

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 14/10/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30317-o-estado-regulador-e-os-interesses-p-blicos-na-contemporaneidade>**

**Autori: Elve Miguel Cenci, Marcelo Bodoco**

## **O estado regulador e os interesses públicos na contemporaneidade**

## INTERESSES PÚBLICOS NA CONTEMPORANEIDADE

Elve Miguel Cenci<sup>1</sup>  
Marcelo Bodoco<sup>2</sup>

**RESUMO:** A nota característica do Estado Moderno é a unificação do poder decisório deslocado à sociedade civil. Desenvolvem-se, então, as idéias de soberania e dicotomia entre as esferas pública e privada. O poder concentra-se na esfera pública e a mesma esfera separa-se da privada configurando a dicotomia entre as esferas. Uma das características que permeiam o Estado Moderno é a homogeneidade social. E é aqui que o poder unificado e centralizado do Estado só vai se justificar se voltado para o interesse geral, e o referido interesse terá seu conteúdo definido pela emergência de uma estrutura burocrática. Adentrando-se à contemporaneidade, quando da falência do *Welfare state*, as demandas sociais cresceram acentuadamente, o que levou os indivíduos a se organizarem para pressionar o Estado. Para o Estado a fragmentação social constitui desafiadora, pois as pressões por demandas aumentam e se tornam mais complexas. O Estado cuja noção de soberania ilimitada e consolidado na noção dicotomizada entre o público/privado caiu por terra. Disso constata-se um Estado não mais unicamente como um centro de poder decisório, mas também como um interlocutor para com a sociedade. O Estado passa a ser tutor e viabilizador das necessidades dos interesses difusos e mediador de interesses dos grupos organizados. O que fica claro, no contexto do Estado Contemporâneo, é a existência de uma pluralidade de interesses públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Moderno ; Estado Contemporâneo ; Globalização ; Fragmentação social ; Regulação Estatal;

**RESUMEN:** La característica fundamental del Estado Moderno es la unificación de la toma de decisiones desplazando a la sociedad civil. Desarrollar, a continuación, las ideas de la soberanía y la dicotomía entre lo público y lo privado. El poder está concentrado en la esfera pública y la misma está separada de la esfera privada mediante el establecimiento de la dicotomía entre las esferas. Una de las características que impregnan el Estado Moderno es la homogeneidad social. Y aquí es donde el poder del Estado unificado y centralizado se dirige al interés público, contenido definido por la aparición de una estructura burocrática. Ao entrar em La contemporaneidad, cuando la quiebra del estado de bienestar social, las exigencias del estado de bienestar social llevaron a los individuos a organizarse para presionar al estado. La fragmentación social del estado produce un reto porque las presiones de las demandas se hacen cada vez más complejas. El Estado con su noción de soberanía ilimitada consolidado en la noción dicotómica entre los sectores público y privado, cayó al suelo. Además, ha habido un Estado ya no sólo como centro de toma de decisiones, sino también como socio de la sociedad. El Estado se convierte en tutor y facilitador de las necesidades de los diversos intereses y de grupos organizados. Lo que está claro en el contexto de la situación actual es la existencia de una pluralidad de los intereses públicos.

---

<sup>1</sup> Doutor pela UFRJ e professor do mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina ( [elve@uel.br](mailto:elve@uel.br) ).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina ( [mbodoco@yahoo.com.br](mailto:mbodoco@yahoo.com.br) ).

**PALABRAS CLAVE:** Estado Moderno ; Estado Contemporâneo ; Globalización ; Fragmentación social ; Regulación del Estado.

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo tem por objetivo demonstrar a evolução do Estado, por meio dos pressupostos sobre os quais se alicerça, desde a modernidade até o estágio atual da contemporaneidade, o qual será caracterizado como Estado regulador. Para tanto este artigo será fundamentado na obra do professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto “Regulação Estatal e Interesses Públicos”.

Constata-se que o traço característico da modernidade é a unificação do poder decisório face à instabilidade que predominou no período medieval. A sociedade civil, no período anterior à modernidade propriamente dita, era apenas objeto de governo. E não era clara a divisão entre o público e o privado.

