo dos potenciais autores e réus, e no próprio direito privado, em que se apresentam *polycentric tasks and adjudication*, que envolvem muitos sujeitos em questões de algum modo fluidas, que requerem negociações recíprocas e, portanto, são fundadas na negociação; ou então, a presença de contratos complexos, em que um único negócio formal se acumula uma pluralidade de intenções de negociação provenientes de mais de duas partes contraentes; e também o reconhecimento de que a estrutura dos sistemas jurídicos perde suas características tradicionais não é mais hierárquica, linear, arvorecente, monística, integrada, e assume outros traços porque é policêntrica, reticular e plural<sup>12</sup>.

---

das reuniões direcionadas dos diversos organismos internacionais”. De igual modo, a noção de interesse público perde a sua “condição monolítica”, tornando-se menos abstrato. Neste aspecto, ganha corpo a noção de procedimentalização da atividade administrativa, podendo-se falar “em pluralidade de interesses públicos” (Globalização e o novo direito administrativo. Curitiba: Juruá, 2011. p.).

- 12 CASSESE, *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010. p. 88. Moreira Neto, por sua vez, aborda as transformações do Estado a partir da concepção de transição do Estado Monoclasse para o Estado Pluriclasse, em que o poder público vai perdendo a centralidade na consecução das tarefas públicas, por influência da concepção de consensualidade nas novas formas de contratação. Com efeito, em resposta as mudanças ocorridas após a segunda guerra mundial, “o Estado Pluriclasse ascende então como a forma de organização política dominante, passando a refletir nos Paramentos e nos governos a pluralidade da própria sociedade e a determinar as mudanças de atuação política”. Nesse sentido, o surgimento do Estado Pluriclasse, segundo o autor, “fez despontar certos princípios, que passaram a atuar com reitores dos câmbios deflagrados: como o da subsidiariedade, em lugar da hipertrofia dos entes centrais; o da coordenação, em lugar da exclusividade de atuação; o da privatização, quando a execução do interesse público pudesse ser melhor realizada pelos meios privados; o da publicização, atuando ao revés, retirando o Estado do setor privado e reforçando os seus instrumentos regulatórios das atividades delegadas, e o da consensualidade” (*Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2007. p. 37/48).

Pode-se apontar, também, a influência da concepção de “*governança*”, surgida na década de 1990, para a explicação da forma em que a “*regulação modifica substancialmente a relação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada*”. Trata-se de uma análise diversa da concepção tradicional da Administração Pública, cujos focos de análise estão relacionados aos limites da ação do governo e as respectivas interações com o setor privado, reconhecendo a “*importância da boa interação entre governo, sociedade civil e setor privado*”<sup>13</sup>.

A governança surge no contexto de implantação das reformas neoliberais nos Estados Unidos e na Europa, mas difere dessa ideologia. É caracterizada pelo “*domínio das redes em políticas públicas*”, entendida como “*coleções amorfas de atores públicos, privados e sem fins lucrativos*”, que “*dominam a esfera da administração pública*”. Alguns entendem que as “*redes*” são concebidas “*como um processo natural decorrente da abertura econômica e democratização*”, ao passo que outros entendem que há uma prevalência do privado sobre o público como consequência da crise de legitimidade deste. O controle cede lugar à influência, de modo que o “*poder central perde a capacidade de controlar diretamente os atores e os recursos e passa a usar mais a capacidade de influência*”. Há uma maior utilização de recursos públicos e privados de forma híbrida, institucionalizando, dessa forma, parcerias formas e informais entre o setor público e o privado. Por fim, são criados modelos “*organizacionais híbridos*”, nos quais ocorre a mistura dos recursos público e privado<sup>14</sup>.

Cassese<sup>15</sup> ressalta que a governança não é um “*instrumento da globalização*”, mas uma forma de mantê-la sob controle. Isto é, devem ser compreendidos “*como fenômenos diferentes, e até mesmo opostos, ainda que caminhem na mesma direção, de subtrair uma parte do direito ao seu soberano habitual, o Estado*”. Os defensores da governança afirmam que o seu conceito é “*essencialmente democrático*”. Apesar da redução do papel do Estado na atividade econômica com as reformas neoliberais, houve o aumento das parcerias com o setor privado e com o terceiro setor em função da “*crescente pressão da sociedade*”. Dessa forma, “*a governança reconhece a importância das organizações públicas na rede de articulação com o privado*”<sup>16</sup>.

