

Regulação na Polícia Administrativa

Regulation in Administrative Police

Luciano Viveiros ¹

Palavras-chaves:

*Direito
Administrativo
Poder de Polícia
Tutela do Estado
Polícia
Administrativa*

Resumo

Debate-se neste artigo o poder polícia, incluindo-se a administrativa, vislumbrando na seara do Direito Administrativo tendo-se por base a premissa de que o Estado tem por dever gerenciar a defesa e proteção de seus administrados. Discute-se, também, as competências relativas a esta administração bem como suas características.

Abstract

In this article, the police, including the administrative one, is discussed, observed in the field of Administrative Law, based on the premise of State has the obligation to manage the defense and protection of its managed people. It is discussed, either, the competences related to this administration, as well as its characteristics.

Key words:

*Administrative
Law
Power of Police
State tutelage
Administrative
Police*

1. Poder de Polícia

Noções

Em priscas eras, “poder de polícia” se traduzia em atividades típicas de Estado que objetivassem a manutenção da ordem nas cidades e a paz social entre cidadãos, sempre, sob a tutela e autoridade do poder público à época. Com o tempo, esse mesmo Estado catalizador e administrador singular das funções públicas foram assistindo ao esvaziamento do seu comando central e permitindo-se recepcionar um processo de descentralização no qual ensejaria a distinção acentuada entre polícia e justiça.

Nesse diapasão, surge a vetusta discussão que se estende até a presente data, ou seja, a fixação dos limites entre atos de império e de mera gestão causados, naquele momento, pela impossibilidade de se recorrer

dos atos provenientes de polícia que o príncipe designava e que, por injustos, estivessem sujeitos a via recursal ou análise judicial.

Com o decorrer do tempo e a presença marcante do “Estado Burguês”, o poder de polícia foi se restringindo perante as atividades religiosas, militares e de natureza econômica, ressalvados os desígnios decorrentes do poder de tributar. Por consequência, fruto dos estados democráticos de direito, a presença do poder legislativo se coaduna com o liberalismo que – naturalmente – exerce sua presença marcante com permissivo a liberdade individual que termina por reduzir o poder de polícia ao que se confirma por, tão somente, manter a segurança dos administrados no que tange ao desenvolvimento social e econômico, em particular, as relações de trabalho, consumo, meio ambiente, comunicação, exercício de atividades profissionais, considerando os

**Artigo
Original**

*Original
Paper*

Pós-Graduação
Cadernos UniFOA - Edição Especial - agosto 2009

¹ Mestre em Direito - Professor da graduação e Pós-graduação da UERJ, FGV, UCAM

limites do modelo adotado pelo Estado que se propõe administrar esses processos com seus próprios meios de subsistência e de sustentabilidade política própria.

Piero Calamandrei¹ definia a Justiça como: “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” que, por consequente adaptação, nos permite breve inspiração para conceituar o “poder de polícia” como “prerrogativa essencial do indivíduo que não permita seja prejudicado no seu interesse, face a existência de norma legal que o proteja e, por consequência, sujeito o infrator a coação que vise assegurar a liberdade” (grifo nosso).

Se tal conceito nos permite elucubrar sob a inspiração de grandes iluministas do Direito, verifica-se simples a constatação que o conceito de poder de polícia se traduz na supremacia geral que o Estado exerce sobre as pessoas, bens e atividades, baseando-se nos mandamentos constitucionais e normas de ordem pública, restringindo direitos individuais em favor da coletividade – por consequência – ao policiamento administrativo. Ilustra Hely Lopes Meirelles², tratar-se de um “mecanismo de frenagem que dispõe a Administração Pública para conter os abusos de direito individual” que, na visão de Caio Tácito³, se consolida em “um conjunto de atribuições concedidas à administração pública para disciplinar e restringir em favor do interesse público adequado, direito e liberdades individuais”.

Como se pode verificar, os mais conceituados doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro se coadunam na exposição franca de que as prerrogativas institucionais extraídas do Direito à liberdade são o manancial de informações exatas que nos permite entender a importância que releva-se o poder de polícia, especificamente, quanto a garantia das liberdades do indivíduo.

Assim descreve Georges Ripert⁴, que expõe ser Poder de Polícia, *in verbis*: “absolutismo é sinônimo de soberania. Se o Direito do homem não pode ser absoluto e se este não é soberano na sociedade, seu

direito é relativo” que, também, se amolda ao contexto de soberania ao que explicita Leon Duguit⁵ sobre “a propriedade não é mais direito subjetivo do proprietário é a função social do detentor da riqueza”, ou seja, mais uma vez a garantia do indivíduo se materializa sobre os direitos expostos em quaisquer dos modelos que uma sociedade pode dispor, seja sob o regime democrático ou sob a veste do liberalismo pleno, como também dos regimes autoritários ou até de um pseudo “socialismo contemporâneo”, fincado na Venezuela, todos, sob o “manto sagrado” de uma proteção à liberdade do cidadão de agir, ir e vir, mas que, jamais, lhe prive da sua individualização como administrado (no sentido singular da palavra) perante o Estado que se impõe soberano.

Faz-se mister uma ressalva, seja este Poder de Polícia capaz de absorver para si a função de restrição ao direito do indivíduo para cumprimento da lei ou por questões de ordem social, porém, não o transformará num invasor de patrimônios individuais no que se cinge, exclusiva e particularmente, as liberdades de caráter subjetivo. Se assim entende-se compatível ao que preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello⁶ quando afirma “não se pode falar em limitações administrativas ao direito de liberdade ou propriedade. As limitações alcançam o exercício do direito, jamais, o próprio direito”.

De forma bem pragmática, entende-se que a manutenção da ordem pública se consolida pela proteção a propriedade e a liberdade individual, como também assegura a salubridade pública que se coadunam com os principais objetos confiados aos cuidados da Polícia administrativa, então, limitando-a as preces em torno dos cuidados com o desenvolvimento social pelo caminho mais comum, ou seja, oferecer condições essenciais de infraestrutura que podem conferir ao cidadão o direito à liberdade se bem próximo disso esteja o Estado – sempre - apto a conceder tudo que for necessário ao exercício pleno dos direitos de cidadania – ou seja – “povo bem atendido pelo Estado é povo livre” (grifo nosso).

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 2006. Editora Atlas

² Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais

³ Tácito, Caio. Citado por Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais

⁴ Ripert, Georges. Citado por Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais

⁵ Duguit, Leon. Citado por Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 2006. Editora Atlas

⁶ Bandeira de Mello, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 10 ed. SP. 1998. Malheiros

⁷ Santos Carvalho Filho, José. Manual de Direito Administrativo, 2006. Editora Lumem Júris

Essa visão se infere na tradução dos conceitos expressos por José dos Santos Carvalho Filho⁷, que apresenta duas versões para interpretação do Poder de Polícia, por dois sentidos distintos cita o autor, seja amplo quando se firma no papel do Estado em abarcar sua competência legislativa para organizar a sociedade cumprindo seu papel organizacional e capaz de delinear o perfil dos direitos ampliando ou reduzindo o seu conteúdo, sob a tutela do princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, II da CF). Principalmente, em sentido estrito, como atividade de natureza administrativa que visa condicionar a liberdade para impor a disciplina necessária para garantia da ordem social. Aqui, o conceito de poder de polícia se infere com útil ao estudo da matéria por, simplesmente, se tratar de direito administrativo que assegura o desenvolvimento das garantias de cidadão e, por consequência, do administrado.

Nessa esteira, uma breve exposição sobre um possível conflito de interpretações, especificamente, quanto ao vocábulo poder de polícia no que concerne às diferenças entre “polícia” enquanto função que se traduz pela atividade administrativa e seu aspecto material, enquanto que a “polícia” sob a veste de uma corporação que é integrada ao processo de segurança pública, coibindo a prática de delitos. Observe-se que a “polícia de segurança”, vamos assim denominar, pode e deve se imiscuir com a proteção e garantia da ordem social quanto à prática de crimes, sejam ambientais ou administrativos, também, sociais. Porém, a “polícia administrativa” poderá ser exercida por outros órgãos da Administração Pública como, por exemplo, fiscais da Delegacia Regional do Trabalho (MTE), da Receita Federal e até da Polícia Federal, em se tratando de crimes contra União.

Idem, em discussão, quanto à divisão das funções de “polícia administrativa” e “polícia judiciária” ambas, diametralmente, opostas em seus conceitos e aplicações. A polícia judiciária, embora seja decorrente de atividade administrativa, está vinculada a uma função de natureza jurisdicional, ou seja, depende de uma decisão judicial que

ampare sua atuação dentro dos limites de um determinado processo penal, por exemplo. Então, mister estar regulada por uma ordem processual penal (Código de Processo Penal), fruto de uma condenação na qual um jurisdicionado foi submetido. Quanto a polícia administrativa, cinge-se na figura de num elemento fiscalizador que poderá submeter a atuação - por ordem pública - um administrado por não cumprimento de uma regra de caráter administrativo, ou seja, trata-se de uma atividade de caráter, essencialmente, preventivo. Observe-se que, a polícia judiciária incide sobre alguém que pratica um ilícito penal e a polícia administrativa recai sobre as atividades dos indivíduos de forma regulatória e fiscalizadora, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, indicando a querela – preventivo X repressivo.

Em decorrência de uma nova ordem social, as doutrinas sobre tal temática se tornaram mais interessadas em rediscutir as funções de Estado do que, na verdade, definir vetustos conceitos sobre a precípua e inquestionável função do poder de polícia que, em outra época, se fazia mister.

Senão vejamos.

Para a contemporânea doutrinadora Odete Medauar⁹, “com a ampliação das funções do Estado, aumentou o campo do poder de polícia para atuar na ordem econômica e social, não mais somente mediante restrições, mas ainda por imposições”. Tais imposições se explicam perante um Estado que, não dotado de características totalitárias e fruto de regimes autoritários, atua como Estado Democrático de Direito que visa ao bem comum por via de permissionários ou concessionários capazes de suprir o custo operacional antes delegado a um único ser ou entidade pública para, então, descentralizar funções que antes imaginavam-se restritas ao poder público, mas que agora possíveis a iniciativa privada. Essas funções, por consequência, verificam-se subordinadas a uma excessiva fiscalização que permitirá o controle do Estado sem, sequer, esteja a ele limitado ou mesmo subordinado por sua presença física, onipresente. Porquanto, em consequência dessas inovações, observa-se necessária e frequente a participação do Estado, capaz de minimizar sequelas do atual “transito

⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 2006. Editora Atlas

⁹ Medauar, Odete. Citado por Santos Carvalho Filho, José. Manual de Direito Administrativo, 2006. Editora Lumem Juris

¹⁰ Bandeira de Mello, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 10 ed. SP. 1998. Malheiros

administrativo”, aparelhado de uma “polícia administrativa” participativa e presente, assim denominada por Juan Rivero.

O administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰, assegura “designativo manifestamente infeliz” nomear-se “poder de polícia” a essa espécie de atividade e continua sua exposição de motivos sob a argumentação de que “engloba, sob um único nome coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade como leis e atos administrativos. A expressão traz consigo a evocação de uma época pretérita do Estado de Polícia que precedeu o Estado de Direito. Traz a suposição de prerrogativas existentes em prol do príncipe e que se faz comunicar inadvertidamente fundamento ao Poder Executivo”. Tal posicionamento acentua-se como um aviso aos estudiosos do Direito administrativo de que, jamais, estarão imiscuídas as funções de “polícia de estanque” para compor a ordem social – em contrário senso - da “polícia de administração”, que se funda em princípios voltados para defesa da organização do estado e pela proteção ao administrado sob a égide de procedimentos legais que visem ao perfeito funcionamento dos entes públicos. Assim, depõe Augustin Gordillo¹¹ que afirma tal expressão esteja arraigada e “contaminada pelo autoritarismo de um estado policial ultrapassado pelo tempo” e, por precedente, a Rafael Bielsa¹² que se baseia na “incerteza que pertencia ao domínio da arbitrariedade”.

Esses posicionamentos tão abalizados se insurgem diante um Estado Laico capaz de se decompor perante aos seus administrados, ainda, se perdurasse em sobrevida frente a evolução do mundo moderno e dos processos de globalização que se encampam na maioria dos países denominados de “primeiro mundo” ou mesmo por suas mais intrigantes siglas, p.ex., “G-7”, MERCOSUL, ALCA e outras.

Em resumo, perfilhamos por Carlos Ari Sundfeld¹³ na sua feliz denominação de “Administração Ordenadora”, que traduz a capacidade do Estado em gerenciar sua defesa e a proteção dos seus administrados, por via legal, para garantia das liberdades e da ordem social.

Competências

O Poder de Polícia figura do texto constitucional, citado pelo Art. 145, II da Lei Maior, dando azo às demais vinculações as leis, normas e regras gerais impostas por atos legislativos ou mesmo por portarias e atos administrativos que precedem a sua utilização.

