
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
Alice Gonzáles Borges	(<i>in memoriam</i>)
Carlos Ari Sundfeld	Marçal Justen Filho
Carlos Ayres Britto	Marcelo Figueiredo
Carlos Delpiazzi	Márcio Cammarosano
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Figueiredo
Clèmerson Merlin Clève	Odiilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancanner
Luís Enrique Chase Plate	

Lúcia Valle Figueiredo

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2003.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
www.editoraforum.com.br

Procedimento e Função Regulatória de Serviços Públicos no Estado Pós-social¹

Fernando Vernalha Guimarães

Mestre em Direito Administrativo pela UFPR. Advogado em Curitiba-PR

1 Introdução

No domínio da moderna Administração de infra-estruturas (também batizada de *administração-prospectiva* ou de *planeamento*), trazida com o Estado pós-social, o *procedimento* vem sendo afirmado como a nova tônica da ação administrativa. Se na administração-agressiva, típica do Estado Liberal, vigoram as formas autoritárias de gestão, produzindo o que se chamou de *ato desfavorável*, e no Estado Social (administração-prestadora), em contrapartida, o *ato favorável*, são agora o *procedimento* e a *relação jurídico-administrativa* (multilateral) os novos focos da atividade administrativa. Daí o alvitre de Nigro — na esteira de Bachof — de que o “ato administrativo já não é mais o centro de gravidade do Direito Administrativo”.²

De fato, a crise da tradicional dogmática do ato administrativo deu lugar a um processo de *revalorização do procedimento* (fomentado especialmente pelas doutrinas italiana e germânica),³ cujo principal propósito é o de afirmar suas *novas funções*, destacadas pelas nuances próprias da ação administrativa infra-estrutural (FABER).⁴ Nesta nova dimensão da atividade administrativa, o ato administrativo deixa de ser

¹ Monografia vencedora do prêmio “GERALDO ATALIBA” outorgado por ocasião do II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PÚBLICO, promovido pelo Instituto Paulista de Direito Administrativo e pelo Instituto dos Constitucionalistas Democratas, São Paulo, 2001.

² NIGRO, Mario. *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza*. In: ALLEGRETTI; BATTAGLINI; SORACE. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di un Decennio di Giurisprudenza* Maggioli Editore, 1987, t. II, p. 967.

³ Tanto a recente doutrina italiana (CASSESE, PUGLIESI, NIGRO, TRIMARCHI) quanto a alemã (BACHOF, BROHM, ERICHSEN, BAUER, FLEINER-GERSTER) conceberam novos focos da cena administrativa sob o modelo infra-estrutural de Administração; aquela valorizando o *procedimento*, ressaltando seu aspecto objetivo, esta, de cariz subjetivista (ante o apego aos direitos fundamentais), tendo a *relação jurídica* como novo conceito central do Direito Administrativo. Veja-se CASSESE, Sabino. *Le Basi Del Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000, p. 304-309. MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 171-173. SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 149-186; 301-310.

⁴ *Verwaltungsrecht*. 3. ed. Tuebingen: J. C. B. Mohr, p. 31 e 337 Apud PAREJO ALFONFO, Luciano. *Introducción: El Surgimiento, Desarrollo y Consolidación Del Derecho Administrativo*. In: PAREJO ALFONFO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ALVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 29.

apenas uma forma de atuação *concreta*, particular, produzindo efeitos a uma *multiplicidade de sujeitos*, pondo-se a serviço de uma *relação jurídico-administrativa multilateral*.⁵

Sintomática, nesse contexto, é a relação que instrumenta a chamada *função regulatória dos serviços públicos*, envolvendo *órgão regulador*, *agente prestador* e *usuário do serviço público*, tendo esse último como novo ator da relação (ou pelo menos com renovada situação jurídica). É neste panorama que as *novas funções* do procedimento assumem especial importância. Isso tem se verificado na Europa e, de um modo geral, também nos países do Mercosul.⁶

Desgraçadamente, a experiência brasileira, embora no caminho das reformas, não tem se mostrado sensível a esta técnica. Como adverte Carlos Ari Sundfeld, os “reguladores não incorporam totalmente a cultura processual, ao menos no que ela tem de positivo”.⁷ Trata-se de admitir, como admite o autor, uma infeliz falta de apego ao *processo* como *modus operandi* da função.