13 PECCI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 58.

14 *Ibidem*, p. 59.

15 CASSESE, op. cit., p. 26.

16 PECCI, *ibidem*, p. 59.

## 2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A REGULAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

As reformas realizadas no Estado brasileiro na década de 1990 também foram influenciadas por motivações semelhantes ocorridas no continente europeu sob a inspiração da ideologia neoliberal e do fenômeno da globalização. O processo de reforma da Administração Pública Federal, ocorrido no início da década de 1990 a partir do Plano Nacional de Desestatização<sup>17</sup>, posteriormente intensificado com o Programa de Reforma Gerencial do Estado, teve como motivação tornar o País economicamente viável e mais eficiente.

Com efeito, segundo Abrucio e Pó, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, formulado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare) do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, preconizava que o seu objetivo “*era alterar as bases do Estado brasileiro, a fim de melhorar o seu desempenho e democratizá-lo*”, de modo que as atividades administrativas não consideradas essenciais “*deveriam ser repassadas à iniciativa privada e reguladas pelo Estado, ao mesmo tempo em que se implantaria ‘a administração pública gerencial’*”<sup>18</sup>. Nesse contexto, a criação das agências reguladoras era o meio institucional idealizado para a regulação da atividade econômica setorial

Para tanto, foi necessária a alteração do texto constitucional e a realização de reformas no plano da legislação infraconstitucional, com o objetivo de tirar o monopólio da União para a exploração do serviço de telecomunicações e petróleo<sup>19</sup>, por exemplo, dando a oportunidade para que a iniciativa privada investisse nesses setores por meio de contratos de concessão, permitindo a sua exploração direta.

Nessa perspectiva, era necessário transmitir confiança, segurança jurídica e previsibilidade às regras e aos contratos de concessão, de modo a tornar o País em um ambiente seguro para o investimento estrangeiro, diante da escassez de recursos e a insuficiência do Governo Federal de realizar por conta própria as políticas públicas para o desenvolvimento

---

17 O marco do processo de privatização foi a edição do Plano Nacional de Desestatização por meio da Lei nº 8.031/1990, revogada posteriormente pela Lei nº 9.491/1997.

18 ABRUCIO; PÓ, op. cit.

19 A Emenda Constitucional nº 8 alterou o desenho institucional da exploração da União (art. 21, XII, a, CF) sob regime de monopólio do serviço público de telefonia, permitindo a exploração direta ou mediante a autorização, concessão ou permissão, dispondo que a lei regulamentará a organização dos serviços e a criação de um órgão regulador (Anatel). Já a Emenda Constitucional nº 9/1995 permitiu à União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades correlatas à exploração de petróleo, quebrando o monopólio daquele ente federativo.

nacional. Portanto, a criação das agências reguladoras teve por objetivo instituir o “*marco regulatório*” de exploração pela iniciativa privada dos serviços públicos privatizados, de modo a trazer confiança e segurança jurídica no que se refere aos cumprimentos dos contratos (garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos)<sup>20</sup>.

As mudanças normativas realizadas no processo de reforma gerencial evidenciaram a alteração do papel do Estado frente ao particular, que, deixando de lado o caráter impositivo da vontade da autoridade estatal, busca alcançar soluções consensuais, no qual a agência reguladora passa a ser a mediadora dos interesses envolvidos no processo de regulação de forma a alcançar, na medida do possível, a solução mais equilibrada<sup>21</sup>.

É importante tecer algumas considerações sobre o termo “*regulação*”, para que possamos compreender a sua dinâmica. Na literatura jurídica brasileira o interesse por essa palavra é considerado recente no Direito brasileiro, a despeito de já existir o seu uso normativo na legislação, como é o caso do disposto no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, ao prever a competência do Estado para exercer a função de “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”. A criação das agências reguladoras despertou o interesse dos administrativistas sobre os temas relacionados à regulação e os seus reflexos no direito administrativo.

Não há um conceito exato sobre regulação na literatura jurídica. Mas, de um modo geral, destaca Sundfeld<sup>22</sup> que a palavra regulação tem sido utilizada para “*designar o conjunto das intervenções estatais, principalmente sobre os agentes econômicos, e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e de mecanismos jurídicos que essas intervenções geram*”. Para Posner, a regulação econômica representa uma forma de “*intervenção estatal no mercado*”, entendida como “*todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica*”<sup>23</sup>.

