

A Evolução do Ato Administrativo e a sua Destipificação na Atividade Regulatória

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda
Guerreiro
*Mestrando em Direito pela Universidade de
Coimbra*

1. ORIGENS DO ATO ADMINISTRATIVO

As origens do ato administrativo remontam à Revolução Francesa, momento histórico em que o Antigo Regime até então vigente cedeu espaço a um novo modelo de organização do Estado, baseado na separação de poderes, como preconizado por Montesquieu em sua memorável obra *L'esprit des Lois*. Tal inspiração, por sinal, se revela claramente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabelece que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

Ocorre que, naquela época conturbada, os tribunais franceses, ainda nas mãos da vetusta nobreza desbancada pelos revolucionários, eram por estes vistos com alguma desconfiança, fator que, associado a um entendimento radical do princípio da separação dos poderes, conduziu à edição de leis excluindo os atos praticados pela Administração Pública da apreciação judicial¹.

¹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, 5ª Reimpressão da Edição de 2001, v. II, p. 13-15 e 204.

Surge, então, pela primeira vez, o conceito de ato administrativo, abarcando todas as formas de atuação da Administração Pública a respeito das quais o Judiciário estava proibido de se manifestar, e que só podiam ser impugnadas pelos particulares perante os próprios órgãos administrativos². Sendo assim, o conceito de ato administrativo, em seu nascedouro, apresentava-se essencialmente como garantia de independência da Administração, cuja atuação não estava sujeita à revisão judicial.

Essa concepção inicial de ato administrativo como garantia para a Administração de insindicabilidade judicial de sua atuação é logo suplantada, contudo, pela Constituição do Primário, de 15 de setembro de 1799, a partir da qual o referido conceito passa a definir o conjunto de condutas administrativas submetidas à fiscalização dos tribunais, que assim ficam incumbidos de exercer o controle quanto à sua legalidade, garantindo, dessa maneira, o império da lei. Note-se que, em virtude de tal evolução conceitual, a idéia de ato administrativo deixa de representar uma prerrogativa instituída em benefício da Administração para se converter em uma garantia outorgada aos particulares³, que puderam, desde então, se insurgir contra as arbitrariedades e abusos administrativos de que eram vítimas perante um órgão jurisdicional imparcial e independente.

2. O ATO ADMINISTRATIVO NO ESTADO LIBERAL

As revoluções burguesas ocorridas a partir do final do século XVIII por toda a Europa impingiram a derrocada final do absolutismo monárquico em estertores e permitiram a chegada ao poder da burguesia, que, inspirada pelo ideário iluminista, ansiava por uma nova ordem jurídica, marcada pelo império da lei e pelo liberalismo político, na qual fosse defesa ao Estado a intervenção tanto no campo econômico como no das liberdades individuais. Surge, então, o Estado liberal de direito⁴.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, 8ª Edição, v. I, p. 533.

³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares (esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 32.

⁴ O Estado de direito, em sua origem, era um conceito tipicamente liberal, razão pela qual se emprega aqui o termo Estado liberal de direito para designar o modelo estatal vigente naquela época, na esteira das lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 24ª Edição, p. 112.

Nesse contexto histórico, o ato administrativo se transforma, vindo a se apresentar como o meio usual e quase exclusivo de atuação da Administração Pública. Deve ser destacado, contudo, que naquele momento o Estado era visto como um potencial agressor dos direitos individuais dos administrados, de forma que o ato administrativo era consequentemente entendido como uma "manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado"⁵.

Por outro lado, a noção de ato administrativo também representava uma garantia para o administrado, na medida em que permitia a impugnação judicial de condutas administrativas ilegais ou lesivas dos direitos dos particulares.

A tipicidade é outra importante característica do ato administrativo no Estado liberal, não devendo ser olvidada. Com efeito, a Administração era então vista como agressora dos direitos individuais, razão pela qual sua intervenção era, tanto quanto possível, limitada, estando os parâmetros de tal atuação expressamente previstos em lei⁶. Parece claro, portanto, que a atividade administrativa naquele período se cingia quase exclusivamente à mera execução da lei, eis que estava sujeita a intensa vinculação legal, a fim de se evitarem autoritarismos e arbitrariedades. Restava, assim, pouco espaço à discricionariedade da Administração, que só podia agir através de atos administrativos típicos enumerados pela lei⁷.

3. A TRANSIÇÃO PARA O ESTADO SOCIAL

Ao privilegiar a liberdade em detrimento da igualdade, o Estado liberal, incapaz de atender às demandas de uma sociedade cada

⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 40.

⁶ "Ora bem, temos aqui, como nós todos sabemos, um sistema que se instaurou na Europa Continental a partir das experiências francesas e que depois exige a criação de um direito material da Administração, ou seja, um direito administrativo que forneça esquemas dos actos que a Administração tem a obrigação de vir a concretizar. Enquanto para lá do Canal o Direito há-de limitar-se, quando muito, à indicação de regras procedimentais, aqui a preocupação principal é posta na fixação de tipos de modelos de actos jurídicos." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "O acto administrativo", *in Scientia Juridica*, 1990, T. 39, nº 223/228, p. 27.