A importância do procedimento como técnica operativa no campo da regulação-prestação de serviços públicos mostra-se evidente nos dias atuais. Não se trata apenas de permitir um exercício fiscalizatório aos envolvidos na relação, esgotando-se o procedimento em sua função clássica “garantística”, mas de admitir que as novas funções (*organizativa* e de *eficiência* da produção administrativa) que o procedimento tem assumido no Estado pós-social hão de implicar uma gestão mais *eficiente* e *vantajosa* à Administração. Isso

⁵ Como noticia VASCO PEREIRA DA SILVA, “A relação jurídica multilateral constitui assim a modalidade de relação jurídica, típica da Administração de infra-estruturas, adequada para explicar os vínculos jurídicos que se estabelecem entre todos os intervenientes das complexas relações administrativas modernas”. Diz o autor que as decisões dessa Administração possuem uma eficácia que “vai muito além e, muitas vezes, atinge pessoas diferentes do destinatário”. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 130, 137.

⁶ A Argentina também vem experimentando as reformas na esteira das tendências de transformação da estrutura estatal (privatização, desregulação e descentralização). Com a reforma constitucional argentina, o artigo 42 daquela Carta consignou que “A legislação estabelecerá procedimentos para a prevenção e solução de conflitos e os marcos regulatórios dos serviços públicos de competência nacional, prevendo a necessária participação das associações de consumidores e usuários, e dos Estados interessados, nos órgãos de controle”. Esta norma — comenta SALOMONI — produziu uma profunda mudança de legitimidade no sistema de serviços públicos e concessões administrativas ao introduzir o usuário como sujeito determinante e co-titular do interesse público em questão. SALOMONI, J. L. *Regulação dos Serviços Públicos e Defesa da Concorrência na Argentina*. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 213. Também COMADIRA, comentando a atuação dos entes reguladores na Argentina, observa que o componente garantístico do devido processo legal em sede administrativa, se completa, assim, com os aspectos colaborativos e participativos do procedimento, pois este não só é meio de defesa do particular e, em todo o caso, de autocontrole administrativo, mas também instrumento de colaboração e participação de interessados”. COMADIRA, J. “Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (com particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)” In: *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 249.

⁷ E referindo-se à atividade normativa das agências, completa: o “exercício de poder normativo tem como contrapartida o dever de só editar normas após a realização de uma ampla consulta pública (isto é um procedimento administrativo, o *rulemaking process* da experiência norte-americana)”. “Serviços Públicos e Regulação Estatal”. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.

conduzirá a uma integração entre os atores da relação, produzindo decisões consensuais e mais eficazes.

Urge, assim, uma revisita ao tema do procedimento, situando-o no contexto do Estado pós-social, relacionando-o com a função regulatória de serviços públicos.

2 O Estado pós-social e a nova *Administração infra-estrutural* - a crise do ato administrativo e a conseqüente revalorização do procedimento

No contexto do Estado pós-social, o novo modelo de Administração Pública prima por formas concertadas de ação. Assiste-se à multiplicação de formas de atuação em evidente desapego pela via *autoritária e unilateral*. Substitui-se, sobretudo, a preferência pela resolução pontual e concreta de conflitos por uma atuação genérica e *conformadora* da sociedade (PAREJO ALFONSO).⁸ Mesmo nos casos de uma atuação individual da Administração, os atos produzidos por esse novo modelo geralmente não afetam somente os seus destinatários imediatos, mas produzem efeitos a uma multiplicidade de sujeitos, gerando uma relação jurídica multilateral.