---

20 De acordo com SANT'ANA: “com as privatizações e as emendas constitucionais, a agenda de discussões sobre a atuação do Estado em relação aos serviços públicos concentrou-se em como garantir a segurança jurídica do marco regulatório, como introduzir mecanismos concorrenciais entre os concessionários de serviços públicos e como garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos” (SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010. p. 375).

21 MARQUES NETO, Frederico de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

22 SUNDFELD, op. cit., p. 98/99.

23 POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50.

O jurista americano rejeita a teoria do interesse público e a teoria da captura para explicar os objetivos da regulação econômica. A ideia de que a intervenção estatal tem por pressuposto corrigir falhas de mercado (monopólio, externalidades, assimetria de informações e problemas de ação coletiva – *free rider*) possui uma série de deficiências, tendo em vista que a prática tem demonstrado que nem sempre a regulação tem por objetivo corrigir tais falhas, bem como a teoria “*não define qualquer intercâmbio ou mecanismo pelo qual uma concepção de interesses públicos é traduzida em ação legislativa*”. De outro lado, também não há dados empíricos suficientes para demonstrar que a regulação tem por pressuposto sempre satisfazer grupos específicos de interesse (captura). A ausência de dados empíricos para tanto, sinalizam que “*os efeitos da regulação econômica são difíceis de rastrear*”, tornando complicado “*identificar quais os mercados que se beneficiam e quais são os prejudicados pela regulação*”<sup>24</sup>.

As justificativas para a regulação estatal estão assentadas em vários aspectos de ordem econômica e política, voltados para a intervenção no mercado, cuja norma pode ter por finalidade desde a correção de suas falhas, como também a adoção de políticas redistributivas em razão da existência de um interesse público identificado, vontades e aspirações coletivas na definição da política pública<sup>25</sup>, transferências de interesses de grupo e ‘*rent seeking*’<sup>26</sup>, consistente no produto de esforços de grupos privados para redistribuir recursos existentes em seu próprio benefício, de modo que os grupos mais organizados podem levar vantagem em relação aos grupos menos organizados.

Nesse contexto, existem várias justificativas e explicações para a edição de normas voltadas para a regulação econômica, sendo que, na maioria das vezes, é bastante complexo identificar com precisão as razões de um determinado ato regulatório com o fim perseguido pelo ente regulador. Assinala Sustain que “*normas reguladoras não deveriam ser tratadas como sendo um todo uniforme, sem diferenciações, tampouco como uma série de intervenções altamente particulares no contexto geral fixado pelo Direito*”. Várias

24 idem, *ibidem*, p. 55 e 73.

25 “Algumas normas devem ser entendidas como materialização de preferências coletivas, incluindo aspirações, preferências sobre preferências, ou juízos de valor considerados por parte de segmentos significativos da sociedade. Normas de tal tipo são resultados de processos deliberativos dos cidadãos e parlamentares” (SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In MATTOS, Paulo et alli (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano, São Paulo: Editora 34, 2004. p. 44/45).

26 “[...] ‘rent seeking’ pode ser definido como sendo a produção riqueza por meio de esforços políticos tendentes a redistribuir recursos existentes; em vez de sua produção dar-se por meio da ação de diversos mercados. A atividade política voltada a gerar mudanças no status quo existente, é, portanto, censurável – inclusive as mudanças que gerem redistribuição de recursos por meio de desregulação ou eficiência econômica”(Idem. *Ibidem*, p. 61/62).

abordagens são possíveis para justificar a edição da medida regulatória, de modo que, *“sem que se conheça apropriadamente o fato, a natureza, o alcance, bem como os seus efeitos práticos, as várias estratégias de regulação não podem ser decididas”*. A variedade de programas governamentais se fundamenta em concepções tradicionais acerca do bem-estar social e dos limites da intervenção na autonomia individual e coletiva, podendo os motivos serem convincentes ou não.

No contexto da atividade de regulação das agências brasileiras é fundamental analisar também a realidade de cada setor e os grupos econômicos envolvidos, para que se possam identificar quais os objetivos específicos de um determinado ato ou na regulação de um serviço público. A despeito de as agências reguladoras possuírem características institucionais em comum, na prática, o seu modo de atuação tem se mostrado bastante dispare, de maneira que seria temerário considerá-las como uma realidade política uniforme, tendo em vista a dinâmica de cada setor regulado (energia elétrica, telecomunicações, petróleo, transportes, portos, aeroportos, saúde etc.) em decorrência da *“ação dos atores políticos, sociais e econômicos envolvidos em cada setor”*<sup>27</sup>.