A Carta Política de 1988 definiu que todos os entes federativos pudessem exercer o “poder de polícia”, para tanto a União, Estados e Municípios concorrem de forma privativa, comum e supletiva para exercê-lo, ressalvadas as matérias fixadas pelo texto constitucional (Artigos 21, 22, 23, 24, 30 e 32 da CF).

Esses limites se integram aos interesses de ordem social e econômica que são expostos nos diversos incisos que compõem o texto da Lei Maior, entendendo-se fiéis aos princípios de autonomia federativa dos respectivos estados.

Por um momento, tempestivamente, nos reportamos em parênteses a uma discussão recente sobre essas competências quanto a possibilidade de adotar o modelo americano, em particular, ao fato de que se poderia estabelecer critérios sobre condicionar a legislação a particularidades ocorridas em estados federados, oportunidade em que seria possível que uma Assembleia Legislativa de um Estado definisse quanto a punições mais severas para determinados crimes. Em absurda hipótese, o confronto de legislações estaria dependente de uma definição mais concreta sobre os limites territoriais que se firmam no país.

É mister observar que a organização político-administrativa que delimita a área de atuação dos Estados da União, ainda não são claras e evidentes a ponto de definir com perfeição onde termina o Município de Nova Iguaçu e começa o Município de Duque de Caxias.

Nesse diapasão, é mister esclarecer que os limites territoriais impingidos pelo DNER para marcação de áreas limítrofes, externados por placas expostas pelas rodovias federais, diametralmente, não se confundem com limites de ordem pública referentes à

¹¹ Gordillo, Augustin. Citado por Pereira Martins, Eliezer. Curso de Direito Administrativo Econômico, 2006. Editora Lumem Juris

¹² Bielsa, Rafael. Citado por Filho, José dos Santos Carvalho Filho. Manual do Direito Administrativo, 2006. Lúmen Júrís Editora

¹³ Sundfeld, Carlos Ari. Citado por Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo, 2006. Editora Atlas

soberania territorial dos Estados federados.

Exemplifica-se tal situação, pelo interesse público na construção de uma escola que será fixada – em princípio – em local próximo ao Município de Duque de Caxias. Observe-se que, independentemente, da base territorial onde será solidificada, essa escola deverá atender uma comunidade local que, por consequência, caso seja construída e administrada pelo prefeito de Nova Iguaçu, certamente, será subordinada a organização político-administrativa da municipalidade de Nova Iguaçu. Para tanto, estará sujeita as normas determinadas pelos idílios e pela Lei Orgânica de Nova Iguaçu, em que pese se localize mais próximo da municipalidade de Duque de Caxias.

Portanto, caberá a União, privativamente, o exercício do poder de polícia para as matérias de interesse nacional, por exemplo: trabalho, questões financeiras e comércio exterior. Já, para tratar de questões que discutam sobre urbanização, construções e posturas, a Municipalidade será competente. E, no que tange a polícia corporativa que coíbe a criminalidade, reserva-se aos estados federados essa missão.

Há competências residuais, que não são o mote da discussão.

Quanto à polícia administrativa, fica clara sua competência quanto, por exemplo, ao controle do tráfego aéreo que ficou ao encargo da ANAC (Agência Reguladora da Aviação Civil) e ao Ministério da Defesa supervisionar as inúmeras demandas recém ocorridas em Aeroportos brasileiros. Em se tratando de relações de trabalho, por competência privativa da União, ficará subordinada ao Ministério do Trabalho, através de suas Delegacias Regionais, que exercem o controle e fiscalização de mão de obra nas empresas.

Para Municipalidade, por exemplo, caberá o controle de recolhimentos estaduais como o IPVA, o qual permite a livre circulação de veículos em rodovias e vias públicas, assim exercendo sua fiscalização até por meio de vistorias anuais em veículos ali licenciados. E, por fim, caberia a Municipalidade a fiscalização de condomínios residenciais que não estivessem cumprindo as regras estabelecidas pela lei de posturas que determina sejam instalados nos prédios um relógio marcador do uso de água, por unidade, isoladamente.

Por vezes, existirá a possibilidade de concentração de todos esses controles inerentes ao Poder de Polícia num só momento, por exemplo, quando os voos estavam em atraso e foi acionada a Delegacia de Defesa do Consumidor do Estado para autuar companhias aéreas, bem como a Delegacia Regional do Trabalho da União para autuar as empresas que estavam descumprindo norma coletiva de trabalho com jornadas extraordinárias e, neste interregno, a Municipalidade verificou que essas mesmas empresas aéreas não estavam emitindo notas fiscais de serviço aos consumidores. Por consequência, a competência de um não, exclui a de outro ente público e, por concorrentes, podem proceder ao exercício do poder de polícia, conjuntamente.

Características

Os atributos do Poder de Polícia estão descritos pela diversidade quanto a sua morfologia, que também assegura sua caracterização diante dos efeitos decorrentes da discricionariedade, autoexecutoriedade e da coercibilidade.

Esses conceitos se perduram no tempo e, como parte principal da obra de Hely Lopes Meirelles¹⁴, nos remete com muita propriedade as singulares diferenças entre Atos Administrativos Vinculados e Discricionários.

Os atos que decorrem de autoridade pública, por vezes, seguem a tradição de acostar-se a uma norma concreta, ou seja, a uma legislação que a vincule na sua essência. Em outro momento, sempre, por obra de uma regra expressa, permite ao administrador público a sua efetivação dentro dos limites impostos uma determinada mobilidade quanto a sua efetiva aplicação. Nestes casos, estaremos diante de dois distintos institutos do direito administrativo – no primeiro caso, enfrentando um ato vinculado e, no segundo caso, frente a um ato discricionário.

Os atos administrativos discricionários permitem uma “manobra” para sua efetivação, diante do silêncio da regra imposta, ou seja, frente a uma situação em que a norma não menciona os limites para atuação do administrador. Se, nesse caso, verifica-se possível um determinado exercício que leve o administrador a suprir o vácuo causado pela omissão da

¹⁴ Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais

norma, é mister sua aplicação para não comprometer o objetivo precípuo: o atendimento ao que se propôs na defesa dos administrados.

Note-se que a palavra utilizada para definir o instituto foi “vácuo”, pois terá o administrador que se situar a reboque da norma que lhe foi imposta.

Por exemplo, se um fiscal do trabalho encontra uma empresa em que os empregados estão sitiados em determinada localidade, sem transporte para locomover-se e ilhados por condições climáticas desfavoráveis, assim, impedidos de retornar para suas casas, após o expediente de trabalho, e lá obrigados a pernoitar até a jornada do dia seguinte; por consequência, não se pode considerar como horas extraordinárias e nem noturnas o fato de estarem no ambiente de trabalho após a jornada normal de trabalho, nem mesmo autuar a empresa por mantê-los sob o regime de escravidão, tão somente, cobrar da empresa o transporte suficiente para o local e restringir-se ao debate sobre possíveis pagas referentes as horas *in itinere* pelo tempo de deslocamento entre a casa do empregado e o trabalho, em que pese a lei seja clara com referência ao trabalho além do expediente e da necessária autuação em qualquer condição que seja imposta nesses casos. Assim, sob a égide de um ato discricionário, seria viável a não aplicação da lei e a possível opção pelas garantias do empregador ao transporte até o local do trabalho.

Essa exemplificação em estudo trata-se de um ato discricionário, oportunidade em que o administrador público agirá sob a égide da arbitrariedade, *in casu*, ressaltando-se as condições de proteção do trabalho impostas naquela oportunidade.

Entretanto, quanto à vinculação do ato administrativo, se faz presente nas oportunidades em que o administrador municipal se depara com comércio varejista espalhado pelas vias públicas, em locais proibidos a essa prática, imediatamente, procede à retirada dos ambulantes sob a tutela de norma de posturas municipais, inclusive, sob a proteção de *manus militari*.

Estaríamos diante de um ato vinculado, onde o administrador público estará sujeito ao cumprimento de normas de interesse público e deverá agir - estritamente - dentro da lei - Que, ressalve-se pelo exemplo supra, poderia

ser beneficiado pela discricionariedade, caso um dos ambulantes se apresentasse como deficiente físico – então, protegido por uma exceção a regra imposta pelo estado. Estaria o administrador público diante de um fato que, independente de análise prévia, lhe permitiria deixar o comerciante exercer sua atividade, até que averiguada a referida exceção’.

Não é exagero, nesta discussão, referenciar a hipótese em que esteja fixada a dimensão da limitação, oportunidade em que a Administração Pública será obrigada a concentrar-se nessa dimensão, evitando que se amplie em detrimento dos indivíduos, assegura Carvalho Filho¹⁵.

Ademais, há outras motivações que permitem ao administrador público efetivar seus atos sob o manto da autoexecutoriedade. Trata-se de instituto que oferece a capacidade administrativa à condição necessária e suficiente para proceder ao ato de forma executória, sequer, submetida a avaliação judicial. Terá condições, a Administração Pública de exercer sua atividade executiva sem preceder a necessária discussão da matéria pela via judicial, quer seja por mandados ou por obrigações de fazer ou não fazer pela via cautelar.

A autoexecutoriedade é permissivo ao administrador público, no exercício do poder de polícia administrativa, não depender de intervenção de outro poder para tornar efetiva a sua atuação, assim julga o TJ-SP em seus diversos processos sobre a matéria. Denote-se que não são todos os atos que se coadunam com essa ingerência, por exemplo, as multas que só podem ser – realmente - cobradas pela via judicial (dívida ativa). Ainda, verifica-se incompatível que a Administração Pública possa agir sob essa égide em atos que se constituam abuso de poder, por exemplo, não impossibilitando a locomoção dos veículos que sofreram multas. Em recente decisão do Supremo, ficou decidida que a cobrança dessas multas deverá ser realizada pelos órgãos competentes, via judicial, não impedindo que o veículo possa ser vistoriado ou mesmo circule pelas vias públicas.

Ressalve-se, sempre, necessária a obrigação dos atos de autoexecutoriedade aos limites estabelecidos pelas normas e regramentos vigentes, ou seja, para se estabelecer a prerrogativa da autoexecutoriedade –

¹⁵ Santos Carvalho Filho, José. Manual de Direito Administrativo, 2006. Editora Lumem Jurídica, RJ

necessariamente – se fará mister transitar sob o manto do ato vinculado.

Por fim, temos a coercibilidade como elemento característico para a efetivação do poder de polícia que se afigura pela possibilidade da administração pública exercer sua função – se necessário – com o uso da força policial nos casos de recusa ao cumprimento das normas. A questão da obediência às imposições legais se efetiva, por vezes, com a manutenção da ordem por via coercitiva. Contudo, o fato de haver uma regra e que essa mesma regra tenha que ser efetivada diante de determinadas situações, não impede aos administrados exercer sua recusa diante dos fatos, conseqüentemente, violando a lei e recalcitrando frente à proteção dos administrados. Para tanto, a administração pública estaria suficientemente protegida para utilizar-se de força quando há necessidade em dar cumprimento as suas funções de ordem pública, por exemplo, nos casos supra citados em que o comércio de ambulantes prejudica o trânsito de pedestres nas vias públicas e requer a presença da guarda municipal acompanhada da fiscalização municipal para evacuar as ruas e permitir o livre acesso, inclusive, no intuito de não permitir que o comércio local seja prejudicado por cumprir este com as suas contribuições tributárias em prol desse mesmo Estado que, por obrigação, estará ali para protegê-lo da concorrência ilegal.

Aplicação na Tutela Administrativa do Ambiente

No que concerne ao meio ambiente, entende-se que o Direito normatiza a Administração Pública, dando-lhe suporte legal e estabelecendo os seus limites, enquanto que a Administração implementa o Direito, conferindo-lhe vida e eficácia.

Como bem difuso e de uso coletivo, o meio ambiente não pode gerir-se por si só, carecendo de proteção, que é atribuída ao Poder Público, seu “tutor”, já que se trata de *patrimônio público*.

Em virtude do valor do objeto protegido, da relevância dos interesses socioeconômicos envolvidos e da necessidade inabalável de conciliar esses interesses, a Administração Pública deverá, no exercício da tutela patrimonial, guiar-se pelos princípios da legalidade, da impessoalidade,

da moralidade, da publicidade, da eficiência, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.

Como as águas, a atmosfera, a cobertura vegetal, o solo, o subsolo e suas riquezas, em síntese, os recursos bióticos e abióticos, têm uma destinação comum, e, em contrapartida, uma exigência comum, requerem a manutenção da quantidade e da qualidade dos recursos naturais dentro de um equilíbrio ecológico essencial.

Com efeito, o meio ambiente, além de ser um bem essencialmente difuso, possui em si valores intangíveis e imponderáveis que escapam às valorações outras que lhe são atribuídas; por outro lado, obedece a leis naturais não controláveis por qualquer Direito e, na sucessão do tempo e da História, antecede de muito às sociedades organizadas, devendo ir para além das futuras gerações humanas.