⁷ É o que se depreende do pensamento de MASSIMO SEVERO GIANNINI, em **L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè - Editore, 1939, p. 266-267. No mesmo diapasão, sustentando que a Administração no Estado liberal agia através de atos típicos unilaterais, conferir também PAREJO ALFONSO, Luciano. "Introducción: el surgimiento, desarrollo y consolidación del derecho administrativo", *in* PAREJO ALFONSO, Luciano; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Manual de derecho administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990, p. 12-13.

vez mais desigual, acabou por entrar em crise, sendo substituído pelo Estado social, que se preocupava não apenas em assegurar as liberdades do indivíduo contra a ingerência estatal (liberdades negativas), mas também em lhe conferir um extenso cabedal de direitos econômicos e sociais, cuja implementação podia ser exigida do Estado (prestações positivas)⁸. Essa mudança de paradigma visava, entre outros desideratos, à melhoria das condições de vida da massa operária explorada e empobrecida pelo sistema liberal, que passava a ter no Estado um grande provedor de direitos sociais, como educação e saúde, por exemplo. Some-se a isso a necessidade de superação da crise que assolou os países de economia capitalista no final dos anos 20 do século passado, evidenciando a importância de uma maior intervenção do Estado na economia, a fim de assegurar o seu equilíbrio e sustentabilidade.

3.1. Transformações do Ato Administrativo

A transição do Estado liberal para o Estado social mais comprometido com as reivindicações emergentes na sociedade trouxe consigo profundas alterações também no que concerne ao ato administrativo, uma vez que nessa nova ordem jurídica a Administração não mais se limitava a intervir de forma agressiva nos direitos dos particulares, passando a desempenhar uma importante atividade prestadora ou constitutiva⁹. Percebe-se, ademais, que a Administração no Estado social deixa de ser mera executora da lei e assume funções verdadeiramente criadoras e concretizadoras, tendo em vista o incremento de suas atribuições e a impossibilidade de o legislador regular todas as situações jurídicas, fatores que impunham a delegação de maior liberdade à Administração no esforço de satisfazer todos os direitos sociais conferidos aos administrados¹⁰.

⁸ Merecem relevo as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) como as primeiras cartas que incorporaram em seus textos direitos sociais atribuídos aos cidadãos em face do Estado.

⁹ Nas palavras de NORBERTO BOBBIO, "(...) a passagem do Estado liberal ao Estado social é assinalada pela passagem simultânea de um direito de funções predominantemente protectoras-repressivas a um direito cada vez mais promocional". **O futuro da democracia**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988, p. 148.

¹⁰ Tais transformações também são assinaladas por GAETANO AZZARITI, em "Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo", in ALBERTI, Piergiorgio; AZZARITI, Gaetano; CANAVESIO, Giorgio; GALLO, Carlo Emanuele; QUAGLIA, Mario Alberto. **Lezioni sul procedimento amministrativo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 7.

Verifica-se, portanto, um certo afastamento entre a lei e o ato administrativo, o que fica muito bem delineado no âmbito das atividades de caráter predominantemente técnico, onde as decisões são tomadas com base em critérios igualmente técnicos, tendo a lei tão-somente como fonte de princípios gerais diretores¹¹. O mesmo se verifica quanto à atuação da Administração em campos mais tradicionais, de cariz jurídico, nos quais a lei fixa apenas balizas gerais de conduta, deixando ao administrador a tarefa de perseguir e concretizar as finalidades públicas com enorme autonomia.

Apresenta-se incontestável, por conseguinte, a redução da vinculação legal imposta à Administração, que agora tem maior independência para identificar a solução mais consentânea ao interesse público em cada caso concreto, o que a lei jamais seria capaz de fazer devido ao aumento das atribuições sociais do Estado e à falta de dinamismo do processo legislativo, incapaz de regulamentar todas as situações de fato que surgem no dia-a-dia da atividade administrativa.

Esse recuo da vinculação legal não importa, entretanto, a concessão de arbítrio desmedido à Administração, visto que é acompanhado da intensificação do controle jurisdicional. É mister acentuar, todavia, que esse controle não pode corresponder à substituição do administrador pelo juiz no ofício de apreciar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. Sendo assim, ele deve consistir exclusivamente na aferição da juridicidade do ato administrativo, que deve se coadunar com a lei e com os princípios previstos na Constituição, como o da igualdade e o da proporcionalidade¹².

Além disso, percebe-se ainda que no Estado social o ato administrativo deixa de ser concebido apenas como um meio de indese-

¹¹ Perfilhando o mesmo entendimento, aponte-se SABINO CASSESE, em "Le trasformazioni dell'organizzazioni amministrativa", *in* *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, nº 2, p. 383.