De qualquer maneira, a interação dos grupos de interesse, do órgão regulador e demais membros da sociedade na construção de determinada regulação ou política pública, tem sugerido o caráter dialógico ou policêntrico (Cassese) na forma de atuação das agências reguladoras. A função de árbitro e mediadora dos interesses envolvidos tem sido um desafio constante da atividade de regulação realizada pelas agências na busca do cumprimento equilibrado do comando do artigo 170 da Constituição Federal<sup>28</sup>.

27 Conforme advertência de Abrucio e Pó: “a construção das agências reguladoras de cada área teve dinâmica e motivações próprias. Os problemas do setor, os desejos e negociações dos representantes políticos, a existência de grupos e interesses organizados afetam a configuração institucional e as regras a que uma agência pode estar submetida. A argumentação deste artigo mostra que essa uniformidade é, em grande medida, aparente e esconde diferenças significativas no funcionamento das agências. Assim, a diversidade dos setores já estaria incorporada no funcionamento, mais que no desenho das agências, o que matiza a argumentação de Mueller e Pereira (2002:68) no sentido de que as diferenças entre os reguladores serão provocados depois da sua instalação devido à ação dos atores políticos, sociais e econômicos envolvidos em cada setor” (Id., *Ibidem*, p..

28 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no

A relação entre o Estado e o particular não pode ser reduzida, portanto, a partir de uma mera relação de tensão e antagonismo entre ambos (bipolar ou binária), mas multilateral de modo a equilibrar os interesses do próprio Estado, os setores econômicos regulados e a própria sociedade<sup>29</sup>.

### 3 A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO E AS NOVAS FORMAS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O reflexo das transformações do papel do Estado também tem se projetado na disciplina dos contratos administrativos. A estreita relação dos modelos consensuais da Administração Pública com a regulação é evidente, na medida em que essa modalidade de intervenção estatal cria as condições necessárias para uma relação de parceria com os setores público e privado na prestação ou exploração de determinada atividade ou serviço público<sup>30</sup>.

Nesse sentido, mostra-se relevante tecer algumas considerações sobre o fenômeno da “*fuga para o direito privado*”. Com efeito, essa expressão, que inicialmente foi invocada pelo jurista alemão Fritz Fleiner, em 1928<sup>31</sup>, foi utilizada por Estorninho para analisar as mudanças ocorridas em

---

País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

- 29 Como destaca Cassese: “aqui a relação entre Estado e economia é bem mais complexa. O Estado não indica fins, mas estabelece regras e procedimentos e não desempenha ele mesmo a atividade de execução, mas a confia a autoridade de regulação ou adjudicação. Entre reguladores e regulados instauram-se relações não binárias, mas multilaterais. Basta o exemplo das regulações assimétricas introduzidas para facilitar a entrada de novos empresários (new entrants) em setores antes dominados por um monopolista de fato ou legal (incumbent). Nesse caso, a disciplina pública, na medida em que favorece alguns, desfavorece outros. E não é feita para durar, mas para cessar, ser substituída por um regime não desequilibrado, mas paritário, no qual as empresas concorrem com as mesmas” (Id., *ibidem*, p. 50).
- 30 Segundo SUNDFELD: “no caso brasileiro, talvez os desafios jurídicos mais interessantes dos últimos anos sejam sobre a regulação que envolve a celebração e gestão de contratos públicos – contratos que, em geral, a legislação denomina ‘concessão’. Essa legislação vem crescendo, criou variações em torno das ideias mais antigas de concessão e tem sido amplamente aplicada” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 99).
- 31 Assinala COUTO e SILVA que a doutrina de Fritz Fleiner foi desenvolvida logo após o fim da primeira guerra mundial. A teoria desenvolvida pôs em “xeque a teoria do serviço público, pois, em certas situações, a vinculação a um serviço público, por mais estreita que fosse, não era mais suficiente para qualificar como de direito público os atos naquela praticados. O serviço público passou também a ser prestado por entidades de direito privado, da administração descentralizada ou indireta, e sujeitas a regime jurídico predominantemente de direito privado” (Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, 209: 43-70, jul/set. 1997. p. 59).