Neste novo domínio inserem-se ainda as tarefas de *planificação* e de *regulação*, donde a Administração não se limita a gerir o presente, voltando sua ação para o futuro. Daí que esta nova “atitude prospectiva”, como anota Rivero com espeque em Debbasch, exige “novos instrumentos”, e “põe em questão numerosas soluções adquiridas”.⁹ Cada vez mais, a Administração de nossos dias afasta-se das tarefas de “aplicação mecânica da normas e, pelo contrário, passa a revestir-se de uma dimensão de descoberta e conformação dos interesses públicos, e de ponderação entre os interesses públicos e os interesses dos particulares”¹⁰ (MARIA JOÃO ESTORNINHO; RUY MANCHETE).

Sucedem que esta postura da Administração despertou a “adormecida” crise do ato administrativo, dada a incompatibilidade deste provimento

⁸ “Introdución...”, p. 29-30.

⁹ Expõe RIVERO: “Cette attitude prospective exige des instruments nouveaux – plans de développement, d’urbanisme, directives, etc. – et remet en question nombre de solutions acquises”. *Droit Administratif*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 23.

¹⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 249.

¹¹ Anota DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, neste particular, que as possibilidades de atuação consensual vêm apresentando evidentes vantagens se confrontadas com as opções de atuação exclusivamente coercitivas” “Transformações juspolíticas do fim do século (Remodelagem do Direito Público)”. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 10, 1996, p. 674.

(típico à declaração autoritária do Estado) com um ambiente consensual cuja participação dos privados surge como modo da gestão pública.¹¹ Os esquemas tradicionais são insuficientes a enquadrar esta tarefa *conformadora*, especialmente por seu caráter de “composição de interesses”.¹² O conceito convencional de *ato administrativo* já não é mais adequado a explicar esses atos da Administração Pública. A unilateralidade e a imperatividade da decisão subsistem no campo formal, mas se desfiguram no material (mesmo que a fonte de eficácia dessa regulação jurídica seja a manifestação da Administração). Trata-se de admitir que são atos administrativos que, “se formalmente decorrem do exercício do poder administrativo, já materialmente consubstanciam verdadeiras situações de repartição de poder normativo entre Administração e particulares, ou de exercício partilhado de determinação do direito aplicável, pelo que não se podem enquadrar na clássica noção de acto administrativo”.¹³

Constata Nigro uma “troca de posições”, em que o procedimento passa a substituir o ato administrativo,¹⁴ verifica-se uma “autonomização” do procedimento, valorizando-o como sede de *formação* da “autoridade pública”, mediante a conjugação de vontades (da Administração e de uma multiplicidade de sujeitos envolvidos). Mais do que isso, o realce do procedimento passa a traduzir-se numa “técnica de diluição do poder e método de organização e coordenação”, na medida em que é através dele “que as autoridades administrativas e os particulares manifestam seus interesses”, “conformando a atuação administrativa”.¹⁵ Desta forma é que se alterou o “tipo burocrático” de Weber, hoje contaminado pela participação de indivíduos e grupos, implicando uma “verdadeira repartição de poder (potestade) administrativo entre o titular burocrático e a pluralidade dos intervenientes”.¹⁶

Esse contexto tem sido sentido, de certa forma, também pela doutrina brasileira. A recente legislação acerca do processo administrativo (Lei nº 9.784/99 e Lei nº 10.177/98), assim como a transformação constitucional havida (Emenda Constitucional nº 19), tem levado a doutrina a entender a “Administração Pública não como mera produtora aleatória de atos administrativos”,

¹² *Em Busca...*, p. 129.

¹³ *Em Busca...*, p. 563-564.

¹⁴ *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo...*, p. 974.

¹⁵ *Em busca...*, p. 305.

¹⁶ NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (Il Problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo). *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, abr./jun.1980, p. 273. Apud *Em busca do Acto...*, p. 305.

¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Inafastabilidade do Controle Judicial da Administração. In: *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 246.

“mas enquanto produtora racional atos administrativos derivados de regulares processos administrativos”.¹⁷ Daí a advertência de Cássio Scarpinella Bueno de que “a tônica da produção dos atos administrativos deve ser dada ao caminho, ao *iter* a ser perseguido pela administração para a produção de seu ato”.¹⁸

É possível agregar a esse discurso as novas funções do procedimento, que se inferem, de resto, dessa nova forma de concebê-lo.