¹² O princípio da proporcionalidade, que é expressamente previsto pela Constituição Portuguesa em seu artigo 266, nº 2, não consta explicitamente no texto da Constituição Brasileira, sendo considerado, no entanto, um princípio implícito orientador da atividade administrativa. Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, 13ª Edição, p. 19 e 23-24. Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, por outro lado, o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade poderia estar associado ao princípio do Estado de Direito ou à proteção dos direitos fundamentais. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, 7ª Edição, 3ª Reimpressão, p. 267.

jável agressão ou intervenção da Administração nos direitos fundamentais dos indivíduos para também ser, em algumas hipóteses, encarado favoravelmente, como uma forma de realização de direitos sociais albergados pela Constituição, de tal modo que, nessas ocasiões, ele vem a ser não só desejado como até mesmo exigido pelos administrados.

Como reflexo dessa nova feição do ato administrativo, processa-se a sua gradual flexibilização, que toma forma através do declínio das modalidades de atuação administrativa autoritárias, unilaterais e agressoras, ao mesmo passo em que começam a ser adotadas pela Administração práticas típicas de direito privado, mais adequadas à consecução dos novos interesses públicos, de matiz social e econômico. Assiste-se, assim, à crescente utilização de meios contratuais na atividade administrativa, assim como à legitimação do ato administrativo unilateral pela audiência dos interessados em procedimento prévio, o que permite a obtenção de decisões administrativas mais eficazes e consensuais, eis que baseadas na compreensão e harmonização de todos os interesses envolvidos¹³.

Urge salientar, ademais, outro fenômeno que pode ser observado no Estado social, qual seja, a tecnicização da atividade administrativa, já referida anteriormente. De fato, tendo a Administração passado a atuar em áreas que exigem conhecimento técnico (como saúde e educação, por exemplo), seus atos tiveram que se regular mais por regras técnicas do que por normas jurídicas, que apenas servem como princípios gerais de conduta. Em decorrência dessa tecnicização, fica limitada a discricionariedade da Administração sem embargo da redução da vinculação legal, como explica Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

¹³ "Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbatem-se; a lógica liberal de confrontação e de exclusão surge substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma lógica de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração. A acção política dos grupos, o aparecimento de instâncias de Administração partilhada com os interessados (administração partilhada e em condomínio) e os vários sistemas de parceria e de divisão de trabalho entre Administração e particulares são apenas alguns dos sintomas de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade." GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 141-142.

*"Este fenómeno de generalização do uso da técnica na actividade administrativa apresenta igualmente consequências do ponto de vista do controlo jurisdicional da Administração. De facto, "a 'tecnicização' da vida administrativa reduz o âmbito da discricionariedade", o que "produz regularidade e previsibilidade mesmo em apreciações não puramente técnicas" (NIGRO). A utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública permite, assim, o alargamento do controlo jurisdicional que, não podendo ser igual ao das vinculações legais, possibilita, no entanto, a fiscalização dos casos extremos de má utilização dos meios e de conhecimentos técnicos, mediante a via do 'erro manifesto' ou da violação do princípio da proporcionalidade."*¹⁴

Em síntese, pode-se afirmar que, embora a Administração esteja sujeita a uma menor vinculação legal (por imposição da necessidade de buscar a concretização dos direitos sociais e económicos em cada situação de fato), por outro lado sua atividade deve se pautar por padrões técnicos verificáveis objetivamente¹⁵, bem como pelo respeito a uma série de princípios legais e constitucionais.

3.2. Destipificação do Ato Administrativo

Tendo em vista as observações expostas acima, pode-se vislumbrar no Estado social o surgimento de uma tendência à destipificação do ato administrativo, que tentaremos esquematizar a seguir.

Deveras, o ato administrativo, que, inicialmente, no Estado liberal, era visto como um meio de ingerência agressiva da Administração nos direitos individuais dos cidadãos, agora constitui também um meio de satisfação de seus direitos sociais e económicos.

¹⁴ **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 109.

¹⁵ A aplicação de normas técnicas apresenta natureza intelectual e não volitiva, de forma que uma eventual valoração discricionária do administrador só poderá ser realizada após um prévio juízo técnico, que não está sujeito a uma aferição de conveniência e oportunidade consoante o interesse público, mas a critérios técnicos objetivos. Seguindo a mesma orientação, BASSI, Franco. "Note sulla discrezionalità amministrativa", in AMOROSINO, Sandro. *Le trasformazioni del diritto amministrativo - scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini.* Milano: Giuffrè Editore, 1995.