Tal configuração vai sofrendo alterações com o desenvolvimento do capitalismo e o deslocamento do poder à sociedade civil, o que faz com que o Estado se amolde aos interesses predominantes na sociedade. Neste contexto é que estão colocadas as bases do Estado na modernidade. Desenvolvem-se, então, as idéias de soberania e dicotomia entre as esferas pública e privada. O poder concentra-se na esfera pública que se separa da privada configurando tal dicotomia.

O presente artigo irá demonstrar, conseqüentemente, os fatores que levaram ao Estado os desafios da contemporaneidade. Será feito apenas referência a tais fatores sem, contudo, adentrar nas especificidades de cada um. Um fator que se impõe é a globalização e a internacionalização econômica, nos moldes da produção toyotista, ou seja, formam-se estruturas com poder econômico, com poder de coerção política que não se fixam territorialmente num Estado. Essas estruturas transpassam os limites do Estado nacional e formam sua cadeia produtiva por meio de uma rede de microestruturas que se espalham pelo mundo.

Outro fator de extrema importância que será tratado neste artigo, e que é invocado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, é a fragmentação social. Segundo este autor, uma das características que permeiam o Estado Moderno é a homogeneidade social. Para o Estado a fragmentação social constitui

desafiadora, pois as pressões por demandas aumentam e se tornam mais complexas exigindo do Estado uma nova postura.

Num momento posterior deste artigo, será demonstrado, ainda seguindo os ensinamentos de Marques Neto, que as noções de soberania e dicotomia entre público e privado entram em crise. Diante deste contexto chega-se à atual configuração do Estado. Um Estado cuja noção de soberania está relativizada e cuja noção dicotomizada entre o público/privado caiu por terra. Consta-se, então, um Estado que interage com a sociedade.

A emergência de interesses públicos no âmbito de uma sociedade fragmentada faz surgir um fenômeno típico da contemporaneidade: entes reguladores autônomos ou agências reguladoras.

## 1. OS PRESSUPOSTOS DO ESTADO MODERNO

Neste breve item demonstrar-se-ão os elementos característicos do Estado Moderno, para posteriormente cumprir o desiderato deste mesmo que é lançar os indícios de implosão desses elementos pela contemporaneidade, caracterizando o Estado regulador.

Para a compreensão do objeto de estudo deste artigo faz-se necessária a transcrição dos dizeres de Dalmo Dallari quando da transição do período Medieval ao Estado Moderno, pois assim identificar-se-ão os elementos da modernidade Estatal. Eis Dallari (1995, pag.59):

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do *Estado Moderno*. Segundo o autor, a aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição da terra.

Essa transcrição é de importância significativa e auto-explicativa, pois a busca da unidade é possível, nas palavras de DALLARI (1995, p. 60), “[...] com a afirmação de um poder soberano [...]”. E soberania aqui tomada como monopólio do poder decisório.

Percebe-se a característica da modernidade Estatal: a unidade do poder decisório. E essa percepção é desenvolvida em face de algo que o antecede. Esse algo representa a instabilidade política, econômica e social que permeou a

Idade Média. Referida instabilidade, por sua vez, gera a necessidade de autoridade. E é a partir de tal necessidade que a soberania faz-se desenvolver.

A primeira referência ao desenvolvimento teórico de soberania se deu com Jean Bodin. Bodin lançou as características deste poder: absoluto e perpétuo. Segundo a doutrina da teoria geral do Estado, os desenvolvimentos teóricos subsequentes da noção de soberania se assentam num traço comum, a noção de soberania ligada à concepção de poder. Schmitt (1988 apud Marques Neto 2002, p. 40), diz que a soberania “não deve ser juridicamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão”. Essa é a concepção de soberania que interessa ao estudo deste trabalho, cuja concepção será relativizada na contemporaneidade.

E aqui já vai se traçando os elementos caracterizadores da modernidade, e um deles, como já dito, é a soberania fundada na necessidade de unificação do poder. Quando da necessidade de unificação do poder, para que isso fosse possível, foi necessária a formação de um espaço de governo onde se embatem o governante e os representantes dos setores sociais, rompendo com a relação típica do feudalismo.

Com a quebra das relações pessoais feudais começa a haver a delimitação entre as esferas pública e privada, ou seja, é a delimitação do poder decisório. Segundo Marques Neto (2002), o Estado tendo o monopólio da decisão começa a se configurar como uma organização institucionalizada de poder, à esfera pública fica afeta a satisfação e implementação das necessidades coletivas, e ao poder político, unificado, caberá dizer quais são essas necessidades a serem perseguidas. Aqui reside outra característica do Estado, evocada por Marques Neto (2002), na modernidade que vai ser superada na contemporaneidade: o monopólio do Estado em estabelecer quais eram os interesses públicos.