De acordo com o conceito legal de poder de polícia, dado pelo art. 78 do Código Tributário Nacional, decorre que, sendo este poder prerrogativa da Administração Pública, esta tem legitimidade para intervir na esfera jurídica do particular, buscando a defesa de interesses relevantes para a coletividade, desde que fundado em lei anterior que o discipline e defina seus contornos.

O *poder de polícia ambiental*, em favor do Estado, definido como incumbência pelo art. 225, de nossa Carta Magna, e a ser exercido em função dos requisitos da ação tutelar, é decorrência lógica da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente. Já o poder de polícia administrativa é uma prerrogativa do Poder Público, em particular do Executivo, dotado dos atributos da discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, inerentes aos atos administrativos.

O poder de polícia administrativa ambiental é exercido mais comumente por meio de ações fiscalizadoras do que punitivas, já que a tutela administrativa do ambiente contempla medidas corretivas e inspectivas, entre outras. Não obstante isso, o licenciamento ambiental ocupa um lugar de relevo entre os atos de polícia praticados, pois visa a preservar a qualidade do meio e a saúde da população contra riscos potenciais ou efetivos oriundos de qualquer empreendimento ou intervenção

que possa alterar, de modo desfavorável, a qualidade do ambiente.

Segundo a Constituição Federal de 1988, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a proteção do meio ambiente, mormente em matéria de polícia administrativa ambiental. Somando-se, assim, que todos os entes federativos têm competência comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Por consequência, verifica-se que as Constituições anteriores não cogitavam da proteção ao meio ambiente e foram alguns Estados, notadamente, São Paulo e Rio de Janeiro que, na década de 70, editaram leis estaduais de controle da poluição ambiental, com fundamento na competência dos Estados para legislar, concorrentemente com a União, sobre a defesa da saúde pública. Não havia legislação federal sobre a matéria até o advento do já revogado Decreto-Lei 1.413/75, que impediu Estados e Municípios de suspenderem o funcionamento de indústrias poluidoras, pois era de competência exclusiva do Presidente da República.

Posteriormente, a Lei 6.938/81 dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e instituiu o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, integrado pelos órgãos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incumbidos da proteção ambiental. Instituiu, também, o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, com poderes deliberativos e normativos, que reconheceram, expressamente, a competência dos Estados e Municípios para editar normas complementares às federais.

Em 1998, a Constituição Brasileira, em seu art. 23, atribuiu competência administrativa comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a proteção do ambiente e o controle da poluição, e, no seu art. 24, conferiu aos Estados competência concorrente com a União para legislar sobre várias matérias ligadas à área ambiental, sendo esta competência estendida aos Municípios, nos casos de interesse local, pelo art. 30, II, da Constituição.

Entretanto, em matéria de infrações administrativas a edição da Lei 9.605/98 e de seu Regulamento, o Dec. 3.179/99 que, denota-se, implicou revogação do art. 14 da Lei 6.938/81, estabeleceu que os Estados, Distrito

Federal e Municípios, respeitados os princípios gerais estabelecidos nesta Lei Federal, podem definir infrações administrativas e suas respectivas penalidades, sem, contudo, definir crimes e penas já que só a União tem competência legislativa em matéria penal.

Em consequência, os arts. 70 a 76 da Lei 9.605/98 não são as únicas normas sobre infrações administrativas, pois no âmbito da competência federal deve-se levar em conta o já citado Dec. 3.179/99, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, regulamentando, sob este aspecto, a Lei 9.605/98.

Para a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente, além de consagrar o dever do poluidor de reparar o dano resultante de sua atividade, o legislador enumerou, ao lado de alguns instrumentos de cunho preventivo, as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental de índole eminentemente repressiva, visto que a defesa do meio ambiente se desenvolve – simultaneamente – a partir de ações de índole preventiva, reparatória e repressiva.

Há de se ressaltar, também, que a reparação civil do dano ambiental é a manifestação mais evidente do princípio do poluidor-pagador, embora alcance, também, medidas de cunho preventivo e repressivo

Por fim, as responsabilidades administrativa e penal classificam-se como instrumentos de *repressão* às condutas consideradas lesivas ao meio ambiente, diferenciando-se, neste sentido, da responsabilidade civil. No entanto, em matéria de tutela ambiental, não dependem necessariamente da configuração de um prejuízo para serem invocadas, podendo, também, coibir condutas que apresentem mero potencial de dano ou mesmo risco de agressão aos recursos ambientais.

Por fim, temos que as investigações de supostas infrações e as aplicações de sanções administrativas figuram como as mais importantes expressões do poder de polícia conferido à Administração, externado através das penalidades administrativas previstas em lei e aplicadas concretamente ao caso.

A aplicação de sanções administrativas pela administração pública e pelos entes

federativos rege-se, sobretudo, pelo princípio da legalidade, sendo que a incidência deste princípio não implica o rigor de se exigir que as condutas inflacionais sejam todas previamente especificadas em lei bastando, somente, a violação de um preceito inserto em lei ou em normas regulamentares, caracterizador de um ilícito, que torne legítima a aplicação de uma sanção prescrita em texto legal.

Para que se garanta uma maior efetividade à tutela penal ambiental, necessário se faz a utilização, muitas vezes, de tipos abertos e normas penais em branco, possibilitando ao agente administrativo agir com ampla discricionariedade ao buscar a subsunção do caso concreto na tipificação legal adotada.

Aplica-se, como regra o conceito que “Infração administrativa ambiental é toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (art. 70, *caput*, Lei 9.605/98).

A infração administrativa expressa em um auto de infração ambiental, que deverá apontar a regra jurídica violada, é apurada em processo administrativo próprio, garantindo ao infrator os princípios da ampla defesa e do contraditório.

A lei em exame apresenta o seguinte rol de sanções para as infrações administrativas: advertência multa simples; multa diária; apreensão dos animais; produtos e subprodutos da fauna e da flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades; restritiva de direitos, enumeradas no art. 72, da Lei 9.605/98.

Agora a Lei 9.605/98, nos incisos V e VI, do artigo 72, expressamente possibilita todas as providências necessárias para evitar o consumo de produtos nocivos ao meio ambiente ou à saúde. Abrange não apenas os que aqui forem produzidos como também os oriundos do exterior.

Em matéria ambiental, a Carta Magna, em seu artigo 23, incisos VI e VII, prevê expressamente ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das

florestas, da fauna e da flora. Tal competência denomina-se material ou administrativa, uma vez que possui, precisamente, natureza executiva, desautorizando qualquer atividade legisferante.

Já o artigo 24, incisos VI e VIII, estabelece a competência legislativa dos mesmos entes federados, com exclusão dos Municípios, sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, assim como responsabilidade por dano ao meio ambiente.

Importante ressaltar, também, que o tema ambiental foi primeiramente tratado no âmbito infraconstitucional pelo Decreto-Lei n.º 1.413, de 14 de agosto de 1975 e, posteriormente, pela Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinando o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, prevendo, em seu artigo 6º, § 1º, que cabe aos Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, a elaboração de normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

Nesse contexto administrativo, os órgãos ou entidades estaduais integram o SISNAMA como órgãos seccionais, sendo responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental.

Considerações Sobre o Tema

O Estado, através do Direito, organiza o poder para que sejam cumpridos seus preceitos. Mais de uma vez já foi dito que a ordem jurídica visa preservar o que há de essencial na convivência humana e que o poder de polícia é o instrumento, o meio que possibilita atingir este fim. A sociedade não pode ficar a mercê da boa vontade de seus membros no que se relaciona a obedecer ou não a regra geral de conduta, não pode esperar a adesão espontânea dos indivíduos, caso contrário estará sujeita ao desaparecimento.

Denota-se fundamental a previsão do cumprimento obrigatório das normas jurídicas erigidas como parâmetro de convivência

harmoniosa. É necessário que se organize a força para imposição da observância do Direito. Também, é mister que, em caso de desobediência do querer coletivo, o indivíduo sofra coação e volte atrás, ou pelo menos repare, de alguma forma, as consequências de seu ato antissocial.

A sanção jurídica, genericamente considerada, é caracterizada pela predeterminação e organização de tudo que no Direito obedece a esse princípio. Todas as leis são passíveis de uma sanção, assevera o art. 75 do Código Civil “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

É o Estado, como forma de sistematização política da sociedade, diga-se ainda esta vez, o organizador da aplicação das sanções de forma objetiva e transpessoal, detém para si o poder de coação no que se refere à distribuição da justiça, entendida esta como a cessação de conflitos no meio social. Na verdade, quem disciplina as formas e os processos de execução coercitiva do Direito. Contudo, não implica que seja a única entidade com este poder, já que tanto na órbita internacional quanto na nacional existem outras organizações com suas normas e sanções.

O que se pode afirmar é que trata-se de entidade detentora – por excelência – da sanção organizada. E o poder de polícia é seu instrumento hábil através do qual a sanção surge no mundo real.

Em virtude disso, tem os doutrinadores modernos colocado, como princípio necessário à legitimidade do ato de polícia, a proporção entre os meios e os fins da atividade administrativa. A força física só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio capaz de dar cumprimento ao que é prescrito na ordem jurídica e só se legitima quando não somente é compatível, mas também proporcional ao resultado pretendido pela norma legal. Qualquer excesso de coação, qualquer medida que extrapole o necessário para a consecução do resultado torna-se injurídica, sendo passível de correção pelo Judiciário.

O que se propôs, cardinalmente, foi discorrer sobre o poder de polícia de uma forma genérica com a proposta de fornecer seu conceito, apresentando o pensamento de alguns renomados autores sobre tão debatido tema, seus elementos e atributos. Não se pretendeu aqui adentrar em detalhes quanto aos vários

ramos em que se manifesta o mencionado poder, visto ser assunto amplíssimo, a exigir cada qual um estudo independente para apresentá-los. Para tanto, incorpora-se a proposta de abarcar ao texto, nessas considerações sobre a matéria, os principais setores da polícia administrativa no sentido de enriquecer o conteúdo do debate que será tratado, posteriormente.

A polícia administrativa manifesta-se em diferentes campos. Está sempre marcada pelos mesmos caracteres, desdobrando-se de acordo com o desenvolvimento dos serviços públicos em cada país. No Brasil, verificam-se as mais diversas manifestações de polícias administrativas, como seguem exemplificadas.

Polícia de manifestação do pensamento responsável por resguardar o meio social quanto à exteriorização do pensamento através da palavra, quer oral, quer escrita, também devendo incluir na enumeração outros meios que sirvam de veículo exteriorizado, como a mímica e os símbolos.

Polícia de reunião e associação, destinada à proteção e à garantia da ordem pública e de outros direitos tão importantes quanto o de se ajuntar. Difere a reunião da associação não na essência, mas em intensidade, já que esta última se apresenta estável e organizada, podendo constituir-se em pessoa jurídica, quando de finalidade econômica ou de caráter permanente para os associados. A reunião é um aglomerado momentâneo para fins específicos.

Polícia de consciência e culto, destinada a proteger o meio social quanto às manifestações da fé de cada indivíduo. Culto é a exteriorização da própria crença religiosa através de atos que demonstram a fé. A crença, ao contrário, é um estado especial da alma humana, íntima, inviolável, pessoal, só se compreende interiormente.

Polícia da propriedade, encarregada de condicionar seu uso. O direito de propriedade, em outros tempos, era absoluto, atualmente, contudo, está sujeito à numerosas restrições que se fundamentam no interesse público e também no próprio interesse privado. O traço individualista de que se revestia cedeu lugar a concepção de conteúdo social. A propriedade, considerada sua função social, deve ser regulada pelo Poder Público de modo a produzir o melhor rendimento em benefício de todos.

Polícia de construções e de vizinhança que, na salvaguarda de interesses coletivos é responsável por fiscalizar dentro dos limites consignados nas leis, regulamentos e posturas, as construções sob o prisma da segurança, da higiene, das dimensões, da estética, a fim de que a infração de um não constitua perturbações maiores ou menores na coletividade.

Polícia de trânsito, cuja legitimidade decorre da necessidade de atender aos interesses da coletividade ligados à segurança nas vias de circulação, à sua tranquilidade, sossego e facilidades de transporte de toda a natureza. Tratando da fiscalização do trânsito, incide sobre três elementos básicos: o condutor, elemento humano; o veículo, máquina dirigida pelo condutor; o percurso ou via utilizada para a comunicação.

Polícia de estrangeiros, responsável por fiscalizar a entrada e saída do elemento alienígena no território nacional, a permanência no país e as relações diversas que surgem entre os nacionais e estrangeiros, assegurando o meio social quanto às suas consequências.

Polícia das profissões. Do mesmo modo, assim como acontece com as outras liberdades, a de profissões sofre as restrições impostas pelo interesse coletivo, que exige a anterior prova de idoneidade e capacidade daqueles que a exercem. O Estado usa, dessa maneira, também um poder de polícia para regulamentar este campo das atividades humanas.