Ora, no bojo de um sistema jurídico em que o ato administrativo é sempre tido como desfavorável ao indivíduo (Estado liberal), a sua tipicidade (que consiste na previsão legal das espécies de atos que podem ser realizados pelo administrador em cada situação de fato, bem como de seus pressupostos e demais características) representa importante garantia para os cidadãos. Isso porque o administrador, estando preso aos estreitos tipos legais que regiam a sua conduta, tinha um espaço exíguo para qualquer tipo de discricionariedade (que no Estado liberal era abominada e muitas vezes confundida com inadmissível arbítrio), ao passo que o administrado dispunha da ampla possibilidade de impugnação dos atos que infringissem qualquer dos muitos elementos vinculados pela lei, restando poucas questões atinentes ao mérito administrativo e insindicáveis, portanto, pelo Judiciário.

Com o advento do Estado social, contudo, o ato administrativo adquire traços mais favoráveis ao indivíduo, que nele vê um meio de satisfação de direitos assegurados pela Constituição e pela lei. Essa nova atividade administrativa prestadora exige graus menos elevados de vinculação legal, pois aqui a Administração não estará obrando no sentido de cercear os direitos dos administrados, mas no de realizá-los. Deixa de ser imperativa, portanto, a fixação legal de atos administrativos típicos, uma vez que, sendo a atuação da Administração favorável ao administrado, torna-se dispensável esse meio de proteção, que faz sentido apenas na lógica do ato desfavorável¹⁶.

Além disso, também podemos apontar como outro fator importante para o início do processo de destipificação do ato administrativo no Estado social o fato de as novas atribuições estatais nos

¹⁶ "Ao longo dos anos fora possível criar todo um corpo de garantias a favor do particular, que se o não tornavam imune contra os ataques da Administração, ao menos os mantinham subordinados a um sistema. O dogma de que toda a Administração é execução da lei põe o particular na posição de só esperar compressões legítimas a coberto da lei, que o mesmo é dizer, onde os pressupostos políticos da separação dos poderes demonstram a prevalência indiscutida dum interesse geral sobre o seu próprio. Agora que a Administração acrescenta ao seu programa tradicional um outro, com uma lógica totalmente diferente, e se transforma numa Administração constitutiva até ao ponto das suas tarefas antigas se reduzirem a um sector marginal, todo o sistema de defesas nos parece quebrado. Não é de estranhar por isso que volte a defender-se a Administração como um poder autónomo, capaz de actuação mesmo para além das bases expressas dum lei." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida Editora, 1969, p. 168-169.

campos econômico e social terem se diversificado tremendamente, tornando-se efetivamente impossível a previsão legal minuciosa de todas as formas de atuação da Administração, que passou a ter, por conseguinte, maior liberdade para decidir qual o ato mais adequado à persecução do interesse público em cada caso concreto, como já mencionado anteriormente.

Outra questão de suma importância para a compreensão do fenômeno da destipificação do ato administrativo diz respeito à tecnicização da atividade administrativa. Explica-se: enquanto a Administração estava limitada a praticar atos agressores dos direitos individuais, exercendo funções tipicamente policiais (Estado liberal), sua conduta podia ser regulada exclusivamente por normas jurídicas, sendo a lei seu único parâmetro de conduta¹⁷. No momento em que ela começa a desempenhar funções técnicas a fim de cumprir as promessas de direitos sociais e econômicos constantes da lei e da Constituição, seus atos deixam de se basear apenas em normas jurídicas, devendo observar também outras de ordem técnica. Assim, por exemplo, para um médico ou um professor que trabalhem nas redes públicas de saúde ou ensino, respectivamente, mais importantes para o bom exercício de seus misteres são os conhecimentos técnicos da atividade que desenvolvem habitualmente do que as prescrições legais acerca de suas atribuições, que, não obstante ainda devam ser obedecidas, estão muito distantes da prática diária de suas atividades. Dessa forma, a lei se torna incapaz de regular toda a atividade administrativa, cedendo espaço a decisões tomadas com base em critérios técnicos, ficando impossibilitada a previsão legal detalhada de atos administrativos típicos que se amoldem às peculiaridades de cada área de atuação da Administração.

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo no Estado social não está tão intensamente sujeito a um regime de tipicidade legal quanto estava na época do Estado liberal, concedendo-se maior liberdade ao administrador para tomar as medidas que entender mais

¹⁷ "Ora, perante a Administração dos princípios do séc. XIX, o problema parece ter pouca importância, tão limitados são os terrenos em que ela se movimenta. Aceitando-se aquela contenção de finalidades que corresponde ao ideário liberal, parece que raramente a Administração encontrará motivos para agir que não se projectem numa zona já pré-ocupada pelo legislador." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "Princípio da legalidade e Administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, nº 57, p. 173.

propícias à realização do interesse público em cada situação de fato. Cabe à Administração observar, todavia, os princípios diretivos da lei e da Constituição, assim como as regras técnicas que regem cada um dos setores em que atua, não se admitindo condutas que as violem ou que sejam autoritárias ou desproporcionais, sob pena de impugnação em sede jurisdicional.