Segundo Marques Neto (2002), com a modernidade desenvolve-se a unicidade do poder e este poder nasce e é dirigido a todos os indivíduos de uma dada coletividade. O Estado detém o monopólio do poder decisório, e cabe ao Estado a consecução exclusiva dos interesses coletivos na esfera pública. A questão central acerca da delimitação do poder decisório é o exercício do poder unificado de forma soberana, e a demarcação entre o poder político e a vida social é crucial a tal.

Segundo Marques Neto (2002), o Estado Moderno, então, tem sua compreensão fundada nas noções de soberania e na separação entre as esferas pública e privada, cujas noções constituem pontos nodais à universalização do poder. E aqui já ganha corpo a noção do que seja **público**. Segundo o escólio de Marques Neto (2002), o poder do soberano passa a ser para a coletividade e o poder do Estado é exercido com um caráter geral, expresso na idéia de **interesse público**..

De acordo com Marques Neto (2002, p. 52) “[...] este poder absoluto, ainda que de abrangência limitada, demanda um requisito de legitimação, sem o qual não lograria afirmar-se sobre os membros da sociedade”. A importância da finalidade deste poder reside na própria concepção da esfera pública, ou seja, uma esfera onde residem as necessidades dos indivíduos sobre um denominador comum. Então, o poder unificado e centralizado do Estado só vai se justificar se voltado para o interesse geral, e o referido interesse terá seu conteúdo definido pela emergência de instrumentos e institutos de Direito Administrativo.

## **2. O PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

No item anterior ficaram demonstrados de forma sucinta os pilares estruturantes do Estado Moderno. A noção de tais pilares vai ajudar a compreender o modelo de Direito Administrativo, para, num pequeno capítulo próximo, demonstrar a mudança do referido modelo pela implosão dos pressupostos do Estado Moderno.

Segundo Marques Neto (2002, p. 58), “[...] podemos afirmar que o Direito Administrativo corresponde a uma – se não a mais importante – face do arcabouço legal-racional que vai dar sustentação ao Estado Moderno que sucede ao período absolutista.”

O Direito Administrativo no Estado Moderno é um instrumento de ação do poder político e um complexo de regras e princípios limitadores de tal poder. Está intimamente relacionado com a concentração de poder. Alguns doutrinadores, como Agostín Gordillo, relacionam o desenvolvimento do Direito Administrativo ao Constitucionalismo.

O Constitucionalismo é um movimento político-social em que traz em si a necessidade de limitar o poder. As várias concepções de Constitucionalismo

desenvolvidas por marcos teóricos trazem a limitação do poder arbitrário como sua expressão máxima. O que é confirmado por Tavares (2003, p.2):

Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado.

Segundo Loewenstein (1970, p. 150):

Con el tiempo se ido há reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea, imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – la constitución – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.

Na esteira do movimento Constitucionalista e do Liberalismo, o indivíduo se vê na necessidade de sua afirmação frente ao Estado. O Direito Administrativo, como um arcabouço legal, é o campo voltado à delimitação do Poder Estatal. Segundo Marques Neto (2002), tal ramo do Direito Público se desenvolveu como ramo autônomo com o também desenvolvimento do Estado de Direito.

Se acordo com Marques Neto (2002), com o processo de dissolução do absolutismo, o monarca foi substituído pelo povo enquanto titular do poder. Contudo, este poder tinha que ser disciplinado. Tal tarefa foi acometida aos instrumentos de Direito Administrativo. Isso quer dizer que o poder vai ser exercido por meio da lei. Está-se diante do princípio da legalidade.

Uma remissão ao primeiro item é importante, quando da demonstração dos pilares do Estado Moderno, pois fica evidente que a atividade administrativa pressupõe a soberania e a delimitação das esferas pública e privada, cuja atividade administrativa pressupõe um poder centralizado e delimitado.

O Direito Administrativo, inobstante servir de instrumento à limitação do poder, possui um viés autoritário acerca da centralização do poder. Esse é o entender de Marques Neto (2002), que explica a idéia de que o poder decisório do Estado é inoponível; é a supremacia do interesse público sobre o privado. Como ensina Escola (1989 apud Marques Neto 2002, p. 73) “[...] o Direito Público se

apoiaria em princípios de normas de supra-ordenação, aplicáveis a partir de uma relação de superioridade e generalidade ( supra-individualidade)”.