Portugal durante o processo de reforma e reestruturação da Administração Pública no início da década de 1990<sup>32</sup>.

O objeto de investigação do fenômeno “*fuga para o direito privado*” consiste em analisar “*aquelas situações nas quais a Administração Pública adopta as formas de organização e/ou as formas de actuação jurídico-privadas, para com isso se furta ao regime de direito público a que normalmente está sujeita*”<sup>33</sup>. Ou seja, procura identificar a perda de identidade da Administração Pública diante do crescimento do neoliberalismo na gestão pública, resultante da crise do Estado e do direito positivo.

O fenômeno da privatização se consagra como a tendência conformadora da atuação administrativa que se torna diversificada, mas consensual. Trata-se da transferência da gestão pública de determinados serviços públicos ao particular por meio de “*parcerias*”, utilizando meios próprios de flexibilização: privatização, concessões e contratualização.

O uso das formas contratuais para a instrumentalização da prestação do serviço público pelos particulares (concessão) não é um fato novo, sendo fruto de um processo histórico gradual determinado por razões diversas. O alargamento das atividades do poder público no final do século XIX, decorrente da transformação do Estado liberal, fez com que a administração pública, em razão da escassez de recurso para a prestação do serviço público com qualidade, utilizasse das formas contratuais para delegação dessas funções ao particular para a realização de grandes obras. Não obstante, a doutrina francesa construiu a figura do contrato administrativo como um regime jurídico diferenciado dos contratos de direito privado, caracterizado pela presença das denominadas cláusulas exorbitantes do direito comum, à luz do paradigma bipolar do direito público.

Porém, o interesse da doutrina administrativa francesa pelo contrato administrativo passou por um período de “*quase-hibernação*”, sendo o seu interesse voltado praticamente para a figura do ato administrativo. A partir do pós-guerra a teoria do contrato administrativo ressurgiu, adquirindo uma nova vitalidade em decorrência da passagem do Estado social e o alargamento das funções do Estado agravado pela insuficiência dos recursos estatais para prover os interesses da coletividade cada vez mais crescente. A particularidade desse período é o “*aparecimento de uma nova mentalidade*”, que começa a se observar na transição da administração

32 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

33 *Ibidem*, p. 17.

autoritária para a “*administração soberana consensual*”, pondo em dúvida os esquemas teóricos tradicionais do direito administrativo. De acordo com ESTORNINHO:

Trata-se de uma forma de administração nova, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles com uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública<sup>34</sup>.

Nas décadas de 1980 e 1990, a discussão acerca do papel do Estado para prover os interesses da coletividade volta à pauta, influenciada pelas críticas do neoliberalismo à incapacidade da administração pública de realizar com eficiência políticas públicas de interesse da coletividade, devido ao “*alargamento desmesurado da atividade administrativa*”, que resultou na “*sobrecarga e ineficiência*” do aparato estatal. Nesse contexto, a crise do Estado Social influenciou sobremaneira a privatização da Administração pública, contribuindo para “*o recurso às formas jurídico-privadas de organização e actuação administrativas*”<sup>35</sup>.

Assim, a busca pela eficiência da Administração Pública está intimamente ligada ao processo de privatização e a utilização de novas formas jurídico-privadas de organização e atuação administrativas. Há uma nova concepção do modo de administrar, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade. O administrado passa a ser visto como “*consumidor ou cliente de uma administração gestora e garante*”<sup>36</sup>.

Couto e Silva<sup>37</sup> assinala que a ideia de administração consensual ou *soft administration* é caracterizada pela utilização de “*formas consensuais em substituição às decisões unilaterais que caracterizam o ato administrativo*”, voltadas para a “*colaboração entre particulares e Estado na realização de fins públicos*”, dentro do contexto de um regime jurídico que valoriza a democracia participativa. Este tema está diretamente associado “*às noções de Estado e sociedade, de interesse público e de interesse privado, de direito público e de direito privado*”. As formas de colaboração se irradiam por

34 ESTORNINHO, op. cit., p. 44 e 47.

35 Ibidem, p. 47.

36 Ibidem, p. 47.

37 COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

vários institutos do direito administrativo, especialmente em relação às novas formas de contratação no âmbito da administração pública.