3 As novas funções do procedimento

O procedimento, em sua configuração clássica, sempre foi considerado tão-somente com vistas à explicação do ato decisório final; tratava-se, como ilustra Cassese,¹⁹ de uma fase meramente instrumental e secundária ao ato administrativo final.

Nos tempos atuais, contudo, novas funções do procedimento têm sido destacadas, particularmente pela doutrina italiana mais recente. Revela-se que, para além de servir à ligação de atos e fatos, dentro de uma sucessão lógica, o procedimento há de ser concebido em seu valor *organizativo*, isto é: ele “não se limita a ligar actos e os factos numa série progredindo para um resultado final, mas cose dinamicamente sujeitos (em sentido amplo) e interesses numa trama que é, acima de tudo, organizativa”²⁰ (NIGRO).

Na nova faceta do procedimento impõe-se, sobretudo, uma sede “consensual”, de sorte que aquele não se esgotará no escopo garantístico de evitar arbitrariedades ou desvios teleológicos, mas se preocupará ainda em tonificar a eficiência²¹ da produção administrativa, através de uma ponderação conciliatória de interesses. É que no *Estado pluriclasse* vigente não existe “o interesse público”, mas “os interesses públicos”, funcionando o procedimento como “meio de composição desses interesses”²² (CASSESE).

Isso deriva de um princípio de participação dos particulares na

¹⁸ “Inafastabilidade do Controle...”, p. 246.

¹⁹ Referindo-se à “disattenzione per il procedimento”, CASSESE anota que “Per lungo tempo, la scienza giuridica há ignorato questo aspetto ritenendo che ciò che rivela è la decisione finale. Di qui, la tendenza della dottrina e della giurisprudenza, fino agli anni Quaranta Del XX secolo, a ritenere Che l’ attività consistesse di atti e si esaurisse com essi”. *Le Basi Del Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000, p. 305.

²⁰ NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (Il Problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo). *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, abr./jun. 1980, p. 273 Apud *Em busca...*, p. 305.

²¹ A jurisprudência espanhola, como dão notícia GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, tem reiteradamente pronunciado que o procedimento garante “a possibilidade de acerto e eficácia na Administração e os direitos dos particulares afetados pelos atos administrativos” *Curso de Derecho Administrativo*, 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, t. 1, p. 557.

²² *Le Basi Del Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000, p. 308.

produção administrativa, o qual vem afirmando a pertinência de um modelo que se ocupa de técnicas consensuais no campo da ação administrativa, encontrando “pressupostos na democracia e, ao mesmo tempo, de eficiência do procedimento administrativo”²³ (ENZO ROPPO).

Vasco Pereira da Silva resume as duas vantagens significativas que a nova perspectiva apresenta em relação à tradicional doutrina do ato administrativo: “a possibilidade de uniformização do tratamento dogmático de toda a atividade administrativa” dado que o procedimento encontra-se em condições de “fazer a ponte” entre a “actuação de gestão pública e de gestão privada”; e “a possibilidade de entender a integralidade da actividade da Administração, assim como de seu relacionamento com os privados, ao longo do tempo, e não apenas no “momento” da prática do acto administrativo.”²⁴

Assim e no contexto moderno, impõe-se a combinação de uma função *garantística* com a *eficiência* procedimental.

O grande desafio que se verifica, como já concluiu Sandulli, reside justamente na conjugação do “garantismo” com a “eficiência”.²⁵ Não obstante, pensa-se, na esteira de Maurer, que estas diversas tendências do direito do procedimento não se põem em contradição, mas, antes, se completam. Não se constituem em “realidades excludentes” a “proteção jurídica subjetiva e a garantia da legalidade, assim como do mérito e da eficácia das decisões administrativas”.²⁶