Segundo Marque Neto (2002), é dessa premissa que se dá o desenvolvimento de instrumentos afetos ao Direito Administrativo, que nada mais são que instrumentos de efetivação do Poder Estatal na modernidade; são os instrumentos de efetivação da autoridade, como por exemplo, o poder de polícia e os institutos de limitação deste poder, em que podem ser citadas a competência, motivação e publicidade.

Constata-se, então, que o exercício do poder do Estado pelo ferramental de Direito Administrativo pressupõe uma desigualdade entre Estado e cidadão. Mas isso tem uma razão de ser, ou seja, o Direito Administrativo restringe direitos dos particulares para que o exercício do poder político alcance o interesse público. Segundo Marques Neto ( 2002, p. 76):

[...] a intervenção do Estado na seara privada busca justificar-se como sendo um instrumento apto à consecução do bem comum. O Direito Administrativo, portanto, legitima-se como arcabouço teórico necessário à concretização de interesses que são, a um só tempo, de todos e de ninguém ao mesmo tempo.

E aqui já se pode desenvolver a noção de interesse público central no modelo de direito administrativo. Deswart (1988 apud Marques Neto 2002, p. 77) diz que “[...] o interesse público cumpre para este ramo do Direito o papel de *instrumento* (elo de concentração), *limite* (elo de delimitação) e *fundamento* (elo de legitimação) do poder.”

Envolto à noção de interesse público que Celso Antonio Bandeira de Mello demonstrou o regime jurídico administrativo em seu curso de Direito Administrativo. Para Bandeira de Mello (2003, p. 45):

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhes são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.

Celso Antonio Bandeira de Mello, no capítulo do livro citado, sistematiza o regime jurídico-administrativo como um centro onde convergem os princípios e normas de Direito Administrativo. Eis Bandeira de Mello (2003, p. 48): “Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os

mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração.”

Importante deixar claro que a noção de interesse público na modernidade é uma noção homogênea. Segundo Marques Neto (2002), somente há um único interesse público na manifestação do poder político. Para o referido doutrinador este interesse único significa uno, absoluto, exclusivo e indivisível, em que vai penetrar no corpo social e refletir os valores sociais de seus membros.

Essa noção acima delineada, contudo, sofre variações ao longo do tempo, e a identificação do interesse público é uma questão que vai ser determinante na caracterização da contemporaneidade. É uma questão de identidade, ou seja, identifica-se a contemporaneidade pela noção de interesse público.

Constata-se na doutrina que com o Estado Liberal havia uma noção de interesse público mais delienada. Interesse privado e interesse público tinham seus limites muito bem fixados. Segundo Marques Neto (2002), com o advento do Estado de bem-estar social, a noção de interesse público fica mais complexa. Esta constatação é lógica, pois como o Estado de bem-estar as questões sociais começam a aparecer com intensidade por meio de grupos sociais.

### **3. O NOVO PODER POLÍTICO**

O poder político vai ganhar uma nova roupagem face algumas transformações econômicas, sociais e políticas, caracterizadoras da contemporaneidade. Nos itens anteriores ficaram demonstradas as características fundamentais do Estado Moderno e a noção de interesse público. Neste item será dado espaço para a análise das transformações do Estado.

Segundo Marques Neto (2002, p.104), os fatores da implosão dos pressupostos do Estado Moderno são: “(a) a globalização econômica, que assume papel relevante nos anos 90, e (b) o processo de complexização e fragmentação social, impulsionado a partir dos anos 70.”

Primeiramente cabem algumas notas acerca da globalização. A atenção sobre a globalização volta-se ao território nacional. O sintoma crucial da globalização reflete na produção industrial, a qual passou por uma guinada contrária ao modelo de produção Fordista. É o chamado modelo de produção Toytista ou pós-

fordista, o qual pressupõe a desconexão da estrutura produtiva a uma base territorial. A conexão fordista da produção a um Estado nacional dá lugar à pulverização do referido processo produtivo. É a desterritorialização. Essa pulverização é a fragmentação da produção em diversas localidades, que se somam e vão se integrando. A consequência mais desafiadora para o Estado é que produção industrial ganha um alto grau de flexibilização que escapa à intervenção Estatal. Observação esta trazida por Marques Neto (2002).