Na órbita dos contratos administrativos a quebra do paradigma bipolar mostra-se evidente nas últimas décadas, ao se apresentar como importante instrumento jurídico para a condução da gestão pública. Com esteio na doutrina de Gauguin, Medauar<sup>38</sup> ressalta que o aumento do uso dos contratos administrativos nas últimas décadas devido a aproximação entre o Estado e a sociedade no âmbito do espaço democrático, que permeou a gestão governamental por meio das técnicas contratuais, utilizando-se das práticas de negociação e a busca do consenso com o particular. Há uma diminuição da centralidade do ato administrativo como instrumento de gestão pública, que, de uma certa forma, refletia um caráter mais autoritário na atuação do poder público em relação ao particular.

O contrato administrativo emerge como instrumento democrático (consensual) na gestão pública, propiciando uma maior aproximação e participação do setor privado na prestação do serviço público. Com efeito, *“preconiza-se uma nova ação pública, debatida e negociada, menos longe dos cidadãos”*. A relação jurídica entre o Estado e o particular não está baseada na concepção de supremacia, mas a *“partir de um enfoque pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, regulação e negociação”*<sup>39</sup>.

No espaço regulatório é possível vislumbrar algumas opções adotadas pelo legislador pátrio no sentido de prestigiar o caráter consensual na gestão da política de regulação conduzida pelas agências reguladoras e a respectiva relação com o setor privado:

- a) Na regulação do setor elétrico, a Lei nº 9.684/1998 atribuiu a uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos as atividades de coordenação e controle da geração e transmissão de energia elétrica, qual seja, o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, cuja gestão é realizada por um órgão colegiado composto por representantes indicados pelos setores público (3 dirigentes) e privado (2 dirigentes). A sua atividade contém certas limitações, possuindo função de caráter executivo e está sujeita à fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Não obstante, é inegável o uso de

38 MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80288>>. Acesso em: 4 set. 2014;

39 MEDAUAR, op. cit., Acesso em: 4 set. 2014;

mecanismos típicos de direito privado para a gestão de serviços considerados públicos;

- b) Na regulação do serviço de interconexão em redes de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações estabelece a possibilidade de *“livre negociação entre os interessados, mediante acordo”*, desde que observado o disposto na Lei e na regulamentação expedida pela Anatel. O acordo firmado deverá ser *“formalizado por contrato”*, cuja validade dependerá de homologação pela Agência. Na hipótese da ausência de acordo entre os interessados, a Agência, mediante provocação, *“arbitrará as condições para a interconexão”* (Art. 153, Lei nº 9.472/1997)<sup>40</sup>;
- c) O marco regulatório do regime de exploração direta e indireta de Portos pela União, instituído pela Lei nº 12.815/2013 (conversão da MP nº 595/2012), cujo objetivo foi lançar *“novas bases para o desenvolvimento do setor portuário nacional”*, de modo a promover *“a participação da iniciativa privada com o Estado, da operação dos terminais portuários”*. Para as instalações dentro do Porto Organizado foi instituído o regime de *“concessão de uso de bem público”*, formalizados em contrato de concessão e arrendamento;

---

40 Em sede de controle jurisdicional, há decisões no sentido de prestigiar as decisões adotadas pela Anatel em sede de arbitragem na regulação do serviço de interconexão. Com efeito, no julgamento do Recurso Especial nº 1.171.688/DF, o Superior Tribunal de Justiça apreciou um litígio entre duas operadoras de telefonia celular acerca da correta mensuração do Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes, em razão da implementação de um sistema de interconexão fundado exclusivamente na cobertura de custos, que resultou na instauração de vários procedimentos no âmbito administrativo e judicial entre as partes envolvidas, levando a Anatel a constituir uma Comissão de Arbitragem de Interconexão (CAI). Ao entender que a Agência é o órgão competente para dirimir “as condições de interconexão quando se mostrar impossível a solução entre as operadoras interessadas”, nos termos do artigo 153, § 2º, da Lei nº 9.472/1997, posicionou-se o Tribunal no sentido de prestigiar a decisão adotada pelo ente regulador, em virtude do “alto grau de discricionariedade técnica imanente ao tema e em consideração aos princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência”, pois “a lógica do sistema de telecomunicações impõe a prudência de estender o VU-M fixado no despacho n. 3/2007 a todos os demais participantes de arbitragens similares, o que abrange a contenda entre a recorrida e a recorrente”. Cumpre ressaltar que no julgamento do RESP nº 1.171.688/DF, a Segunda Turma do STJ, ao prestigiar a decisão administrativa da Anatel, advertiu que a deferência do Judiciário para com a interpretação técnica adotada pela Agência reguladora (judicial deference), “não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”. Mas o reconhecimento de que, “em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível”, de modo a não prejudicar o funcionamento do sistema de serviço público de telefonia.

e, para a exploração de atividade fora do porto organizado vai ser utilizado o regime de “*autorização*”<sup>41</sup>.