Polícia de costumes é a espécie da polícia geral que trata da moralidade pública, ou seja, polícia de costumes é conjunto de disposições que fixam normas tendentes a removerem das ações individuais o elemento lesivo da moral pública, entendida esta como as normas, não jurídicas, que contêm o dever do indivíduo de não entrar em choque com as formas e exigências que a comunidade reconhece como limite conferido à liberdade de conduta do indivíduo.

Polícia de comércio. Cumpre ao Estado intervir na economia, dirigindo, controlando e orientando-a. O poder de polícia pode fazer-se sentir, quer no plano nacional, quer no plano internacional, desde que desapareceu a liberdade de comércio como direito subjetivo e absoluto. A necessidade de uma autoridade geral e da unidade de controle sobre o comércio, e a competência do Poder Público para regular os negócios que possam

afetar interesses e relações no meio social fundamentam essa atribuição do poder de polícia.

E, por derradeiro, a Polícia Sanitária e de saúde, que mais adiante nos servirá de exemplo para concentrar-se no tema, notadamente, porque cabe ao Estado impedir que as doenças se espalhem, impedindo que os males de alguns venham a destruir a sociedade inteira. A polícia sanitária é responsável por toda e qualquer limitação que se impõe à liberdade humana por motivos de saúde pública. Pode ser preventiva ou profilática, caracterizada pela série de providências tomadas para evitar as enfermidades; ou repressiva, que atua a *posteriori*, distinguindo-se pelos meios que emprega para curar as doenças já positivas. Existem também outras tantas polícias como a de caça, destinada à proteção da fauna terrestre; polícia de pesca, responsável pela proteção da fauna aquática; polícia de divertimentos públicos, visando a defesa dos valores sociais que podem ser atingidos por espetáculos teatrais, cinematográficos; polícia florestal, destinada à proteção da flora; polícia de pesos e medidas, para a fiscalização dos padrões de medida; polícia de logradouros públicos, destinada à proteção da tranquilidade pública e outras tantas que, assegure-se, por diante surgirão para atender as mais diversas demandas do mundo moderno.

A enumeração acima é uma simples menção, sem o propósito de discorrer, sistematizando sobre os campos de incidência da polícia administrativa.

Na verdade, o Poder de Polícia passou por profundas adversidades e transformações de caráter logístico e operacional diante da criação das Agências Reguladoras durante o mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Naquela oportunidade, o Estado buscava descentralizar-se e oferecia aos administrados a possibilidade de efetivar a prestação de serviços não essenciais por meio de terceiros, assim permitindo que pudessem ser realizados por intermédio de interposta pessoa. Tal fenômeno, por vezes denominado de privatização, fusão, incorporação, terceirização, quarteirização, subempreitada, locação de serviços, PPP's (Parcerias Público Privadas) e outros termos que nem mesmo fazem parte do Dicionário Aurélio, simplesmente, não deixam de copiar a vetusta *locatio operarum* que serviu aos

impérios romanos, antes mesmo da existência de Jesus Cristo.

Ao Estado é designado o cumprimento das suas funções típicas, entretanto, é possível delegar a terceiros a possibilidade de administrar a prestação de determinados serviços, sem excluir o controle desse mesmo estado que, particularmente, poderá se desenvolver com parcerias a iniciativa privada ou mesmo seja delegada a prestação desses serviços sob a sua tutela, porém, por empresas por ele (Estado) escolhidas e “subadministradas” sob condições impostas por lei, dentre elas, a Lei de Licitações e a mais recente legislação que restará permitindo a efetivação de parcerias entre Estado e empresas na conclusão de atividades, então, típicas de Estado.

Ocorre que, com o advento dessas parcerias, o Estado resolveu oferecer o controle e fiscalização dos seus serviços, incluindo-se as concessões, as agências reguladoras. Trata-se de uma cópia ao modelo anglo-saxão que permite sejam realizados serviços públicos sob a gestão de órgãos de natureza pública que detêm a capacidade de exercer o controle da qualidade desses serviços por meio de políticas públicas capazes de incentivar a descentralização do Poder Público e criar condições das empresas privadas prosperarem, oferecendo melhores oportunidades de crescimento autossustentável ao país.

Sem adentrar ao mérito da discussão, visto que esse tema será rediscutido adiante com mais propriedade, observa-se uma forte tendência ao desaparecimento do efetivo Poder de Polícia que, até então, era realizado tão somente pelo Estado, consequentemente, dando azo ao surgimento de um novo processo de “controle estatal”, controle esse que demanda pela qualidade e não mais pela simples efetividade dos serviços prestados aos administrados. Essa prerrogativa veio à baila com a criação das agências de telefonia, aviação, água, petróleo e energia, enfim, arraigou-se por demais serviços e institucionalizou-se, sempre, tentando afastar-se da política partidária e centrar-se na política institucional de controle da qualidade e do verdadeiro papel que o Estado deveria, por diante, propor para sua subsistência diante de tantos anos de ineficiência.

No desiderato de transformar esse

modelo superado de Estado ineficiente para dar o permissivo necessário ao país de atingir um estágio de relevo internacional e que, também, pudesse impulsioná-lo para o enfrentamento direto com os demais países denominados “emergentes” – por consequência – receptivos ao investimento estrangeiro e capaz de melhorar a sua infraestrutura para otimizar a captação de mais recursos, restou ao Governo Federal introduzir um sistema mais ágil de controle que, principalmente, objetivasse a eficiência dos serviços produzidos pelo Estado.

Com o advento da Emenda 19/98, atendendo à provocação de uma citação no projeto da própria EC que, segundo Antonio Carlos Cintra do Amaral¹⁶ fala sobre “qualidade de serviço prestado”, surge tal alteração no sentido de permitir a introdução de um novo princípio que se soma aos já aplicados – Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, em decorrência do exposto. Assim, vem ao mundo jurídico a “Eficiência” para ocupar o lugar do quinto requisito necessário ao Estado para continuar desempenhando seu papel na composição dos aspectos favoráveis ao crescimento do país, representado na oportunidade pelo aparelhamento de sua máquina de produção dos serviços públicos, ensejando prolongar o debate sobre tão importante matéria.

2. Regulação Na Polícia Administrativa

Conceito

Hodiernamente, dentro da nossa tradicional concepção liberal, por consequência da economia de mercado, não seria mister uma regulação de natureza estatal, visto que a concorrência funcionava sem ser notada e que regulava, espontaneamente, os mecanismos da economia.

O regresso, nas últimas décadas, ao paradigma da economia de mercado, depois de uma longa fase de forte intervenção estatal direta na economia fruto dos regimes autoritários significa, desde logo, a revalorização da economia privada, da concorrência e do mercado. As palavras chaves são: terceirização, quarteirização, privatização, concessão e desregularão. Mas

¹⁶ Amaral, Antonio Carlos Cintra. O princípio da Eficiência no Direito Administrativo. Revista Eletrônica, número 05, abril 2006

seria errôneo pensar que a privatização do setor público se traduz, necessariamente, num processo de desregulação e devolução pura e simples para as leis do mercado.

A opção pelo regime não intervencionista e, conseqüentemente, na econômica do estado não significa o regresso ao *laissez-fair* e ao antigo capitalismo liberal, em contrário senso, deseja o abono da atividade empresarial do Estado e o fim dos exclusivos públicos que restou provocando um reforço da atividade reguladora do Estado. Observe-se o que sucedeu, por exemplo, no setor do mercado de telefonia, para ver que a opção pelo regime de não intervenção pode implicar num extenso aparelho de regulação.

Senão vejamos.

Primeiro, porque a regulação está ligada à própria garantia dos mecanismos do mercado e da concorrência. Se tudo decorre pelas condições que o mercado impõe, pode se verificar o fim de um processo que importará em regular o mercado para garantir a concorrência e suas leis de defesa (*antitrust*), como também aos mecanismos dedicados a consolidá-las fazem hoje parte imprescindível da corrente regulatória de qualquer economia de mercado.

Segundo, porque está ligada aos limites e falhas do mercado, isso é, às situações em que o mercado não pode, normalmente, funcionar. É o caso dos monopólios naturais que, por razões de racionalidade econômica, não se pode estabelecer concorrência entre pluralidade de operadores ao aceitar-se um único operador. Isso acontece, principalmente, no caso dos transportes, distribuição de eletricidade, gás, água, etc.

Terceiro, porque deriva das questões externas negativas e do funcionamento da economia de mercado, vigente na propriedade e na iniciativa privada. Entre elas, contam-se os custos sociais agregados aos danos ambientais, prejuízos para a saúde pública e os riscos para a segurança.

Quarto, porque decorre da necessidade de proteger os consumidores na sua relação de troca desigual com os produtores e distribuidores, sobretudo, nos casos de assimetria de informação. Trata-se garantir, por exemplo, uma informação confiável e adequada sobre os produtos e serviços postos no mercado para consumo com o intuito de garantir o direito de todos à segurança e à

saúde, como também assegurar um direito à reparação de danos.

E, uma quinta razão, visa garantir as obrigações prestadas ao serviço público, que devem se manter depois das privatizações e o afastamento dos antigos mecanismos públicos e que eram inerentes à antiga responsabilidade direta do Estado pela prestação de serviços públicos (p.ex: telecomunicações, eletricidade, água, etc.).

É por isso que a atividade de regulação se transformou na mais característica função de natureza econômica do Estado que, na atualidade, se consolida como “Estado Regulador”. Mas, uma das principais características é que a atividade reguladora é exercida não diretamente, pela administração governamental, e sim, por agências reguladoras específicas.

Nesse diapasão, apresentam-se aspectos jurídicos, institucionais e políticos ligados à regulação da economia, especialmente, no que concerne aos serviços públicos e outros setores de interesse econômico geral. Periodicamente e alternadamente, os temas são tratados, inclusive, sobre a criação ou mesmo alteração das autoridades reguladoras, como também uma decisão relevante do Governo ou das autoridades reguladoras.

Ao contrário da economia baseada na intervenção econômica do Estado e nos serviços públicos, diretamente assegurados pelos poderes públicos à nova economia de mercado baseada na iniciativa privada e na concorrência depende, essencialmente, da regulação pública não só para assegurar o funcionamento do próprio mercado, mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante.

Na verdade, o termo “regulação” é, essencialmente, ambivalente.

Por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo. Por outro lado, aponta para o estabelecimento de regras e normas que devem ser observados num determinado comportamento ou situação tendo, precisamente, como objetivo, garantir ou repor o equilíbrio, também, a regularidade de seu funcionamento.

No sentido liberal clássico, a economia não precisa ser regulada - artificialmente - por meio de comandos estranhos. Poderia

ele mesmo, mercado, reagir sobre os fatores de perturbação, eventualmente, emergentes e reequilibrar o funcionamento regular dos mecanismos econômicos.

A regulação era inerente à própria economia.

A regulação era o princípio que se origina dessa visão, ou seja, de uma economia bem regulada, funcionando de acordo com a lei e com as regras de mercado. Na óptica liberal, a máquina social funciona sozinha e não necessitaria de seguir parâmetros ou linhas de conduta particulares, nem mesmo ser direcionada ou orientada.

Por esse motivo, a economia liberal é identificada como economia não regulada, querendo com isso dizer-se que não que funcionava, “desreguladamente”, pelo contrário, para funcionar, “reguladamente”, não era preciso ser regulada pelo Estado. Mas, ainda, toda a regulação artificial implicaria uma perturbação da regulação inerente ao sistema.

O paradigma doutrinário clássico não se limitava a dizer que a economia não carecia de ser regulada, antes prescrevia que ela não devia ser regulada de fora, para não se desregular o seu funcionamento. Mais uma vez se comprova que a visão liberal clássica era crível, enquanto, apesar da distância em relação à realidade ser concebida com um tipo ideal, isto é, como modelo puro de representação da essência do capitalismo liberal, quando contraposta ao tipo de economia artificialmente regulada do antigo regime autoritário. Quando, porém, no final do século XIX, nos Estados Unidos, a regulação exterior teve de vir em socorro da economia para prevenir e restaurar o funcionamento da concorrência contra as distorções e bloqueamentos que a liberdade de mercado tinha produzido. Assim, a representação pelo mercado perdeu a sua adesão à realidade do capitalismo evoluído. E, três décadas mais tarde, restou se encarregando de declarar o óbito do *laissez-faire* e assim estava, definitivamente, encerrado o ciclo do paradigma clássico.

Por toda parte, a economia capitalista era uma economia artificialmente regulada por via do Estado ou por seu impulso. A regulação exterior havia se tornada condição curial para o perfeito funcionamento da economia. O próprio mercado, de regulador, passou

a instituição regulada. A sua sustentação tornou-se dependente da regulação estadual, especialmente, mediante a proibição de cartéis e outros acordos de restrição do mercado (leis de defesa de concorrência ou *antitrust*).