Marques Neto (2002) destaca, também, o surgimento dos organismos multilaterais que se desenvolveram após a segunda guerra mundial. E nessa esteira ganham importância o processo de integração econômica dos países europeus, bem como a disseminação dos valores dos Direitos Humanos. O processo de integração também é desafiadora para os Estado, pois fica nítido o enfraquecimento da noção de soberania estatal.

A questão primordial aqui verificada, de acordo com os ensinamentos de Marques Neto (2002), é que essas transformações demandam um Direito sob uma nova perspectiva. Esses processos de internacionalização vão impulsionar uma reestruturação do Direito, com novos mecanismos jurídicos diferentes das características Estatais da modernidade.

O que se quer demonstrar neste capítulo, com fundamento na obra de Marques Neto, é que a imperatividade e a coercibilidade normativas do Estado perdem força para as forças sociais e econômicas. O Estado começa a ter seus pressupostos implodidos. Basta olhar para a União Europeia para se constatar um novo modelo de organização política dos Estados.

Numa outra vertente, há outro processo que contribui para a implosão dos referidos pressupostos. Este ocorre no seio social do Estado Nacional. A construção da modernidade política, como já foi demonstrada acima, repousa na ideia da homogeneidade social e na ideia de um centro decisório que refletisse esse interesse geral. Aqui a questão chave é a tal homogeneidade social, a qual se fragmentou.

Marques Neto (2002) deixa claro que a nota característica da modernidade é a homogeneidade da sociedade. Esse todo social era a característica do Estado Moderno sobre o qual o poder decisório exprimia o interesse geral. Segundo Marques Neto (2002), essa sociedade uniforme vai se fragmentando e fugindo à estrutura institucional e aos mecanismos de

representação tradicionais. Referido processo de fragmentação tem seu início quando o Estado passa a intervir na ordem econômica e se acentua quando da falência do Estado de bem-estar social.

Se o Estado passa a não atender as demandas sociais, a consequência lógica é que vai haver uma reação desta mesma sociedade num grau de organização maior para pressionar o Estado por melhores condições. Segundo Marques Neto (2002), esta reação é fruto de demandas sociais que são crescentes, mais complexas e que colocam o Estado numa posição de impotência. A sociedade vai se aglutinando em grupos de interesse, os quais se tornam espaços legítimos onde estão convergidos os interesses desses indivíduos bem como os instrumentos efetivos para atendimentos de suas necessidades. Marques Neto (2002) constata que o Estado, todavia, devido à falta de recurso, acolhe o interesse de alguns grupos e deixa de atender interesses de outros, o que faz surgir o desaparecimento da homogeneidade do interesse público.

Como exemplos dessa fragmentação podem ser citadas as organizações não-governamentais. Elas surgem nesse contexto, ou seja, a sociedade se organiza em grupos de interesse e parcela desses grupos toma para si o encargo de realizar iniciativas concretas independentes de políticas de governo. Disso se conclui que a dicotomia público/privado é colocada à prova, pois, segundo Marques Neto (2002, p. 122): “Isso porque, embora construídas à margem do aparato estatal, seu raio de ação, abrangência dos interesses que perseguem e dependência de meios estatais dão a essas organizações um caráter publicizado”.

Então, a unicidade do poder decisório estatal está enfraquecido na contemporaneidade. O Estado passa a se relacionar com essa sociedade fragmentada. Contudo, essa relação é mais no papel de mediador dos interesses presentes na sociedade. De acordo com Marques Neto (2002, p. 123): “Este papel é exercido fora dos parâmetros unilaterais que caracterizam o poder político no Estado Moderno [...]”. É um papel em que cabe ao Estado mediar e dialogar com os grupos de interesses da sociedade.

#### **4. A REGULAÇÃO ESTATAL**

Ficou demonstrada até aqui, com base nos ensinamentos de Marques Neto, a multiplicidade de interesses públicos. Não cabe mais imperativamente ao Estado o estabelecimento do que seja interesse público. É de se observar que o interesse público vinha previsto na lei. Segundo Marques Neto (2002), no âmbito da sociedade fragmentada, a identificação dos interesses públicos concorrentes passa a depender mais do exercício da discricionariedade. A idéia de que o interesse público seria aquele prescrito na lei acarretava a idéia de existência de um único interesse público. Segundo Marques Neto (2002, p. 156):

Não podendo mais ser sustentada a existência de um interesse público (prescrito em lei ou identificado pela burocracia), não há mais como aceitar a tese de oposição e supremacia absoluta deste interesse geral frente aos diversos interesses encontrados na sociedade [...].