Note-se que a “eficiência” que se ressalta das qualidades do procedimento não significa abreviação das formalidades inerentes ou supressão de ritos em busca da celeridade, mas o alcance de decisões melhor estruturadas e menos suscetíveis a controvérsias posteriores, o que produz uma gestão decisória mais eficaz. Resume Juli Ponce Sole que o procedimento diz de perto com a “boa administração”, “ajudando a conseguir um desenvolvimento da função administrativa mais racional, mais objetivo, mais eficaz e mais eficiente e econômico, e, portanto, melhores decisões”. O dever de eficácia, explica o jurista, é alcançado pela participação prévia do cidadão nas decisões administrativas, favorecendo a atenuação das tensões sociais, “atingindo um melhor conhecimento do grau de aceitação social de uma decisão e uma maior efetividade prática da alternativa a adotar”, evitando

²³ Conforme ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 347.

²⁴ *Em busca ...*, p. 303.

²⁵ “Strumenti Giuridici della Contrattazione Pubblica per Programmi” (1. public. em *impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*). Milão, Nápole, 1990, p. 301 e ss., p. 303.

²⁶ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. ed. Muenchen: Beck, 1994, p.435 apud *Em busca...*, p. 442.

“futuros litígios que, em definitivo, estorvam a aplicabilidade prática da medida”. Quanto ao comportamento *eficiente e econômico*, a “participação cidadã também ajuda o seu cumprimento, já que a Administração pode conhecer a partir dela os interesses afetados pela decisão, assim como críticas, alternativas ou sugestões relativas à oportunidade financeira da decisão”.²⁷

4 Procedimento e função regulatória de serviços públicos

Esboçadas as novas funções do procedimento no contexto do Estado Pós-social, cabe relacioná-las à *função regulatória de serviços públicos*.

Já se disse que a relação jurídica que se estabelece entre órgão regulador, prestador de serviço público e usuário do serviço trata-se de uma relação multipolar, típica da ação administrativa moderna. A partir desta (e sobre esta) se formam atos administrativos com “eficácia em relação a terceiros”. Exemplo típico destes atos administrativos, lembra Badura, são as decisões como as de “construção de uma central atômica, ou de um aeroporto”. Isto porque, para estas decisões, se exige a “ponderação e equilíbrio das pretensões do empresário, dos interesses públicos envolvidos, dos interesses juridicamente protegidos dos terceiros afetados, através do projeto e das conseqüências previsíveis”.²⁸

O procedimento, neste âmbito, há de servir a otimizar a função administrativa regulatória, permitindo uma melhor ponderação dos atos decisórios. Não basta, por certo, a mera manifestação fisiológica dos atores; o que se busca, com a aplicação das novas concepções do procedimento, é instituir-se o rito procedimental como método de uma melhor elaboração da atividade administrativa decisória, resultando numa ação-síntese dos interesses ponderados. Isso poderá, além de contribuir para o conhecimento da Administração acerca de informações essenciais, evitar pendências judiciais, quase sempre custosas e indesejáveis à continuidade e eficiência dos serviços públicos.

Noutra ponta, a atividade regulatória deve pressupor “não só a introdução de mecanismos de ouvidoria ou de conselhos consultivos, mas, principalmente, a criação de instrumentos que obriguem a consulta e participação dos atores envolvidos no processo de regulação”. Isso se consegue

²⁷ *Dever de Buena Administración y Derecho al Procedimiento...*, p. 319.

²⁸ P. BADURA. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. In: I. VON MUENCH; SCHMIDT-ASSMANN. *Besonderes Verwaltungsrecht*. 9. ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1992, p. 231 Apud *Em busca...*, p. 451.

com a “utilização radical de consultas públicas, audiências abertas, foros setoriais e outros mecanismos que rompam com a unilateralidade típica do extroverso estatal”²⁹ (FLORIANO MARQUES NETO).

Trata-se de reconhecer, ainda, o consensualismo como método de dirimir tensões e choques entre interesses que polarizam as relações, permitindo-se o conhecimento das informações imprescindíveis ao controle³⁰ e regulamentação dos serviços públicos.