No plano da gestão do serviço público de saúde, podemos destacar a criação de uma empresa pública federal (Lei nº 12.550/2011), a Empresa Brasileira de Serviço Hospitalares - Ebserh, com personalidade jurídica de direito privado, vinculada ao Ministério da Educação – MEC, com o objetivo de gerir os hospitais universitários federais. A relação jurídica entre a Ebserh e cada instituição universitária (autarquia federal) deverá conter as obrigações dos signatários, as metas de desempenho, indicadores e prazos de execução e a sistemática para o acompanhamento e avaliação das metas estabelecidas.

Outrossim, há diversas situações em que fica evidenciado o caráter consensual da relação do Estado para com o particular, cuja relação contratual não fica caracterizado pelo conceito tradicional da teoria dos contratos como uma relação de interesses contrapostos pelas partes contratantes (sinalagma). É o caso, por exemplo, dos contratos de gestão e dos consórcios públicos em que as partes buscam atingir interesses e objetivos comuns para a prestação de serviços públicos, instituindo “*obrigações recíprocas*”<sup>42</sup>. Destaquem-se também a regulação da forma de colaboração (ou parceria) entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros em regime de mútua cooperação, para a realização de atividade de fomento e consecução de finalidades de interesse público, nos termos da Lei nº 13.019/2004<sup>43</sup>.

41 Exposição de Motivos da MP nº 595/2012, EM Interministerial nº 00012-A - SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012.

42 Como destaca Medauar: “muitas dúvidas surgiram, e ainda existem, ao se cogitar do tratamento jurídico desse modo de atuar, em especial no tocante ao enquadramento das novas figuras na categoria dos contratos administrativos. Há corrente que nega a natureza de contrato a tais módulos, sobretudo por lhes faltar uma aventada contraposição de interesses que seria, nesta visão, a essencial característica dos contratos. No entanto, situando-se nas obrigações recíprocas o elemento fundamental dos contratos, as novas figuras, sem dúvida, podem ser vistas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora diferente, em muitos pontos do regime aplicado aos contratos clássicos. A título de exemplo, pode-se mencionar o tratamento dado aos consórcios públicos no ordenamento brasileiro, atribuindo-lhes natureza contratual, embora ausente a contraposição de interesses; os consórcios públicos no Brasil envolvem a realização de interesse comum de dois ou mais entes federativos, todas as pessoas jurídicas públicas, inexistindo, assim, interesses contrapostos” (Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80288>>. Acesso em: 4 set. 2014).

43 De acordo com os fundamentos da “gestão pública democrática” traçada pela Lei nº 13.019/2014: “Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos

No plano das concessões públicas, foi instituída uma nova modalidade de concessão patrocinada ou administrativa, diversa do regime clássico das concessões, regulado pela Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação sob a forma de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública nas condições em que específica, cuja finalidade desta lei foi criar incentivos à iniciativa privada para que pudesse investir em colaboração com o Estado em importantes obras e serviços públicos de infraestrutura (rodovias, construções de hospitais e metrô, por exemplo). Na distribuição dos riscos entre o concedente e o concessionário pode-se dizer que a lei propiciou uma maior margem de negociação na busca da melhor forma de exploração da atividade, na medida em que não especifica quais riscos do empreendimento deve recair sobre o Estado e quais irão ficar sob a responsabilidade com a empresa concessionária<sup>44</sup>. “O importante é que haja justificativa econômica adequada para o modelo de repartição de riscos adotado”, adverte Sundfeld<sup>45</sup>.

Como revela Menezes de Almeida<sup>46</sup>, existem ainda os contratos pelos quais o ente público participa como sócio minoritário em uma sociedade empresária, com o objetivo específico de fomento de determinada atividade econômica. É o caso da Lei Paulista de Inovação Tecnológica (Lei nº 049/2008), na qual prevê que “O Estado, suas autarquias, fundações e empresas por ele controladas, direta ou indiretamente, poderão participar de sociedade de propósito específico, visando ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos...” (art. 21).