Durante décadas que se seguiram à regulação da economia não parou de aumentar, tornando-se um elemento inerente ao funcionamento do sistema já para garantir a sua *performance* ou para prevenir ou corrigir as crises de funcionamento – tal é o escopo da regulação econômica tradicional - já para assegurar outros interesses sociais (dos trabalhadores, dos consumidores, do ambiente), que tal é o objetivo da moderna regulação social da economia.

Como se referiu, há duas idéias que se ligam os conceitos etimológicos de regulação.

Primeiro, a idéia de estabelecimento e implementação de regras, de normas.

Segundo, a idéia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema. Essas duas idéias bastam para construir o conceito operacional de regulação.

O que se pode consolidar como conceito de regulação, simplesmente, consiste na imposição de regras e controle pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas que são apoiadas por sanções (poder de polícia) em caso de desrespeito as regras. O que se resume é que a Regulação se constitui num sistema em que a discricção dos indivíduos ou instituições é restringida por meio da imposição de normas, pois se trata de intervenção do Estado nas esferas de atividade privada, para realizar seus objetivos com interferência de natureza pública.

Ao observar à amplitude desse conceito, passamos por exemplos de: (i) formas de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins (*lato sensu*); (ii) intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina de atividade econômica privada (*stricto sensu*); e, (iii) num sentido mais específico, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada por via de lei ou outro instrumento normativo de caráter público.

No primeiro sentido, o conceito de regulação cobre todas as atividades do Estado

em relação com a economia, incluindo o exercício de atividades empresarias (empresas públicas em sentido genérico) e as tarefas de condicionamento e disciplina da atividade privada. No segundo sentido, mais vinculado ao sentido econômico das empresas privadas, ficando de fora a participação direta do Estado na própria atividade econômica. No terceiro sentido, ainda mais específico, o significado da regulação reduz ao estabelecimento de regras ou normas de conduta da atividade econômica mediante lei ou outro instrumento normativo, deixando de fora do conceito, as tarefas de implementação administrativa ou técnica dessas regras.

Como se verifica, o conceito de regulação exclui a atividade econômica do Estado (o estado produtor), transformando-a numa espécie de condicionamento externo à atividade dos agentes econômicos. A participação do Estado na economia e a intervenção sobre a economia privada se imiscuem uma com a outra.

Por um lado, a atividade econômica do Estado pode ter objetivos reguladores da atividade econômica privada. Tradicionalmente, umas das justificações das nacionalizações e da economia pública era - justamente - a sua função reguladora. A história dos sistemas de regulação apresenta inúmeros casos de organismos reguladores tendo como atribuições a participação na produção e nos mercados, explicitamente com objetivos de “regulação”.

Por outro lado, existe, por via de regra, uma relação – inversamente proporcional entre a atividade econômica do Estado e a atividade regulatória. Em princípio, quanto maior for aquela, menor tem de ser esta. Por isso, a redução do papel do Estado produtor e prestador de serviços, sobretudo na área dos serviços públicos, implica normalmente o aumento da regulação. Com efeito, um dos traços permanentes e universais de um regime capitalista é, seguramente, um regime que ofereça a regulação das atividades que prestam serviços coletivos aos cidadãos (transportes, comunicações, água, eletricidade, gás, etc.).

O movimento de privatização erigido nos últimos anos, ressalve-se, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, restou levando o atual Governo Lula a uma reflexão mais sensível sobre a capacidade

de tal movimento capitalizar investimentos para o país. Primeiro, agiram por uma razão política. Depois, por uma questão técnica ou mesmo logística, mas capaz de capitalizar investimentos externos e interesse na infraestrutura, até chegar à possibilidade de manobrar um possível retorno de vários desses serviços para a atividade privada, ora a título de concessão, ora a título de atividade especialmente regulada.

Não se pode olvidar dos atuais direcionamentos estratégicos da Petrobrás ao evitar sejam delegados serviços a terceiros, ressalte, que antes eram dispensáveis ao seu próprio interesse administrativo, hoje, concentrados pela própria empresa que se defende assim de quaisquer movimentos que possam levá-la a mais remota possibilidade de privatização.

Em recente matéria publicada no Jornal O Globo, denominada “MARCHA RÉ NA TERCEIRIZAÇÃO – Empresas começam a recontratar pessoal em áreas estratégicas. É a primeirização”¹⁷, observa fenômeno que se traduz no retorno à prestação de serviços sem mais recorrer ao regime de terceirização, prática adotada por empresas que resolvem assumir serviços vinculados à atividade meio e não mais tomar mão de obra de outras empresas interpostas.

Talvez seja este o modelo que o Governo Lula pretenda implantar até o final do seu mandato, considerando-se sob a leitura política atual, a sua reserva à regulação, também.

Note-se que a regulação pública tem por objeto, não somente a atividade economia privada, mas também a própria, ou seja, as empresas públicas, *lato sensu*. Por isso, o conceito de regulação tem de ser alargado de modo a contemplar toda a coordenação pública da economia privada, entendendo a regulação como “regulação pública da economia privada” (grifo nosso). Abarcando-se nesse conceito, ficaria de fora da regulação pública a empresa pública, bem como a regulação privada pública de empresas públicas que, de resto, podem estar no mesmo modal que as empresas privadas.

Oportunamente, essas temáticas serão explicitadas com mais propriedade, mas denota-se que os interesses da regulação não se restringem ao que se apresenta, mas amplia-

¹⁷ O Globo, Caderno Boa Chance, 17 de Dezembro de 2006

se para outras atividades ou outros motivos como, por exemplo, para consumidores, meio ambiente, saúde pública, ou de outras atividades passíveis de regulação como uso da água, aviação, telefonia, etc. Essa regulação pode ser designada como de natureza “policiadora” ou mesmo “fiscalizadora” (grifo nosso).

Na essência, a regulação se faz mister pela sua capacidade de canalizar interesses sociais, políticos e econômicos junto aos interesses dos investimentos que deles decorrem ou se fazem obrigatórios para o seu perfeito funcionamento, sempre, livre da intervenção direta do Estado totalitário ou centralizador.

A década de noventa, foi marcada pela emergência das orientações privatizadoras e “neoliberalizadoras” no Brasil. A palavra de ordem foi a retirada do Estado da área econômica, a liberalização dos mercados, a abertura da livre concorrência e ao mercado. Com efeito, desde o final dos anos setenta, começou a manifestar-se um movimento, com origem nos Estados Unidos e na Grã Bretanha de redução do papel do estado na economia e a de revalorização do papel do mercado e da concorrência. Designado, genericamente, como movimento de “desregulação”, que abarcou a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas privadas, por meio dos fundos de pensão, também, a liberalização de atividades e setores econômicos, até então reservados para o setor público ou pelo menos dependentes de concessão ou autorização pública, incluindo a eletricidade, uso da água, gás e telefonia.

Mas essa orientação, na verdade, fez diminuir o papel econômico do Estado e não conduziu por isso a uma diminuição do seu poder. Houve mudança de áreas e criação de novas formas de trato da coisa pública, mas não desapareceu por completo a participação do Estado nessas atividades, diga-se “típicas do Estado”. Mas, as políticas de privatização obrigaram - em muitos casos - a uma flexibilização necessária. Isso sucedeu, nomeadamente, nas áreas dos serviços públicos que, anteriormente, eram de natureza pública como já citados (água, eletricidade, gás e telefonia).

Os referidos aspectos do “descomprometimento” público em relação à economia não são paralelos e independentes

entre si. Com efeito, a privatização e a liberalização dos setores econômicos reservados ao Estado foram, em muitos casos, acompanhados de uma forte regulação pública das correspondentes atividades. O fenômeno é observável, sobretudo, no caso dos setores de prestação de serviços públicos, sem esgotar a capacidade de gerenciar outros fatores. No caso específico da privatização, empresas públicas de telefonia, por exemplo, provocaram a criação de diversos efeitos reguladores dessa atividade no sentido de assegurar a livre concorrência e a proteção dos investidores e, por consequência, dos consumidores.

Por conclusivo, denota-se que o movimento das privatizações, á época, se traduziu num fator de concentração da esfera econômica, notadamente, das empresas estrangeiras que concentraram seus investimentos no país, principalmente, nos setores de infraestrutura, que consolidou na expansão da regulação. Consequência: uma retirada estratégica do Estado de determinados setores da economia, sem dúvida, abriu um novo rumo para as regras de produção e prestação de serviços nessas áreas e, como observam os especialistas, a chamada “desregulação” produziu não menos regulação, mas sim, uma regulação própria que, por vezes, é muito mais eivada de outros fenômenos regulatórios. Do que se tratou, na verdade, foi substituir a filosofia do Estado dirigente da economia por um Estado regulador do mercado, ou seja, de um Estado intervencionista dominante até final dos anos oitenta, dando lugar ao Estado regulador.

É de se notar que a “desregulação” tem-se manifestado, sobretudo, no domínio da regulação econômica tradicional sem atingir a “regulação social” que, aliás, não tem parado de aumentar em algumas áreas, por exemplo, no que concerne ao trabalho (relações de trabalho).

A era da “desregulação econômica” é, ainda e ao mesmo tempo, a era da regulação social que se impõe no Governo atual e, simultaneamente, sob a tutela das orientações para retirada do Estado da economia e de liberalização dos preços, ainda há instrumentos típicos da regularização tradicional que surgiram com as novas exigências impostas pela ordem pública que administra a economia, provocadas pela necessidade de proteger os consumidores e o ambiente social e político

que pauta a administração do país.

Ao fim de uma década de neoliberalismo, podia afirmar-se com pertinência que, na época da desregulação, a necessidade de regulação não pretendia diminuída, tal qual se verifica na atualidade. E, por diante, se torna cada vez mais complexa e mais difícil a arte de regular, o que, paradoxalmente, encontra-se desregulado.

Características

As Agências Reguladoras surgiram no Brasil nos idos de 90 com a criação da ANP (Lei 9.478/96), ANATEL (Lei 9.472/97), ANEEL (Lei 9.427/96), posteriormente, seguidas pela ANVISA, ANS, ANA, ANTT e a ADA, de 2001. A partir introdução de políticas públicas que transferiram ao setor privado a prestação de serviços, até então, da competência exclusiva do Estado. Tal evolução, restou dando azo a necessidade desse mesmo Estado, por hora descentralizador, se condicionar ao controle e fiscalização dessas atividades que lhe haviam sido conferidas. Assim, o Governo Federal, á época, teve que se desincumbir desse ônus e, ato contínuo, passou a assumir um novo papel e obrigou-se a introduzir, na sua estrutura orgânica, essas referidas agências reguladoras que integrariam a Administração Pública indireta da União. Para tanto, copiando o modelo anglo-saxão, motivou-se na criação desses entes que – como autarquias - também, criadas por lei e sob a égide de um regime especial, pudessem efetivar tal controle e fiscalização dos serviços, ora destinados á iniciativa privada.

Diógenes Gasparini¹⁸, entende como firme tal caracterização.

Na verdade, as agências reguladoras administram um feixe de poderes, principalmente, de polícia capaz de instrumentalizar-se na direção dos setores que desenvolvem a prestação de serviços públicos, exercendo fiscalização e controle sobre o exercício dessas atividades, com direito a interferir sobre a liberdade e a propriedade. Tal aspecto, simplesmente, nos remete ao vetusto conceito de Poder de Polícia que, hodiernamente, se infere aos novos modelos adotados pela Administração Pública e que se transformam em paradoxos atuais frente as políticas públicas modernas.

Esse Poder de Polícia reside em sua

função essencial – a atividade regulatória. E, não é esse Poder de Polícia, senão, um dos instrumentos viabilizadores da atividade regulatória de uma agência executiva, afirma Eliezer Pereira Martins.

Ademais, por concepção doutrinária de Diogo de Figueiredo, segundo Luis Roberto Barroso, “a função reguladora é na verdade um híbrido de atribuições de natureza variada, inclusive, fiscalizadoras”.

E negociadoras, mas também normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionarias, apenas variando o método decisório”.

Essas agências atuam em regime especial, com autonomia técnica, administrativa e financeira, também, funcional. Esta última sofreu várias intempéries devida a sua condição anômala diante dos seus paradigmas, ou seja, seus “servidores” (*lato sensu*, excluindo a condição de servidor público regido por RJU) que não eram concursados e nem mesmo regidos pela Lei 8.112/90. Foram, na sua maioria, indicados e regidos pelo regime “celetista” (CLT - Consolidação das Leis do Trabalho), com a exceção dos seus dirigentes que deveriam se submeter a procedimentos técnicos de escolha e não estariam vinculados aos mandatos eletivos dos governantes contemporâneos. Tal opção encontraria acolhimento na hipótese de desvinculação dos interesses políticos e incentivaria os interesses técnicos e institucionais, concedendo autonomia aos que estivessem administrando as referidas agências.