É verdade que a manifestação dos interessados não deve significar o exercício de ingerência direta sobre o conteúdo da regulação. O conteúdo decisório desta é manifestado exclusivamente pela Administração Pública sob o desempenho indisponível de competências. Mas os envolvidos têm de ter garantida a oportunidade processual para argüir eventuais vícios que possam acometer a produção decisória, assim como manifestar-se acerca de seu mérito.

A utilidade do procedimento,³¹ nesta nova perspectiva, reside menos na função protetiva *subjetiva* dos direitos dos participantes (embora essa seja uma função inafastável do instituto) que na função *objetiva* de propiciar o conhecimento da Administração acerca de informações fornecidas. Veja-se, inclusive, que, muitas vezes, as reais necessidades coletivas são avaliadas a partir da participação dos usuários, assim como aspectos pragmáticos da execução de um serviço público são conhecidos, em sua fidelidade, a partir do pronunciamento do executor-prestador (há muitos elementos que são de exclusivo conhecimento do executor-particular e que, para efeitos de regulamentação de serviços públicos, mediante alteração de contratos administrativos — por exemplo —, deverão necessariamente ir à ciência da Administração-contratante). Isso reduz a possibilidade de mal planejamento, de forma que, como observa Sérvulo Correia, “se tornam mais difíceis os erros de perspectiva das regras da boa administração”.³²

²⁹ A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: *Direito Administrativo ...* p. 96.

³⁰ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO chama a atenção para o “segundo objetivo” a que o procedimento serve, qual seja: “concorre para uma decisão mais bem informada, mais conseqüente, mais responsável... pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez, vislumbrados”. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 443.

³¹ Ressalte-se o Código de Procedimento Administrativo da ANATEL — Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado originariamente, em iniciativa pioneira, pela Resolução 1, de 1997, alterado pela Resolução 197, de 1999. O referido Código, como explica BENEDITO PORTO NETO, “assegura a manifestação eficiente do particular no processo de formação do ato da Agência”. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: *Direito Administrativo ...* p. 297.

³² *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 579.

Ainda, portanto, que o chamamento do co-contratante não lhe outorgue a faculdade de interferir no mérito da modificação contratual (regulação) proposta, é certo que a participação do particular poderá ser absorvida pela Administração como uma técnica de *negociação preventiva*.³³ Certamente, a atitude “negocial” propiciada pela Administração (dentro da latitude de ação própria conferida pela lei) deverá conduzir a um melhor resultado prático, legitimando de plano a regulamentação promovida, evitando-se, pois, alguma irresignação dos envolvidos na utilização de seu direito de recorrer à tutela jurisdicional, o que poderá estorvar o processo, trazendo, em última análise, prejuízos ao usuário final.

De fato que “a efetiva participação do administrado na formação do ato administrativo esgotará, ou quando menos, minimizará todas as questões, dúvidas ou indagações “ que se fizerem presentes. Daí que “somente após a sua ampla discussão”, o ato administrativo deve ser praticado. “Todas estas dificuldades, por assim dizer, vão passar pelo crivo do contraditório antes mesmo de o ato administrativo ser produzido, filtrando as questões possíveis de contraste jurisdicional posterior”³⁴ (SACARPINELLA BUENO).

Esta *composição* que se vislumbra no campo procedimental, conclui-se, desdobra-se em inúmeras conseqüências: a) produz uma melhor gestão regulatória porquanto a Administração alarga a perspectiva de conhecimento das informações pertinentes, colhendo manifestações dos usuários, assim como dos executores-prestadores dos serviços; conjuga-se, por isso, aspectos de necessidades públicas (coletivas) a tendências tecnológica; b) produz decisões mais consensuais, isto é: atos decisórios que já passaram pelas discussões inerentes ao procedimento, os quais se afiguram menos suscetíveis a investidas judiciais. Isso significa economia de tempo e de recursos públicos; c) produz-se, enfim, decisões plurais, contemplando-se as diversas classes e grupos envolvidos no âmbito decisório da ação regulatória, eis que muitas vezes dentro de uma categoria maior,