4. A FALÊNCIA DO ESTADO SOCIAL E A PASSAGEM AO ESTADO PÓS-SOCIAL

Pelos meados da década de 70 do século XX é a vez do modelo de Estado social se ver diante de uma crise, tal como ocorrera a seu predecessor, o Estado liberal. As razões que ensejam esta crise, contudo, são distintas, podendo ser assim sucintamente alinhavadas: 1) ineficiência econômica de um Estado demasiadamente inchado e moroso; 2) aumento das contribuições exigidas dos cidadãos de forma desproporcional às benesses oferecidas pelo Estado; 3) crescimento da corrupção estatal, incentivada pelos novos meios consensuais de atuação pública; 4) alheamento e desconfiança do indivíduo em face do Estado¹⁸.

Começa a se desenhar, a partir desse diagnóstico de iminente colapso do Estado social, um novo sistema, que se pode chamar de Estado pós-social, caracterizado precipuamente pela tentativa de redução do aparelho estatal e pela expansão dos direitos do indivíduo, que é chamado a ter maior ingerência nos processos de decisão e recebe maior proteção jurídica contra o poderio público ou privado.

Outro traço marcante do Estado pós-social que deve ser realçado se refere à descentralização da função administrativa, ou seja, a Administração deixa de agir como uma entidade unitária e passa a desenvolver suas tarefas através de vários organismos autônomos, que atuam com independência em relação ao poder central em setores específicos da economia¹⁹.

¹⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares (esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 56-58.

¹⁹ É o caso, por exemplo, das agências reguladoras, como se verá adiante. Ainda quanto à descentralização da Administração, prestimosos são os ensinamentos de MARIO NIGRO, em "Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, nº 1, p. 22.

4.1 O Ato Administrativo no Estado Pós-Social

A Administração Pública no cenário pós-social assume características distintas daquelas que apresentava nos antecessores sistemas liberal e social, deixando de estar focada exclusivamente no deslinde de questões individuais e concretas, passando a se dedicar mais a uma atividade conformadora da realidade social²⁰. Para atingir tal objetivo, entretanto, não mais será possível a utilização das antigas espécies de ato administrativo (agressivo e prestador), eis que estruturadas tendo em vista uma atuação administrativa voltada ao indivíduo, isoladamente considerado.

Surge, então, uma nova modalidade de ato administrativo, vocacionada à consecução dos novos escopos infra-estruturais da Administração, cuja marca distintiva é a produção de efeitos em relação não apenas a um particular específico, mas também a grupos maiores de pessoas ou mesmo a toda a sociedade (atos diretivos ou planificadores). É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração elabora um plano de urbanismo, impondo, assim, orientações que vincularão todos os moradores da localidade em questão, ou, ainda, quando ela confere um incentivo fiscal a uma determinada empresa, o que afeta as suas concorrentes. Note-se que, neste último caso, mesmo sendo o ato dirigido diretamente a uma única pessoa jurídica, seus efeitos indubitavelmente atingem terceiros, a saber, outras empresas que atuam no mesmo nicho empresarial.

Essa eficácia multilateral do ato administrativo implica necessariamente no aumento da proteção jurídica concedida aos particulares, tendo em vista que, mesmo não sendo os seus destinatários diretos, podem vir a ser atingidos por seus efeitos. Tal proteção acrescida pode ser alcançada através do alargamento do conceito de direito subjetivo dos terceiros prejudicados pelo ato, ou, ainda, pela concessão aos administrados de meios de intervenção em sede administrativa ou judicial para a defesa de interesses difusos ou coletivos²¹.

²⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 127.

²¹ Sobre a participação dos particulares em procedimentos administrativos para a defesa de interesses difusos, consultar NIGRO, Mario. "Esperienze e prospettive del processo amministrativo", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, nº 2, p. 403-405.

Além disso, torna-se ainda mais premente a busca por soluções consensuais, que levem em consideração as reivindicações de todos os interessados na prática de um determinado ato administrativo. Essa participação dos particulares se realizará através do procedimento (onde eles poderão exercer o contraditório), razão pela qual a moderna doutrina publicista o coloca no centro da dogmática administrativa, em detrimento do ato administrativo²².

4.2. O Aprofundamento da Destipificação

A atividade planificadora que a Administração vem a exercer no Estado pós-social ostenta um caráter essencialmente programático, pois consiste no estabelecimento de metas e objetivos a serem alcançados a fim de que se realize o interesse público fixado pela lei. Os meios para a concretização das diretivas traçadas, todavia, ficam ao alvedrio do administrador, como ensina Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

*"Outra questão suscitada pela Administração de infra-estruturas é a da proliferação de decisões genéricas, nomeadamente sob a forma de disposições-programa ou de tipo finalístico. Estas actuações administrativas, do domínio do planeamento, "em vez de um processo de decisão baseado no esquema: 'se... então' ('Wenn - dann - Schema')", obedecem ao "esquema 'fim... meio' ('Zweck - Mittel - Schema')", constituindo actuações finalísticas ou "normas finalmente programadas ('final programmierte Norm')", que permitem à Administração uma ampla liberdade de escolha dos meios necessários para alcançar esses fins (SCHMITT GLAESER)."*²³

Isso significa, em outras palavras, que cabe à Administração não só estabelecer os rumos a serem seguidos e os objetivos que devem ser atingidos (o que ela faz através das supracitadas "disposi-

²² Por todos, NIGRO, Mario. "Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata", in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1980, nº 1, p. 23-24.