Recentemente, houve um movimento em torno dessas condições especiais de trabalho e, ingerências jurídicas e políticas restaram por forçar as agências reguladoras a re-estruturar suas condições de trabalho e a regularizar seu corpo funcional. Procederam-se diversos concursos públicos internos e, na maioria, os próprios empregados que ali já estavam prestando serviços foram agraciados com a “absorção” (discutida por ferir o texto constitucional, Art. 37, I e II da CF) que seria uma verdadeira renovação dos seus respectivos “contratos de emprego”, sob a égide da CLT, situação similar aos que trabalham na Caixa Econômica Federal, Correios, Petrobrás e outras paraestatais do gênero. Observe-se que, ainda, discute-se sobre um regime especial

¹⁸ Gasparin, Diógenes. Citado por Pereira Martins, Eliezer. Curso de Direito Administrativo Econômico, 2006. Editora Lumem Juris

que possa considerar esses “servidores” como capazes e competentes para exercer as funções, também, fiscalizadoras que o Estado pretende e nem mesmo lhes permita sejam protegidos por estabilidade que assegure a garantia de punir sem, posteriormente, ser punido.

A Lei 10.847/2004 dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas agências reguladoras

Essa é uma discussão que merece uma tese.

No que concerne à capacidade administrativa dessas agências, verifica-se como um instrumento da descentralização do Estado com delegação de competência para, junto à iniciativa privada, inspecionar as atividades que lhe foram entabuladas, observando a preservação da eficiência e da qualidade dos serviços prestados com o compromisso de defender os interesses públicos envolvidos seja na proteção ao consumidor/usuário utilizando-se dos seus poderes de polícia administrativa sob a tutela de autuações e consequente aplicação de multas, ou mesmo, na capacidade conciliadora e mediadora de promover a concentração de esforços que beneficiem a qualidade dos serviços e o ressarcimento pelos danos, eventualmente, causados para promoção da liberdade e do bem-estar social.

Considerações Gerais Sobre o Tema

Durante a nossa exposição sobre a temática tratada nesse trabalho monográfico, por inúmeras vezes, foi veiculada a discussão sobre as condições de consumidor e de usuário frente aos serviços que lhe eram oferecidos por entes privados, porém, sob o controle e fiscalização das Agências Reguladoras que, cardinalmente, exerceriam pressões no sentido de resguardar a eficiência desses mesmos serviços amparada pelo Poder de Polícia que lhes é designado por lei como vimos em nossas exposições sobre cada uma dessas matérias, respectivamente. Enfim, todas as bases de estudo e consultas aqui desenvolvidas ao longo dessas 30 linhas – certamente – deveriam estar vinculadas às relações entre: Poder de Polícia, Eficiência e Regulação, paradigmas distintos, que se coadunam perante ao mais importante de todos os motes, sejam eles administrados sob a veste de consumidores, considerados

como usuários de serviços públicos – *in casu* – oferecidos por entidades privadas.

Eis a questão.

Mister esclarecer tais condições para que sejam recepcionadas as pujantes teses, sem que sofram críticas posteriores por não estarem - diametral e devidamente – explicitadas, por consequência, solucionadas a contento.

Senão vejamos.

Consumidor é destinatário final de uma relação de consumo, caracterizada pela onerosidade, vulnerabilidade e massificação ou profissionalização da relação usualmente traduzida na contratação por adesão aos serviços oferecidos (*in casu*).

Observe-se, nenhuma dessas características é essencial para definição de usuário.

Em contrário senso, não existe uma definição legal para usuário, haja vista o Art. 7º da Lei 8.987/95 faz menção aos seus direitos e deveres que, por consequência, pode nos levar a uma definição jurídica nessas condições que - por hora - nos é imposta. Por sua vez, o CDC (Código de Defesa do Consumidor) não expressa, em particular, sob o uso dos serviços públicos, tão somente, se veicula algo sobre a prestação desses e não a disciplina. Nem mesmo, quando exemplifica fornecedor como “... pessoa jurídica, pública...” (Art. 3º do CDC). Entrementes, discute-se nesta oportunidade a questão da onerosidade, da qual o usuário não se inclui em se tratando de gratuidade na prestação dos serviços públicos, mas em momento algum nos permite elucubrar que estaria excluído de regime próprio de usuário porque o serviço público pode ser gratuito e evidente que a posição de usuário não presume onerosidade obrigatória, diametralmente contrária à condição de consumidor.

Tal contradição se verifica motivada pela desnecessária inclusão de normas de direito administrativo no estatuto do consumidor (Arts. 22 e 59 do CDC), traduzindo-se como condicionamento de aplicabilidade em todos os casos que se exemplificarem, inclusive, as decorrentes de um contrato oneroso. Em resumo, as normas expostas no CDC que se referem ao serviço público se aplicam em todos os casos, sem exceção e nem mesmo obrigando-se excluir a relação de consumo não oneroso por não figurar a condição de consumidor para esse tipo de serviço.

Discute-se, tempestivamente, sobre a

questão da vulnerabilidade, do qual o usuário não é, necessariamente, submisso. Não é excludente da sua caracterização, embora, permita imaginar que tais condições deveriam estar apostas no âmbito do Direito Público que, posteriormente, deveria abarcar essas prerrogativas.

Também, no que concerne à massificação dos critérios profissionais, poderá estar afeita ao serviço público e não seria critério para elucidação do nosso estudo por se tratar de relações de mercado.

E, para concluir essa querela decorrente das condições que podem delinear o conceito de usuário bem próximo ao de consumidor, especificamente, no que tange a relação contratual existente, que nos permite condicioná-los a situação análoga.

Porém, a maior motivação que os faria condicioná-los a mesma proteção (CDC) seria o fato de haver mercado concorrente para prestação de serviços públicos, impondo-se neste caso a regulação que é condicionada a liberdade econômica. A regulação implica na compreensão do âmbito da liberdade no setor econômico por meio de limites ao exercício decorrentes das atividades que ora são destinadas a entes privados e permitir maior harmonia dessas parcerias de interesse coletivo, propugnando pela proteção dos usuários desses mesmos serviços, que devem estar sujeitos a um regime que lhes garanta o cumprimento de regras básicas, bem como o controle e fiscalização que lhes assegure a qualidade e eficiência na referida prestação desses serviços.

Por derradeiro, esta muito clara as distinções entre usuário e consumidor, satisfeitas pela noção de que este atua dentro do livre mercado e o primeiro, sempre, buscará a realização de suas necessidades essenciais – particularmente – quando um tem direito a água, em sua casa, potável e tratada, enquanto o outro poderá consumi-la sem o tratamento adequado, jamais, privado dessa condição mesmo que comprometida sua dignidade e a saúde pública.

Concluo que a prestação de serviços realizada por privados e, devidamente, submetida à regulação se observará por, jamais, deixar de propugnar pela eficiência que se traduz em economicidade, porém, submetendo os usuários aos limites do Direito Administrativo e das consequentes

normas estabelecidas pelos entes públicos pertinentes, com a devida prevalência no caso de conflitos.

Entretanto, com a devida liberdade, ao afastar-se do regime público a que esta submetida, na omissão, o usuário terá como prerrogativa a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mesmo que vinculado ao regime consumerista. Porquanto, o direito do consumidor será efetivado mediante relações de uso de serviços públicos, ainda que por aplicação de natureza provisória, ocorra na ausência de criação de disciplina própria de proteção ao usuário, de conformidade ao que estabeleceu a EC 19/98 em seu Art. 27. Mas é mister expor que, por exemplo, o Estado de São Paulo editou Lei nº 10.294/99 que dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público daquele estado, excluindo a aplicação subsidiária do CDC no âmbito da administração pública estadual.

Por interesse pelo debate, denotar-se-á que a aplicação do CDC é de caráter interpretativo e caberá a cada julgador oferecer sua criteriosa colaboração no sentido de estender a possibilidade de acolhimento da norma consumerista ao usuário dos serviços públicos, como havíamos defendido, na omissão de norma de ordem administrativa afim.

Em se tratando de serviços públicos sujeitos ao regime privado, quanto a eficiência na segurança do administrado, eficiência da pessoa do fornecedor, eficiência do produto do fornecedor e eficiência dos insumos utilizados pelo fornecedor, restarão sujeitos à fiscalização e controle pela Polícia Administrativa que acionada por intermédio de suas pertinentes, Agências Reguladoras responsáveis, sempre, pela defesa do usuário que, na condição de consumerista, estará protegido por regramentos próprios oriundos do Direito Administrativo, legislações, normas ou portarias expendidas pelos governos, órgãos ou delegacias, respectivamente, bem como na omissão pelo Código de Defesa do Consumidor, por interpretação diversa e, quanto aos fornecedores destes mesmos serviços, estarão sujeitos às penalidades impostas pela polícia administrativa reguladora que, por prerrogativa de lei, imporá a disciplina compatível com a sua competência e limites procedimentais.

Mas não se pode, neste momento, olvidar-se dos riscos e da segurança dos

envolvidos, já que a regulação, mesmo que varie conforme os tipos de risco e de segurança, assumirá um padrão, algo diferente do paradigma neoliberal do final do século passado, por experiências decorrentes de diversos acidentes de percurso que ocorreram nos últimos anos e que marcaram, sobremaneira, a vida das pessoas como, por exemplo, os atos de terrorismo evidenciados em 11 de setembro nos Estados Unidos, a Tsunami que atingiu as praias na Indonésia, o acidente da GOL no Amazonas e a cratera do Metro de São Paulo – sem dúvida – resguardadas as devidas proporções, restaram comprovadas a fragilidade e a decorrente responsabilidade sobre a regulação nesses episódios.

Não há a menor dúvida que o tipo de risco e o contexto cultural em que ocorreram, singularmente, comprometeriam todo esse processo de modernização do Estado com o advento do “Estado Regulador” e, para fortalecer o debate, denota-se que a partilha desses riscos poderiam ter sido evidenciados e, de certa forma, transferido para os cidadãos ou, até mesmo, socializado, provocando que a sociedade assumira parte dos prejuízos que, por consequência, é responsável já que peça fulcral desse processo.

Para tanto, caberá às autoridades públicas a difícil tarefa de regular a partilha do risco e garantir a segurança do administrado, tal qual vem entabulando o *Centre for Analysis of Risk and Regulation da London School of Economics*, que é dedicado às análises de risco decorrentes da regulação e, por esse motivo, torna-se necessária uma reavaliação dos preços e tarifas dos serviços públicos em termos de racionalidade econômica e social, para proceder a adequada alocação dos recursos públicos envolvidos que, por consequência, se resumirá no maior desafio dos estudiosos do Direito Administrativo no século XXI.

Incidência do Poder de Polícia na Regulação

Carlos Roberto Siqueira Castro¹⁹, assegura que por serem anteriores e superiores à sociedade política, a teor dessa concepção liberal, esses direitos devem ser conservados pelo Estado, obrigação que lhe é imposta de forma coincidente e identificadora dos próprios fins da sociedade política, ou seja, que o Estado Regulador possa transparecer sua

capacidade coercitiva na proporção em que é suscitada pela sociedade. Em concepção própria, o que ao Estado lhe é destinado por lei e por comandos de ordem constitucional, será este responsável para que assumira seu papel diante do que esta mesma sociedade espera seja evidenciado.

Ainda, o mesmo autor fortalece o debate, insinuando que o Estado contemporâneo atua por “fragmentação normativa”, pela qual a maioria dos atos-regra (Léon Duguit, já citado) não mais se emana de Assembleias, Câmaras ou Senado, mas sim, de um misto de órgãos e conselhos da Administração Pública, com frequência conjugados ou em paralelo com instâncias representativas da sociedade civil organizada, tal qual exerce seu papel regulador a Ordem dos Advogados do Brasil que atua em dentro da autorregulação do exercício de profissões, principalmente, quando exige para o ingresso na atividade o Exame da Ordem, bem como sujeitando às punições para os advogados que não cumprem ou maculam o estatuto profissional.

Na mesma esteira, assevera que a competência normativa atribuída às agências regulatórias pelas respectivas leis orgânicas traduz um poder regulamentar de segundo grau, que há de ser compatibilizado com o sistema hierárquico de normas legais e infralegais presidido pela constituição rígida.

Concluso, o que se funda em debate, com relação a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária que trata, particularmente, da inserção de impressos e informações nas embalagens de cigarros. Em especial, travam um combate com a Lei 9.294/96 e com as Resoluções RDC 104/01 e 335/03 sobre o objeto dessas referidas informações, tanto sob a ótica do consumidor quanto ao prisma defendido pela Agência, que não entende como aspectos biológicos ou físicos do produto, porém, mero instrumento de propaganda. Este embate se coaduna com o que foi expresso por Siqueira Castro quanto ao que se contende - legislado X regulado.