Marques Neto<sup>47</sup> destaca, por fim, que a ideia da gestão consensual se projeta além dos contratos administrativos, podendo ser visualizado, também, no âmbito das funções administrativas em que existe uma centralidade mais presente da autoridade estatal, como ocorre no exercício do poder de polícia. É a hipótese da celebração do compromisso de cessação previsto na Lei nº 12.529/2011, que, em seu artigo 85, prevê a possibilidade

---

públicos, devendo obedecer aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, além dos demais princípios constitucionais aplicáveis e dos relacionados a seguir”.

44 A Lei nº 11.079/2004 prevê que na contratação da Parceria Público-Privada a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (art. 4º, VI), devendo ser formalizado no contrato “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e área econômica extraordinária” (art. 5º, III).

45 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

46 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier latin, 2012.

47 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, Ano XXIX, nº 107, dez. 2009. p. 74/81.

nos procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica no âmbito do CADE, o infrator firmar um pacto com a autoridade competente para parar a prática de atividade lesiva à ordem econômica, nos termos e condições fixados em lei.

#### 4 CONCLUSÃO

As transformações ocorridas nas últimas décadas na gestão pública brasileira têm evidenciado significativas mudanças no direito administrativo e nos seus respectivos conceitos e institutos. Influenciados pelos fenômenos da globalização e da privatização o movimento de reforma da administração pública federal realizada na década de 1990 tiveram por objetivo imprimir uma nova relação do Estado para com a sociedade, de forma a propiciar uma participação democrática na definição e realização de políticas públicas. Há uma mudança do papel estatal, em que prepondera a função de regulação e árbitro frente à exploração da atividade econômica delegada à iniciativa privada, que, por sua vez, exige uma atuação de forma mais consensual e negociada na instituição no espaço regulatório.

A criação das agências reguladoras foi uma necessidade adotada pelo governo federal de conferir maior credibilidade e segurança jurídica às novas formas de participação e investimento do setor privado na exploração de atividades econômicas privatizadas. O insulamento do ente regulador frente ao poder político tradicional foi um mecanismo utilizado pelo legislador de conferir uma maior independência e autonomia na regulação da atividade econômica. Por outro lado, a instituição de mecanismos de *accountability* (consultas e audiências públicas, por exemplo) propiciou uma maior participação do setor regulado e da sociedade no âmbito regulatório, exigindo das Agências uma conduta mais transparente e responsiva.

Nesse sentido, a relação entre o Estado e o particular, que antes eram considerados polos separados e em oposição, vão construindo uma relação jurídica de maior aproximação, priorizando uma relação de parceria e cooperação. As novas formas contratuais previstas na legislação sinalizam a tendência consensual na relação do poder público com o setor privado, pondo em cheque inclusive a ideia de contraprestação presente na teoria clássica dos contratos. Os termos de parceria, contratos de gestão e consórcios públicos, por exemplo, as partes contratantes perseguem objetivos comuns (não antagônicos) na prestação de um serviço público.

Na verdade, as novas formas de atuação da administração pública sugerem que a concepção de que o Direito Privado e o Direito Público

seriam verdadeiros conceitos a *priori* está ultrapassada. Prevalece o entendimento de que a ordem jurídica é uma realidade unitária ou uma “*miscelânea*”, na expressão de Estorninho<sup>48</sup>, cuja distinção entre ambos tem o cunho meramente didático, não se tratando de campos jurídicos totalmente opostos.

A utilização das formas jurídico-privadas pelo poder público não tem o condão de eliminar por completo o regime jurídico de direito público e os respectivos mecanismos de controle a que está sujeito, conforme traçado na legislação e na Constituição Federal. Pode-se dizer que há certa gradação na incidência do regime de direito público nas formas de contratação por opção de política legislativa, cuja flexibilização do regime nos contratos administrativos é um reflexo da nova concepção de administração pública inserida em um regime democrático, voltada, na medida do possível, para uma gestão pública consensual e paritária.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, ago. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. 209: 43-70, jul./set. 1997.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.

---

48 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, Ano XXIX, nº 107, dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80288>>. Acesso em: 4 set. 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2007.

PECI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004.

\_\_\_\_\_. As funções das normas reguladoras. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003.