A concepção clássica da supremacia do público sobre o privado, então, vê-se abalada. E, assim, há a mudança da noção de interesse público na ótica do poder político. Marques Neto (2002) observa que a Administração não exerce mais o papel de intérprete autoritário do que seja interesse público. O Estado sai de sua posição hierárquica para se articular com os entes sociais.

A questão é que, segundo Marques Neto (2002), a noção de interesse público que avança à contemporaneidade coloca a Administração na posição de mediação dos diversos interesses encontrados na sociedade. Quando da ponderação dos interesses públicos, dois princípios do regime jurídico administrativo se fazem presentes: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público. E aqui cabe importante observação de Marques Neto (2002, p. 165):

O princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos; (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

É nessa concepção de interesse público que à administração cabe a conciliação e composição entre os diversos interesses. Papel de fácil constatação quando da retirada do Estado da prestação de alguns serviços públicos trespassados a particulares. Marques Neto (2002) observa que o que seria um

esvaziamento da esfera pública implica a necessidade de fortalecimento e aparelhamento do Estado. Implica reforçar seu papel regulatório, ou seja, se a execução de serviço público é transferida para particulares deve-se a edição de aparato regulatório.

Quando o Estado deixa de prestar serviço público, ganha, então, relevância o papel regulatório. Segundo Marques Neto (2002, p. 167):

Se bem é verdade que o Estado não mais presta determinado serviço público, não é menos verdadeira é a relevância de sua atividade no controle da qualidade do serviço prestado, na fiscalização e preservação das suas cláusulas de ampliação, de sua universalização e de atendimento dos princípios a ele correlatos (especialmente os princípios da universalidade, atualidade, modicidade da tarifa e continuidade da prestação), bem como no arbitramento entre a perspectiva econômica do concessionário e os *interesses públicos difusos*.

Então, fica evidente essa atuação Estatal como mediador dos interesses públicos em que vai tutelar e promover os interesses públicos difusos.

Diante do exposto, chega-se à atual configuração do Estado. Um Estado cuja noção de soberania está relativizada e cuja noção dicotomizada entre o público/privado caiu por terra. Disso se constata um Estado não mais unicamente como um centro de poder decisório, mas também como um mediador para com a sociedade. Segundo Marques Neto (2002), o Estado passa a ser tutor e viabilizador das necessidades dos interesses difusos e mediador de interesses dos grupos organizados. O que fica claro, no atual estágio da contemporaneidade Estatal, é a existência de uma pluralidade de interesses públicos. E isso vai reconfigurar o Estado, o que é melhor explicado nas palavras de Marques Neto (2002, p.180):

Ou seja, ainda que o *Estado republicado* permaneça obrigado a exercer o poder de forma impessoal, emerge necessária a aceitação do pressuposto de que a comunicação entre interesses e poder político não se efetiva de modo uniforme. Daí por que a necessidade de uma mediação ativa e de uma atuação prospectiva (porquanto os interesses hipossuficientes por vezes têm de ser identificados para poderem ser assegurados e defendidos) e compensatória (porquanto a simples neutralidade não é suficiente para assegurar o respeito e a efetivação destes interesses) do poder político.

Vê-se claramente nessa citação do referido autor a dita fragmentação social, em que cabe ao Estado a tutela de interesses ditos difusos. A grande questão que se coloca ao Estado é redimensionar a atuação do poder

político aos ditos interesses difusos. Esclarecem os estudiosos do Direito Econômico que o atual Estado é regulador e interventor excepcional sobre a ordem econômica.

O Estado em que se encontra na atualidade é, ou pelo menos deve ser, um Estado voltado à proteção dos interesses dos hipossuficientes. Marques Neto (2002) diz que a ação do poder público passa a ser legitimada ao atendimento das necessidades coletivas, o que resulta na necessidade de prevalência dos interesses difusos no processo decisório.