Para tanto, se depreende que o dever de informar, prescrito no CDC, aplica-se á oferta não publicitária de todo produto ou serviço, não suscetível de limitação administrativa. Dessa forma, a ANVISA não deveria, por mero ato administrativo, afastar a incidência de normas protetivas e obrigatórias à ótica da defesa

¹⁹ Siqueira Castro, Carlos Roberto. O Poder Normativo das Agências Reguladoras, Editora Forense, RJ, 2006

do consumidor, sob o manto da regulação, impedir que informações importantes cheguem ao conhecimento do consumidor que, neste diapasão, se confronta com o princípio da legalidade e, por consequência, com o princípio da eficiência, porque servirá não apenas para proteger a liberdade da empresa, como também para limitar a atuação da autoridade administrativa.

Sob o manto da proteção legal - somado ao cumprimento do substrato de diversas normas de natureza administrativa - que se conflitam com outras de característica legislativa, considerando-se os comandos constitucionais gerais sobre o tema, recentemente; as autoridades do mercado publicitário se manifestaram contrariados, frente aos atos decorrentes do Governo Federal, que reconhece a ANVISA como competente para legislar sobre questões de publicidade, em especial, quanto à matéria trazida a baila.

Verifica-se no texto da Carta Constitucional, que a competência da União se difunde para propaganda comercial (Art. 22, Inciso XIX da CB), também, que a lei federal é capaz de estabelecer meios que garantam à pessoa e à família, a possibilidade de defesa de qualquer tipo de propaganda enganosa ou perniciosa por meio dos órgãos de defesa do consumidor (Inciso II, § 3º do Art. 220 da CB) e que, em debate, as propagandas de cigarro, drogas, bebidas estarão sujeitas a restrições no que concerne ao uso, de conformidade ao § 4º do Art. 220 da CB. E, asseguram os envolvidos, que na continuidade da repressão, por parte da ANVISA, tal querela será levada à apreciação do Judiciário para que sejam estabelecidos os critérios claros quanto a competência em razão da matéria.

Tal contenda - certamente - se concentrará no Poder de Polícia da ANVISA para regular, também, sobre propaganda em embalagens de cigarro sob a argumentação de que impõe regras que protejam o consumidor dos efeitos devastadores do consumo de tabaco por intitular-se “guardiã” dos bons costumes e da ordem social.

Como substrato de toda essa discussão, tempestivamente, mister se fará externar uma nobre manifestação de apoio aos atos da ANVISA se permitir uma breve incursão sobre

o “princípio da insindicabilidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário”. Tal tese se abarca em posicionamento que não resiste ao moderno entendimento sobre Eficiência na Administração Pública, mote do presente trabalho.

Senão vejamos.

Caso a eficiência, analisada como princípio da administração pública e, para tanto, fixada na Constituição Brasileira como decorrente da própria Administração Pública, por consequência, fixada como direito que se afigura em espécie de norma - *in casu* - mensurado em grau de valoração e ordem constitucional, diametralmente, oposta com o conceito de eficiência “insindicável” ao Poder Judiciário, visto que sua missão se destina à guarda da Constituição e da ordem jurídica - certamente - paradoxal torna-se a presente discussão.

Verifica-se que somente a existência ou não da eficiência na atividade administrativa é de natureza “sindicável” pelo Poder Judiciário, pois esse critério qualitativo, que decorre no exercício da atividade administrativa, é norma constitucional imposta à Administração Pública. Para tanto, não é possível ao Estado-Juiz substituir a Administração Pública na aferição de qual conduta administrativa será mais eficiente, tendo em vista as condicionantes factuais e técnicas que moldam a execução da tarefa administrativa ao caso concreto e no que concerne aos próprios limites de recursos orçamentário-financeiros que se sujeita o administrador público.

Porquanto, a discricionariedade administrativa que recai na escolha das atividades administrativas que serão mais eficientes seria adotada pela Administração Pública. Por certo, “o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência.”²⁰ Denota-se, tal atribuição restringe-se à esfera de atribuições do administrador público, que frente às inúmeras demandas pela atuação administrativa e a escassez de recursos financeiros a que está sujeita a Administração Pública, atuará sob as chamadas “escolhas trágicas” de Bobbit²¹.

Nesse diapasão, caso o controle jurisdicional da eficiência implicasse

²⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. “A Eficiência Administrativa na Constituição Federal”. RDA 220 - abril/junho 2000. Rio de Janeiro: Renovar.

³⁰ BOBBIT, Philip *et al.* Tragic Choices - The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources. New York, London. W.W Norton e Company, 1978.

intervenção inaceitável do Poder Judiciário na competência administrativa, por consequência - usurpando as atribuições constitucionais da administração pública - em contrário senso; não se poderia desconsiderar que esse exercício de faculdades discricionárias não só dispensaria a administração pública do respeito à “principiologia constitucional”, como também obrigaria a consagrá-la em todos os seus atos. De certo, não haveria no poder discricionário vontade absolutamente livre do administrador e nem a pretensa imunidade de seu controle”.

Por amor ao debate, essa discussão sobre “(in)sindicabilidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário” deverá ser tratada de acordo com cada caso concreto, considerando-se que, se de um lado, a discricionariedade administrativa impede um controle absoluto da eficiência administrativa pelo Estado-Juiz, por consequência, registrará a necessidade de observância ao princípio constitucional previsto no art. 37, *caput*, da Constituição que assevera sobre a possibilidade de que não ocorra, espontaneamente, se fará através de imposição do Poder Judiciário em cumprimento da sua missão institucional de guardião da Constituição da República.

Na verdade, o Estado controla a liberdade de cada indivíduo de exercer seus direitos e garantias constitucionais de modo que não desestremem a Ordem Social e, esse mesmo estado faz esse controle através do Poder de Polícia Administrativa, sempre com o devido cuidado de não haver, por parte da autoridade administrativa, o Abuso de Poder.

Assevera José Cretella Júnior que “O Poder de Polícia, ao manifestar-se, de modo concreto, pela ação policial, não pode ferir as liberdades públicas, ou seja, as faculdades de auto determinação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro dos limites traçados pelo poder público”²².

Assim, no âmbito do Poder de Polícia Administrativa, realmente, torna-se um bom exemplo o Poder de Polícia Sanitária, que protege a saúde e a segurança da coletividade e possui um campo de atuação muito amplo. Versa sobre normas necessárias à repressão e prevenção de práticas dos indivíduos, dentro da sociedade que ameaçam lesar e, muitas vezes

lesam a saúde e a segurança da coletividade, ameaçando o bem comum.

Depreende-se uma análise mais profunda ao Art. 23, II da Constituição Brasileira, em que, oportunamente, verifica-se que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, bem como nos Arts. 198 a 200 do mesmo título, observa-se também que, toda ação do serviço público de saúde deverá integrar um sistema único de saúde (SUS). Por consequência, a questão sanitária é de responsabilidade de todas as esferas da Administração Pública e isso fortalece a ação do Poder de Polícia Sanitária (ANVISA), assim ensejando que seja amparada por hostes mais complexas.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, as “normas gerais de defesa e proteção da saúde são aquelas regras e prescrições federais impostas tanto à União como ao Distrito Federal, aos Estados-membros e Municípios, objetivando orientar a Polícia Sanitária Nacional, num sentido unitário e coeso, que possibilite a ação conjugada e uniforme de todas as entidades estatais em prol da salubridade pública”. Ainda, que a “generalidade da norma não é a do conteúdo da regra, mas da sua extensão espacial”²³.

Constitui-se fato que o Art. 24 da Constituição Brasileira – em especial - em seu inciso XII, estabelece que é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a Previdência Social, proteção e defesa da saúde, e no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Por sorte, caberá aos municípios legislar – de forma suplementar - a legislação federal e estadual, nos termos do art. 30, incisos I e II da Constituição Brasileira. Em decorrência, quanto a essas normas gerais encontram-se na lei n. 8.080/90 que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde e da organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Lógico concluir-se que, nos casos de calamidade pública, através do Conselho Nacional de Defesa Civil, à União restou criar o “Manual para Decretação de Situação de Emergência ou de Estado de Calamidade Pública”.

No intuito de reiterar os princípios

²² CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.

²³ idem. op. cit. p. 139.

que levam ao debate, ressalve-se que por meio da lei n. 9.782/99 e, depois, alterada pela MP 2.190-34 de 23.08.2001, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Esta referida agência nasceu com o intuito de proteger a saúde da coletividade através do controle sanitário da produção e da civilização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, do processo, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras, é o que está disposto no art. 6º da citada lei.

Os atos expendidos pelas Agências Regularoras como, p.ex. deliberações, portarias e resoluções que são submetidos ao Poder Judiciário, não são consistentes, visto que são raras as decisões que poderiam ser entendidas como verdadeiro controle judicial com efeitos de mérito sobre esses mesmo atos de natureza regulatória, assevera Sérgio Guerra.²⁴

Observe-se, em recente aresto prolatado pela 2a. Turma do STJ, RE no. 434303-PR, 30/09/02, a ANVISA pretendeu editar Resolução em plano superior ou em contradição à Lei n. 6.360/76, de lavra superior. Para Sérgio Guerra, as agências não podem editar normas que se confrontem com a lei, apenas são providas de competência para expedição de normas que não se imiscuem com as que são emanadas da Presidência da República, privativamente.

Para tanto, será óbvio que se adequem os atos normativos das agências, observando-se a hierarquia normativa prescrita na Carta Constitucional. Ressalve-se que tal hierarquia deverá se concentrar em normas primárias direcionadas para as superiores, sem se confrontarem com as de grau mais abalizado.

Nesse âmbito de discussão, verifica-se o acórdão da 5a. Turma do STJ, RE n. 299659-RJ, 07/02/02, sobre resoluções da ANVISA que reproduzimos sob o manto da conveniência na expedição de ato normativo que se infere em contexto referente à discricionariedade administrativa:

“É certo que o Decreto n.3.029 de 16 de abril de 1999, em seu Art. 11, inciso IV, confere à Diretoria Colegiada a competência para editar normas sobre matérias de competência da agência. Todavia, esse mesmo diploma normativo, no seu Art. 13, inciso IV, autoriza o Diretor Presidente a decidir

ad referendum da Diretoria Colegiada as questões de urgência. E foi com 104, de 06 de dezembro de 2000, foi editada, tendo o Diretor-Presidente invocado como fundamento as diversas formas de emprego do Cloreto de Etila na indústria química, a decisão do Conselho Antidrogas – CONAD, em reunião realizada em 05 de dezembro de 2000 e a urgência do assunto. Conclui-se, dessa forma, que a edição de Resoluções pelo Diretor Presidente da ANVISA, *ad referendum*, não carece de respaldo legal, razão pela qual não se pode negar que a Resolução n. 104 é instrumento normativo formalmente válido, apto a produzir efeitos a partir de sua publicação, como de fato ocorreu. De outro lado, no que se refere à alegação de que restou caracterizada a urgência invocada pelo agente público para edição do ato, cabe referir, singelamente, que se trata de matéria que escapa à apreciação do Poder Judiciário, por inserir-se no âmbito do poder discricionário do agente público, a depender da avaliação subjetiva mediante critérios de oportunidade e conveniência”.

Denota-se que, a sustentação quanto ao desnecessário respaldo legal para edição de normas se confronta com a já explícita discussão sobre a escala hierárquica que deve seguir a orientação do comando constitucional a quem as normas devem se adaptar. Assim, não restarão controvérsias sobre a obrigação das normas editadas por agências reguladoras pelo “princípio da legalidade” estarem vinculadas aos preceitos de ordem legal

Em prosseguimento a origem do debate, exemplifica-se pela competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar subscrita pela lei n. 9.961/2000 para atuar como órgão de regulamentação, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, então, responsável pela fiscalização do cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos que se relacionam à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito de saúde complementar.

É mister ressaltar que os Estados-Membros possuem os códigos sanitários estaduais, que visam a complementar a legislação federal no que se refere à defesa e proteção da saúde, e impõem à propriedade particular e construções, diversas limitações administrativas. Também, que os municípios possuem os regulamentos sanitários municipais, tratando de higiene e segurança,

²⁴ GUERRA, Sergio. Atos Regulatórios: Rio de Janeiro, Lúmen Jurídica, 2005.

e por consequência, objetivando o controle técnico funcional das edificações dos particulares e dos recintos públicos e - também - dos gêneros alimentícios que se destinem ao consumo local.

Ademais, esses municípios possuem o poder para controlar as edificações de conformidade com o inciso VIII do Art. 30 da Constituição Brasileira. Tal comando, marca a competência dos municípios de promover e adequar o ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano.