²³ Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 137.

ções-programa ou de tipo finalístico"), como também escolher os meios que entenda serem os mais oportunos e convenientes para a realização desse programa. Parece evidente, portanto, que a lei concede um amplo espaço de discricionariedade ao administrador para adotar, no exercício de suas funções, as práticas que melhor se coadunem às metas estabelecidas, assim como ao interesse público que lhes é subjacente, desde que observadas as normas técnicas aplicáveis. Sendo assim, o que se verifica, à evidência, é a agudização do processo de destipificação do ato administrativo que teve início no Estado social, visto que agora a lei não prevê de forma pormenorizada as condutas que a Administração poderá desenvolver na sua atividade infra-estrutural, conferindo-lhe grande margem de manobra²⁴.

É importante, contudo, consignar algumas ressalvas.

Em primeiro lugar, insta ressaltar que o surgimento dos atos administrativos de prestação e daqueles com efeitos em relação a terceiros, característicos dos Estados social e pós-social, respectivamente, não impôs o abandono dos atos agressivos normalmente associados ao Estado liberal. Isso porque a evolução dos sucessivos modelos estatais referidos acarretou a gradual atribuição à Administração de novas funções, em adição às aquelas já anteriormente por ela desempenhadas, ou seja, enquanto no Estado liberal só se cogitava de atos administrativos agressivos, no Estado social temos atos agressivos coexistindo com atos de prestação, ao passo que no Estado pós-social ambos convivem com os atos de efeitos multilaterais. Deveras, o Estado pós-social em que vivemos ainda pratica, por vezes, atos agressivos (quando aplica uma multa de trânsito) e atos de prestação (quando atende uma pessoa enferma em um hospital público), sem prejuízo da adoção de outros atos de planejamento e conformação da realidade social com eficácia multilateral (quando decide construir uma usina nuclear, afetando os moradores e o meio ambiente da região escolhida).

²⁴ "Assim, o próprio Estado utiliza-se de novas formas organizacionais, buscando uma liberdade de movimentos que o cenário clássico de legalidade não permitia." ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 181. Seguindo a mesma linha de pensamentos, conferir também SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "Princípio da legalidade e Administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, nº 57, p. 177.

Feitas tais colocações, deve ficar assentado que quando se fala aqui no fenômeno da destipificação do ato administrativo e no seu aprofundamento, refere-se tão-somente aos atos prestacionais e aos multilaterais, que cada vez mais ganham espaço no seio da atividade administrativa. É apenas quanto a essas espécies de ato administrativo que se pode observar um movimento no sentido da redução da vinculação imposta pela lei, não estando a Administração presa às amarras da tipicidade no desempenho de suas funções. No que concerne aos atos agressivos, no entanto, continua apresentando grande valia a previsão legal dos tipos de atos que poderão ser adotados pela Administração, como forma de defesa do administrado contra intervenções arbitrárias em seus direitos individuais²⁵.

Outra ressalva que deve ser suscitada diz respeito aos meios de controle dos atos administrativos atípicos; afinal, destipificação não pode ser sinônimo de ausência de limitação aos poderes conferidos à Administração, sob pena de retrocesso quanto às conquistas do moderno Estado de direito. Assim, na ausência de tipos administrativos previstos em lei, que forneceriam um grande número de elementos vinculados para a verificação judicial da legalidade dos atos praticados, impõe-se a adoção de outros métodos não menos eficazes de controle, já aqui referidos. Imperativa, por isso, é a obediência de tais atos aos princípios gerais diretivos da lei e da Constituição (com destaque para o princípio da proporcionalidade)²⁶, às normas técnicas pertinentes e, ainda, ao interesse público, coibindo-se, dessa maneira, eventuais desvios de finalidade.

5. A ATIVIDADE REGULATÓRIA E O ESTADO PÓS-SOCIAL

No Estado liberal era corrente a idéia de que o mercado deveria ser regulado por uma "mão invisível", capaz de conciliar de ma-

²⁵ Vale ainda salientar que a tipicidade do ato administrativo diz respeito não apenas aos seus elementos constitutivos, pressupostos e características, mas também a seus efeitos, não podendo a Administração se valer de um determinado ato típico para obter por via oblíqua resultados que só poderiam ser alcançados por outra espécie de ato, como ensina MASSIMO SEVERO GIANNINI, em *Diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, Seconda Edizione, Volume Secondo, p. 681.