³³ É verdade que essa questão produz a dificuldade de compatibilizar os espaços decisórios de livre negociação com a indisponibilidade dos interesses manejados. Considerando-se que a competência utilizada neste âmbito seja de natureza discricionária, oriundo da *abertura-densidade* das norma jurídicas que se impõem à matéria, vale lembrar — na esteira de NIGRO — que, quanto mais essa margem negocial propiciada ao Poder Público diz de perto com uma autonomia imediata de ação, com margem de liberdade decisória discricionária, mais reclama a pertinência de um procedimento minucioso, pormenorizado, pautado por uma ampla visibilidade das manobras adotadas. Como referiu NIGRO, quanto mais se desnatura a atividade substancial administrativa do sentido jurídico-público, mais se deve procurá-lo para além dela e de seus resultados, ou seja: na organização (procedimento). “Procedimento Administrativo...”, p. 252 et seq.

³⁴ “Inafastabilidad...”, p. 247.

como dos usuários de determinado serviço público, acham-se sub-grupos com interesses não-homogêneos.

5 Conclusão

Em sede de conclusão, importa anotar que a procedimentalização da atividade administrativa, a partir das novas tarefas da Administração do Estado pós-social, tem reclamado a participação “efetiva” dos cidadãos na formação da autoridade pública, provocando “um melhor funcionamento do poder público, potencializando a democracia deliberativa”³⁵ (JULI PONCE SOLÉ).

No campo da regulação de serviços públicos, pela tipicidade da relação que exsurge — interagindo órgão regulador, agente prestador e usuário do serviços — o procedimento há de ser aplicado de molde a *otimizar* a produção regulatória, propiciando uma gestão conciliadora, conformadora e representativa da suma dos interesses envolvidos, quando as decisões decorrentes deverão retratar a absorção e valoração das informações colhidas no âmbito procedimental.

Neste diapasão, é razoável que se pense numa margem negocial para que o Poder Público possa, dentro dos parâmetros positivamente estatuídos pelo ordenamento, compor litígios, evitando-se pendências desnecessárias. E o procedimento, neste âmbito, exercerá uma função tanto garantística como propiciadora de maior celeridade e eficácia nas ações administrativas. O que se busca, em definitivo, é o “equilíbrio entre os interesses da Administração e da sua eficiência (que são no fundo, também, interesses de todos os administrados) e os interesses dos administrados que participem directamente em cada procedimento”³⁶ (VIEIRA DE ANDRADE).

Referências

BUENO, Cássio Scarpinella. Infastabilidade do Controle judicial da Administração. In: *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CASSESE, Sabino. *Le Basi Del Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000.

COMADIRA, Julio. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

CORREIA, J. M. Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

ENTERRÍA, E. García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. t. 1.

³⁵ *Dever de Buena Administración y Derecho al Procedimiento...*, p. 351.

³⁶ As Novas Regras para a Actividade Administrativa. In: SEMINÁRIO SOBRE O C. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, Coimbra, 1993, p. 83-84 Apud *A Fuga para...*, 1996, p. 246.

- ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996.
- MARQUES NETO, Floriano. Direito Administrativo Econômico. In: *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transformações Juspolíticas do Fim do Século (Remodelagem do Direito Público). *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10, Curitiba, 1996.
- NIGRO, Mario. Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza. In: ALLEGRETTI; BATTAGLINI; SORACE. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di un Decennio di Giurisprudenza* Maggioli Editore, 1987, t. II, p. 967.
- PORTO NETO, Benedito. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PUGLIESI. Il Contraddittorio nel Procedimento. In: TRIMARCHI, Francesco. *Il Procedimento Amministrativo fra Riforme Legislative e Transformazioni dell' Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1990.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SALOMONI, Jorge Luis. Regulação dos Serviços Públicos e Defesa da Concorrência na Argentina. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SANDULLI. *Strumenti Giuridici della Contrattazione Pubblica per Programmi*. Milão, Nápole, 1990. (1ª. public. em *impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*).
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- SOLE, Julio Ponce. *Dever de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Devido*. Valladolid: Lex Nova, 2001.