É notório que a prestação de serviços de saúde se inclui como múnus público e que deverá ser prestado pelo Estado, mas não afasta a possibilidade de ser adicionada á iniciativa privada tal garantia se acompanhada pelas nobres funções do Poder de Polícia, como também do ordenamento econômico e social, ressalve-se, de “fomento público”, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto.²⁵ Essa função de polícia se vincula à ordem de polícia que se auto define como condição para o exercício da liberdade individual, que a outorga do consentimento de polícia se atende provocação de empresa privada por meio de autorizações, licenças, permissões, sempre, sujeitas à fiscalização de polícia pela qual a administração se induz cumprir legislação que a ampare, por consequência, sujeita à sanção depois de constatado o devido processo legal.

Sob a égide desses interesses, a função que denomina Ari Sunfeld – “ordenadora” – permitirá que esse mesmo estado execute sua atribuição e, capaz de inferir-se na economia, poderá regular, defender mercado, evitar a exploração e ceder a livre concorrência, bem como oferecer um planejamento econômico consciente, que atenda aos interesses comuns.

Incluso nessa órbita de discussões, Carlos Ari Sunfeld ²⁶, ao comentar sobre a função reguladora em face de inaplicabilidade do regime tributário para telefonia, prescreve óbvio que as leis gerais não podem se diferenciar das setoriais, quando lançadas ao mundo jurídico, ou seja, as normas administrativas terão validade e se adequarão ao momento compatível com a sua real aplicabilidade. Assevera o mesmo autor, de forma própria e

consciente, que nessa órbita não haverá espaço para distinções entre o bem e o mal.

Essa “metamorfose legisferante” (grifo nosso), por consequência, conflitante, não significa permissivo a tudo que a lei não proíbe, pois para a administração pública se traduz em fazer o que a lei prescreve, que é ato vinculado. A lei servirá de limite e condição para o exercício da atividade administrativa, sequer capaz de mensurar os riscos envolvidos na defesa dos administrados.

E, por interesse pragmático pela conclusão do debate, faz-se mister consolidar o entendimento amparado pela manifestação tempestiva de Alexandre S. Aragão²⁷, que assegura que toda a questão se coaduna com a finalidade do exercício das atividades administrativas que encontram abrigo no cumprimento das competências constitucionais consagradas às autoridades. Assim, sob o manto do Poder de Polícia, se concretizam os objetivos da regulação econômica (Art. 84,VI da Constituição Brasileira) como atos normativos que se inferem nas demais competências administrativas do Estado, sempre, subordinada á legalidade e aos preceitos dela decorrentes.

Sob a ótica estatal, diga-se, subsistirá uma outra função ordenadora de natureza social, que envolve a seguridade e previdência, e também, assistência nos mais diversos segmentos – p. ex: pesquisa, educação, desporto, cultura e proteção ao meio ambiente, como já tratada em outra oportunidade. Ainda se fortalecerá, diante de um fomento público que será incentivadora de produtos que possam promover a saúde pública e dela decorra o aperfeiçoamento de todos os setores ligados à saúde em geral.

Assim, tais funções destinadas à administração do Estado, vez que existe á vinculação pelo prescrito em norma constitucional (Art. 5º, II da CB), haverá criação de normas legais que podem se desdobrar em normas de caráter administrativo se coadunando com as funções inferidas na regulação.

Segundo Bustamante, há uma diversidade de regulações, que se subdividem, por exemplo: a) solidárias, quando centradas

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Op cit. Di Pietro. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre S. Princípio da Eficiência. REDAE, número 04, Salvador, 2006.

na proteção do consumidor; b) técnicas, se tratar de questões suscetíveis de dano; c) informativas, se oferecidas ao mercado e capazes de focar os fornecedores, inclusive, sujeitas à responsabilidade civil; d) fomento, proposta a apoiar o desenvolvimento de atividades que demandam interesse de mercado.

Essas subdivisões de natureza interpretativa que propõe Bustamante se inferem no mote do presente trabalho ao promover uma análise mais apurada dos segmentos de prestação de serviço, que provocam a necessidade de regular a eficiência na segurança do administrado, na pessoa do fornecedor, na estrutura do fornecedor e, em geral, aos equipamentos, instalações, bem como a direção e a equipe Técnica que realiza a prestação de serviços para a Administração Pública, sempre, visando estabelecer os critérios de eficiência dos produtos utilizados pelo fornecedor. Ressalve-se, sob esse aspecto já se estendeu discussão supra amparada pela polêmica quanto à condição de administrado e de consumidor.

Canalizando todas as discussões sobre a temática e externando a dimensão do trabalho que se sucede, oportunamente, denotou-se aqui, nessa arte discursiva que e as agências reguladoras têm poder fiscalizatório e punitivo que inicia com auto de infração e a notificação do autuado, vez que será submetido à publicidade do fato e o conhecimento da norma violada para que se concentre o Estado em uma sanção que – por evidente - sujeita ao *due process of law* e a sua consequente correção, considerando a devida mensuração e resguardada a proporcionalidade da pena que, também, permita a via recursal e preserve a equidistância das partes com atos de natureza pública. E, respeitada sua autoridade sob a tutela de uma suposta autonomia, Marcos Juruena Vilella Souto²⁸ assevera que “no Brasil, a citada independência dos órgãos reguladores é relativa, posto que vigora o princípio da jurisdição una, o que implica dizer que nenhuma lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário”. Afirmo, ainda, que “essa submissão das decisões das agências reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficiência de agilizar o procedimento, solucioná-lo

através de intervenção de técnicos habilitados e reduzir a limitação da Lei 9.307, somente, admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis do estado. Também, macula a independência decisional da agência, a admissão de recurso de suas decisões para autoridade do Poder Executivo (controle administrativo)”.

Para se solidarizar com a afirmativa de Marcos Juruena Vilella Souto, o mais alto *Tribunal de la Nación* na Argentina propugna, pelos mesmos fundamentos, a respeito do alcance do poder de polícia que, no exercício do poder público sobre as pessoas e bens naquele país, ventada na proteção no campo da seguridade, moralidade e salubridade, sem que se estenda ao âmbito econômico e social na procura do bem estar geral, trata-se de inquestionável orientação que a própria doutrina e a jurisprudência norte-americana, também, abarcam.

Denota-se, naquele país que, nenhum direito reconhecido pela constituição tem caráter absoluto. A limitação dos direitos individuais é uma necessidade derivada da convivência social, pois se coaduna com a realidade de regulação legislativa dos direitos estabelecidos pela constituição que, em seu uso e disposição, estejam em harmonia com os interesses da sociedade, assevera Daniel Edgardo Maljar²⁹ que, ainda, completa sua orientação filosófica assegurando: “*se han sancionado leyes y decretos que han justificado la regulamentación de los diversos derechos constitucionais*”.

Debruçado sob o foco dessa assertiva, conclui-se que o maior objetivo da regulação no âmbito da polícia administrativa é assegurar que bens e serviços de interesse geral e de uso no mercado consumidor possam oferecer a segurança necessária que permita a livre concorrência e que a observação ativa dos resultados que escoaram ao destinatário final da cadeia de consumo, sem dúvida, possam ter diante de si um instrumento que zele pela competição e eficiência num segmento específico de mercado, beneficiando a todos os agentes privados, envolvidos nas relações específicas dos setores em que atuam, reiterando

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Desestatização – privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005.

²⁹ Maljar, Daniel Edgardo. Intervención Del Estado em la prestación de servicios públicos. Hammurabi Editorial, Argentina, 1998.

que o consumidor possa colher os frutos de um mercado hígido e preservado pela função, essencialmente, reguladora e, principalmente, de natureza cultural para um país em que o Estado está aprendendo a trabalhar cada vez mais movido pelos princípios da eficiência.

3. Tendências

Hoje, em meio à crise econômica internacional, o poder de polícia na regulação tornou-se o mote das discussões mais acaloradas, travadas por economistas e analistas sociais mundo afora. Frente à desorganização do mercado de capitais e os inúmeros erros cometidos pelas instituições financeiras, imobiliárias e de seguros privados na América que restaram gerando esse processo recessivo sem precedentes na história, o recém eleito presidente dos EUA, Barack Obama, já trabalha no sentido de promover uma forte interferência do Estado na economia e muito se discute sobre a adoção da “nacionalização” (tradução: estatização, para América Latina) dos Bancos naquele país tal qual vem sendo perflhada pela Inglaterra.

Na verdade, esse tipo de regulação já existe no Brasil, quando o nosso Banco Central interfere no mercado financeiro, seja para compra de dólares ou para regular a taxa de juros (COPOM - Comitê de Política Monetária do Banco Central). Esse tipo de movimentação do Estado para regular a economia, em países ricos e avançados, é inadmissível. Mas, no Brasil, Argentina, Bolívia, Paraguai, Uruguai e Colômbia, por exemplo, são atitudes rotineiras e, sempre, realizadas quando há pequenos sinais de queda ou simples alta do dólar.

Observe-se que são ações de natureza regulatória previstas nas regras estabelecidas pela “polícia administrativa financeira” desses países, em regra, por meio dos seus bancos centrais.

Essa mesma polícia administrativa de caráter econômico está sendo efetivada nos EUA, inclusive, com ações bem semelhantes às políticas adotadas por ocasião do Governo de Fernando Henrique Cardoso e muito criticada na época pelo próprio partido do atual presidente Lula, quando criou o PROER (Programa de Estímulo à Re-estruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, pela Resolução 2.208, de 3 de

novembro de 1995 do Conselho Monetário Nacional - CMN e as Circulares Bacen de nºs 2.636/95, 2.672/96, 2.681/96), que se tratavam de um programa de ajuda aos bancos privados para evitar a crise econômica que se anunciava na Rússia. Hoje, tais aportes financeiros são realizados por Obama sem nenhum tipo de pruridos e nem mesmo conjecturas sobre sua idoneidade.

Por derradeiro, a tão elogiada e saudável situação econômica do Brasil na atualidade deve-se as políticas adotadas desde a implantação do Plano Real e tão bem administradas pelo ex-ministro Pedro Malan que, por consequência, fez do seu atual sucessor partidário, Henrique Meirelles (ex-deputado federal do PSDB de Goiás), um impar e competente condutor de processos macro e micro econômicos que, sem dúvida, se pautam pela necessária interferência da “polícia administrativa” do Banco Central para a estabilização financeira, econômica e social do Brasil.

4. Referências

Aragão, Alexandre Santos. Princípio da Eficiência. REDAE, número 04, 2006. Salvador, Bahia

Amaral, Antonio Carlos Cintra. O princípio da Eficiência no Direito Administrativo. Revista Eletrônica, número 05, abril 2006

Bandeira de Mello, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 10 ed. SP. 1998. Malheiros

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 2006. Editora Atlas (p.3,18,27)

Filho, José dos Santos Carvalho Filho. Manual do Direito Administrativo, 2006. Lúmen Júris Editora

Calamandrei, Piero. Citado por Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas Processo Civil, vol. II, 1998. Editora Forense

- Tácito, Caio. Citado por Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais
- Ripert, Georges. Citado por Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 2001, SP. Editora Revista dos Tribunais
- Duguit, Leon. Citado por Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 2006. Editora Atlas
- Santos Carvalho Filho, José. *Manual de Direito Administrativo*, 2006. Editora Lumem Juris (p.5)
- Medauar, Odete. Citado por Santos Carvalho Filho, José. *Manual de Direito Administrativo*, 2006. Editora Lumem Juris
- Pereira Martins, Eliezer. *Curso de Direito Administrativo Econômico*, 2006. Editora Lumem Juris
- Gasparin, Diógenes. Citado por Pereira Martins, Eliezer. *Curso de Direito Administrativo Econômico*, 2006. Editora Lumem Juris
- Figueiredo, Diogo. Citado por Santos Carvalho Filho, José. *Manual de Direito Administrativo*, 2006. Editora Lumem Juris
- Bielsa, Rafael. Citado por Filho, José dos Santos Carvalho. *Manual do Direito Administrativo*, 2006. Lúmen Júris Editora
- Sundfeld, Carlos Ari. Citado por Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 2006. Editora Atlas
- Gordillo, Augustin. Citado por Pereira Martins, Eliezer. *Curso de Direito Administrativo Econômico*, 2006. Editora Lumem Juris
- Azevedo Marques Neto, Floriano. *Revista Eletronica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, fev/mar/abr de 2005. REDAE.
- Lanotta, Lucio. Citado por Santos Carvalho Filho, José. *Manual de Direito Administrativo*, 2006. Editora Lumem Juris
- Mello Coelho, Daniela. Citado por Santos Carvalho Filho, José. *Manual de Direito Administrativo*, 2006. Editora Lumem Juris
- Moraes, Alexandre. *Reforma Administrativa* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- França, Vladimir da Rocha. "A Eficiência Administrativa na Constituição Federal".
- RDA 220 - abril/junho 2000. Rio de Janeiro: Renovar.
- Bobbit, Philip *et al.* *Tragic Choices - The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*. New York, London. W.W Norton e Company, 1978.
- Maljar, Daniel Edgardo. *Intervención Del Estado em la prestación de servicios públicos*. Hammurabi Editorial, Argentina, 1998.