²⁶ "(...) o administrador está obrigado a respeitar princípios fundamentais materiais (princípio da justiça, princípio da imparcialidade, princípio da proporcionalidade) e a obediência que lhes presta é objecto do controlo do juiz." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "Princípio da legalidade e Administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, nº 57, p. 191.

neira involuntária as vontades individuais com os interesses sociais²⁷. Sendo assim, repudiava-se qualquer tipo de intervenção do Estado nas atividades econômicas, cabendo-lhe tão-somente a garantia da propriedade privada e da liberdade contratual, enquanto o mercado se regeria por suas próprias leis internas (auto-regulação).

A crise do Estado liberal demonstrou, entretanto, que o mercado era incapaz de regular a si próprio de forma eficiente e estável, sendo desejável, por isso, uma maior intervenção estatal na economia. Descortina-se, conseqüentemente, um cenário no qual o Estado passa a intervir profundamente nos domínios econômico e social, assumindo funções que antes eram reservadas exclusivamente aos particulares e regulamentando exaustivamente o mercado, a fim de evitar as distorções encontradas no Estado liberal.

Ocorre que a falência do Estado social (em parte explicada pelo seu crescimento excessivo em decorrência da necessidade de intervenção, regulamentação ou controle em múltiplas áreas sociais e econômicas²⁸) impôs a sua reestruturação e a conseqüente instauração do modelo pós-social. Este se caracteriza pela redução da intervenção econômica do Estado, que se desonera de uma série de atividades, transferindo-as aos particulares. Através de tais reformas, tornou-se possível o encolhimento do aparelho administrativo estatal, granjeando-se, conseqüentemente, mais agilidade e eficiência²⁹ no exercício das funções públicas, bem como o corte dos gastos a elas associados.

Em contraposição, portanto, ao método de regulamentação estatal vigente no período de bem-estar social, no qual o Estado intervinha diretamente na economia, instaura-se um novo sistema, no qual ele transmite aos particulares o exercício das atividades eco-

²⁷ SANCHES, José Luís Saldanha. "A regulação: história breve de um conceito", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, ano 60, nº 1, p. 5-6.

²⁸ "Tal modelo [Estado Bem-Estar], contudo, incorporou estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o papel, o tamanho e custo da máquina estatal, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação." SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, 4ª Edição, p. 13.

²⁹ O princípio da eficiência é previsto expressamente pela Constituição Federal brasileira, em seu artigo 37, *caput*, impondo-se à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

nômicas outrora por ele desempenhadas ao mesmo tempo em que as desregulamenta, instituindo, outrossim, organismos reguladores setoriais encarregados de normatizar, fiscalizar e controlar tais atividades, como brilhantemente assinalado por Marcos Juruena Villela Souto na passagem a seguir:

*"[Desregulamentação] É a redução do volume de normas limitadoras da atividade econômica, de modo a reduzir os entraves burocráticos que elevam os custos das transações; ocorre através da desburocratização e da regulação, caracterizada esta como a atribuição legal de poderes a um órgão independente (agência de regulação) para estabelecer diretrizes, dentro de um marco previamente definido, a partir das quais dar-se-ão a normalização, a mediação e a arbitragem de conflitos de interesses entre o Poder Público e a empresa particular e entre estes e os usuários de serviços públicos e demais titulares de interesses difusos."*³⁰

É preciso deixar registrado, no entanto, que a transição para o modelo administrativo regulador se desenrola paulatinamente, observando-se, num primeiro momento (anos setenta e oitenta), a liberalização e a privatização da máquina administrativa, refletindo a retirada do Estado da economia, que atravessa então uma fase de desregulamentação³¹. Logo a seguir (anos noventa), o Estado passa a regular as atividades que abandonara e transmitira aos particulares, deixando, em síntese, de ser produtor de bens e serviços, para se transformar em regulador do processo de mercado³².

Isto posto, resulta evidente que o advento das autoridades reguladoras condensa, uma a uma, todas as características já referi-

³⁰ *Op. cit.*, p. 32.

³¹ EBERLEIN, Burkard. "L'État régulateur en Europe", in *Revue française de science politique*, 1999, v. 49, nº 2, p. 205.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 717-718. Ressalte-se, todavia, que a instituição de autoridades reguladoras nos Estados Unidos remonta ao *New Deal* (década de 1930), numa época em que a maioria dos outros países optava pela estatização de diversas atividades econômicas em resposta à crise de 1929, como averbado por ÉLIE COHEN, em "De la réglementation à la régulation: histoire d'un concept", in *Problèmes économiques - Paris: documentation française*, 2000, nº 2.680, p. 1.

das do novo modelo de Estado pós-social, como passaremos a perscrutar a partir de agora.