Marques Neto (2002) lembra que não pode o Estado deixar de reconhecer instâncias, dessa sociedade fragmentada, que passam a ser dotadas de caráter público. Essas instâncias constituem a esfera pública não-estatal. Essa esfera exerce um papel de interlocução, execução e implementação das demandas dos grupos a ela ligada. E cabe ao Estado se viabilizar para que se torne permeável à atuação dessas instâncias.

Segundo Marques Neto (2002), o reconhecimento desses espaços públicos não estatais não retira do Estado sua função de equilibrador das disfunções sociais. Deve ocorrer, pelo contrário, um fortalecimento da capacidade regulatória do Estado para lidar compensatoriamente com as parcelas hipossuficientes da sociedade.

Para complementar o estudo, uma breve referência ao espaço público não estatal se faz necessária para que fique clara a fragmentação social na contemporaneidade. Lidou com a questão do espaço público não-estatal Luiz Carlos Bresser Pereira. Ele delimita as funções do Estado e distingue três áreas de atuação, quais sejam: as atividades exclusivas do Estado; os serviços sociais e científicos do Estado e a produção de bens e serviços para o mercado. Segundo Bresser Pereira (1997, p. 25), então:

No meio, entre as atividades exclusivas de Estado e a produção de bens e serviços para o mercado, temos hoje, dentro do Estado, uma série de atividades na área social e científica que não lhe são exclusivas, que não envolvem poder de Estado. Incluem-se nesta categoria as escolas, as universidades, os centros de pesquisa científica e tecnológica, as creches, os ambulatórios, os hospitais, entidades de assistência aos carentes, principalmente aos menores e aos velhos, os museus, as orquestras sinfônicas, as oficinas de arte, as emissoras de rádio e televisão educativa ou cultural, etc.

E prossegue Bresser Pereira ( 1997, p. 25):

Nestes termos não há razão para que estas atividades permaneçam dentro do Estado, sejam monopólio estatal. Mas também não se

justifica que sejam privadas – ou seja, voltadas para o lucro e o consumo privado – já que são, frequentemente, atividades fortemente subsidiadas pelo Estado, além de contarem com doações voluntárias da sociedade. Por isso a reforma do Estado nesta área não implica em privatização mas em “publicização” – ou seja, em transferência para o setor público não-estatal.

Das lições de Bresser Pereira se extrai que o espaço público é mais amplo que o estatal, porque o espaço público pode ser o “não-estatal”. O que fica claro com a superação dos pressupostos da modernidade, no que se refere aos interesses públicos, é que o público não se limita mais ao estatal. A doutrina usa o exemplo de uma fundação, por exemplo, que é regida pelo direito civil e é uma instituição pública, pois voltada ao interesse da coletividade.

Segundo Marques Neto (2002), o Estado, neste contexto, deve estar pautado no reconhecimento da existência de uma multiplicidade de interesses que são dotados de legitimidade.

A emergência de interesses públicos no âmbito de uma sociedade fragmentada, acima referida, faz surgir um fenômeno atual: entes reguladores autônomos ou agências reguladoras. Segundo Marques Neto (2002), agências reguladoras independentes são a expressão de um novo paradigma que se instaura perante o Estado e a sociedade. Com os olhos voltados a esses entes que a nova função do poder político torna-se evidente, funções essas já referidas (mediação de interesses especiais e promoção e proteção dos interesses públicos difusos).

É de frisar, todavia, que estes órgãos devem ser permeáveis à sociedade, pois estes entes vão se interagir com os diversos atores na atividade regulatória. Essa mediação é o pressuposto da superação da unilateralidade do exercício do poder político e fundamento da atividade regulatória. O que tem de ficar claro é que a atividade regulatória não é uma atividade impositiva, mas sim uma atividade mediadora em que cabe ao regulador a composição de interesses. A atividade regulatória deve ser aberta à participação dos indivíduos e dos grupos sociais, ou seja, deve ser aberta e acessível à participação dos administrados nos atos regulatórios. Tal participação social é de extrema importância, pois por meio da participação se evita a captura das agências reguladoras pelos interesses particularíssimos. Outra característica que deve permear a atividade regulatória é a procedimentalização da atividade do ente regulador. A procedimentalização, na visão de Moreira; Maças (2003), permite a solução de conflitos entre o Estado e a

sociedade de maneira dialógica e permite a participação popular no processo decisório.