Sendo assim, releva salientar, em primeiro lugar, que o surgimento das agências reguladoras retrata claramente o fenômeno da descentralização administrativa. De fato, a intervenção estatal na economia deixa de se desenvolver através da Administração como entidade unitária, sendo assumida por vários órgãos a ela vinculados, que ostentam, porém, autonomia decisória, econômica e financeira, poder normativo técnico e independência administrativa³³, cada qual em sua área de atuação específica. Obtém-se, dessa forma, uma resposta à necessidade crescente que se colocava à Administração de enfrentar "com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade socioeconômica multifacetária com a qual se deparara"³⁴.

Além disso, as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras também estão eivadas de um caráter predominantemente técnico, como enunciado acima. Isso porque, embora tenha a Administração se retirado de diversos setores da economia na transição do Estado social para o pós-social, deixando de exercer diretamente funções que são regidas mais por regras técnicas do que por normas legais, ela assumiu, por outro lado, a tarefa de regular o seu exercício pelos particulares, da qual ela só poderá se desincumbir a contento mediante o recurso ao conhecimento técnico específico de cada setor econômico. Dessa forma, o processo de tecnicização administrativa iniciado no Estado social se agudiza ainda mais no contexto pós-social, principalmente no campo regulatório.

Outro ponto que deve ser destacado diz respeito à multilateralidade do ato administrativo regulatório, uma vez que os efeitos das decisões das autoridades reguladoras geralmente têm o condão de atingir não apenas os agentes econômicos setoriais como também a grande massa de consumidores dos produtos e serviços por eles colocados no mercado. Daí decorre a necessidade da audi-

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 368.

³⁴ CABRAL, Otávio de Almeida. "Legalidade administrativa e mensurabilidade dos poderes de regulação". Estudo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas, na cadeira de Direito Administrativo da Economia, 2002, p. 38.

ência de todos os interessados através de procedimentos administrativos onde tanto fornecedores quanto consumidores possam manifestar suas reivindicações, conduzindo a Administração a uma decisão mais consensual, que possa ser efetivamente exequível com o mínimo de prejuízos de lado a lado e, tanto quanto possível, bem recebida por todos³⁵. Assim, por exemplo, quando uma agência reguladora permite o aumento das tarifas cobradas pelas empresas prestadoras de serviços de telefonia, deve ter em consideração, por um lado, a necessidade da manutenção de uma margem de lucro que preserve a viabilidade econômica da atividade e, por outro, a preocupação com a oneração excessiva do consumidor, buscando, destarte, uma solução de equilíbrio entre os interesses opostos³⁶.

6. CONCLUSÃO: A DESTIPIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Como já assentado acima, no Estado pós-social se observa o aprofundamento do processo de destipificação do ato administrativo, que já vinha tomando forma desde o Estado social.

Na atividade regulatória o mesmo fenômeno pode ser percebido, visto que as agências reguladoras gozam de enorme independência conferida pela lei para normatizar, fiscalizar e controlar os setores econômicos postos sob seu pálio. Tratando-se de atividade extremamente dinâmica, que exige a rápida tomada de decisões com base em critérios técnicos pertinentes a cada área regulada, de acordo com conjunturas mercadológicas momentâneas e com especificidades de cada caso concreto, a lei se revela um instrumento inábil à sua regulamentação integral. De fato, a natural lentidão do processo legislativo e o caráter genérico e abstrato das normas legais não se coadunam com os referidos imperativos da atividade regulatória, razão pela qual a lei vai se tornando cada vez

³⁵ Sobre o papel do procedimento como meio de manifestação de forças sociais opositoras perante a Administração e a sua importância para o bom desenvolvimento da atividade administrativa, conferir ANDRADE, José Carlos Vieira de. "Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de 'acto administrativo' no nosso tempo", in **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1218-1219.

³⁶ Por tais motivos, as agências reguladoras tendem a entabular profícuos diálogos com os prestadores e os consumidores dos serviços regulados, como ressalta JULIA BLACK, em "Talking about regulation", in **Public law**, Spr. 1998, p. 104-105.

menos vinculativa, fixando apenas orientações bem gerais que traduzem o interesse público e concedendo grande discricionariedade às entidades reguladoras para adotar não só medidas genéricas (decisões normativas ou de cunho programático ou finalístico, por exemplo), como também os atos concretos que considerarem necessários para a realização de seus objetivos³⁷.

Em face de tamanha liberdade conferida à Administração pela lei, não mais se cogita de um sistema fechado de tipos de atos administrativos legalmente previstos através dos quais ela teria forçosamente que agir no desempenho de seus misteres, cabendo, por outro lado, a cada entidade reguladora a implementação dos atos que melhor se prestarem ao bom desempenho de sua atividade, às especificidades do setor econômico sujeito ao seu controle e aos interesses de fornecedores e consumidores envolvidos³⁸. 

³⁷ Na mesma toada, ARBOS, Xavier. "La crisis de la regulación estatal", in *Revista de estudios políticos*, 1991, nº 71, p. 275 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 65-67.

³⁸ CLARKE, Michael. **Regulation: the social control of business between law and politics**. London: Macmillan Press Ltd., New York: Macmillan Press Inc., 2000, p. 21.