É de se reafirmar que as agências reguladoras dispõem de poderes normativos, administrativos e poderes inerentes à solução de conflitos. Consta-se facilmente na doutrina que não há um enquadramento desses entes ao âmbito de um dos Poderes do Estado. A natureza regulatória dessas agências foge à clássica teorização tripartida do poder. Consta-se, também, que o atual contexto regulatório significa uma estocada no princípio da legalidade, assim como na tripartição de poderes haja vista o poder normativo desses entes.

É nesse contexto que está o papel do Estado regulador. A regulação estatal é forma de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, segundo os ensinamentos de Eros Grau, onde deve em regra imperar a livre iniciativa. A regulação estatal visa à perseguição de objetivos de interesse público. Isso significa que o Estado deve coordenar e conduzir o sistema regulado com vistas a objetivos de interesse público. Neste contexto se impõe os desafios ao Estado regulador, notadamente na figura das agências reguladoras. No Brasil tal modelo de agencificação não cumpre com perfeição os desideratos sociais, com respaldo nos valores do art. 170, da CF.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste artigo, ficou demonstrada uma linha evolutiva dos pressupostos estruturantes do Estado com base em Floriano Peixoto de Azevedo Marque Neto. Foi visto que o Estado moderno se estruturou numa concepção de soberania absoluta. Essa concepção de soberania se deve à instabilidade política, econômica e social que permeou a Idade Média. Referida instabilidade, por sua vez, gerou a necessidade de autoridade. E é a partir dessa necessidade que a soberania fez-se desenvolver. Com a modernidade, então, desenvolve-se a unicidade do poder dirigido a todos os indivíduos de uma dada coletividade. O Estado detém o monopólio do poder decisório, e passa a caber ao Estado a consecução exclusiva dos interesses coletivos na esfera pública. O Estado exerce o poder unificado de forma soberana, e a demarcação entre o poder político e a vida social é crucial a tal

exercício. O Estado Moderno, então, tem sua compreensão fundada nas noções de soberania e na separação entre as esferas pública e privada.

Num outro momento deste trabalho, ficou demonstrada a ruptura dos pressupostos sobre os quais se estruturou o Estado Moderno. A nota característica da modernidade é a homogeneidade da sociedade. Esse todo social era a característica sobre o qual o poder decisório exprimia o interesse geral. Contudo, a sociedade uniforme vai se fragmentando e fugindo à estrutura institucional e aos mecanismos de representação tradicionais. Referido processo de fragmentação tem seu início quando o Estado passa a intervir na ordem econômica e se acentua quando da falência do Estado de bem-estar social.

Outra marca da superação da modernidade no que se refere à teoria geral do Estado é a superação da unicidade do poder decisório estatal. Isso porque o Estado vai se relacionando com essa sociedade fragmentada, contudo essa relação é caracterizada no papel de mediador dos interesses.

E, num terceiro momento do trabalho, foi demonstrada a configuração atual do Estado em sua contemporaneidade. Um Estado cuja noção de soberania está relativizada e cuja noção dicotomizada entre o público/privado também o está. Disso constata-se um Estado não mais unicamente como um centro de poder decisório, mas também como um interlocutor para com a sociedade.

Neste contexto emergem os entes reguladores autônomos, configuradores de um novo paradigma de Estado mais próximo das necessidades do Estado e da sociedade. Entes que marcam o fim da unicidade do exercício do poder político. Atividade regulatória essa, contudo, que deve ser aberta à participação da sociedade para evitar que o poder público sofra influência de interesses particulares e cumpra seu papel na proteção das necessidades sociais. A atividade regulatória deve ser transparente. Um relevante instrumento de transparência é a procedimentalização, que se constitui legitimadora da atividade regulatória e garantidora dos direitos do cidadão. O escopo do procedimento é a condução dos conflitos sociais entre a sociedade e o Estado ao diálogo.

O estudo dos interesses públicos é importante para que se tenha a correta noção da regulação estatal. Isso significa que a regulação, no caso brasileiro, deve compatibilizar os diversos valores que guiam a ordem econômica explicitados no art. 170, da CF. As agências reguladoras brasileiras não tutelam os interesses dos cidadãos adequadamente. E é por meio da compreensão dos

interesses públicos que se podem desenvolver mecanismos que possam aperfeiçoar a atuação dos entes reguladores com vistas à realização dos valores constitucionais.

## **BIBLIOGRAFIA**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 15<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Caderno I. MARE. Brasília: 1997.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.