

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

Ano 2 – N. 7

1ª edição – 2ª tiragem



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê

CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-1200 - Fax: 252-1311

Representação / Rio de Janeiro: Excelência Assessoria Editorial

Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 – CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

/1ª ed., 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2002.

228 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00244

PROCEDIMENTO E FUNÇÃO REGULATÓRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO PÓS-SOCIAL¹

*Fernando Vernalha Guimarães*²

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, vigeram 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*³.

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 Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Paraná, advogado em Curitiba-PR.

³ *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* T. II. Maggioli Editore, 1987, p. 967.

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 germânica⁴), cujo principal propósito é o de afirmar suas novas funções, destacadas pelas nuances próprias da ação administrativa infra-estrutural (Faber)⁵. Nesta nova dimensão da atividade administrativa, o ato administrativo deixa de ser apenas uma forma de atuação concreta, particular, produzindo efeitos a uma multiplicidade de sujeitos, pondo-se a serviço de uma relação jurídico-administrativa multilateral⁶.

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, sendo 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 verifica-

⁴ Tanto a recente doutrina italiana (CASSESE, PUGLIESI, NIGRO, TRIMAR-CHI) 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 a 309. MAURER, Hartmut. **Droit Administratif Allemand**. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 171 e 173. Pereira da SILVA, Vasco. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 149 a 186 e 301 a 310.

⁵ *Verwaltungsrecht*, 3. ed., J. C. B. Mohr, Tuebingen, p. 31 e 337. Apud PAREJO, Alfonso Luciano. *Introducción: El surgimiento, Desarrollo y Consolidación Del Derecho Administrativo in* PAREJO, Luciano Alfonso / BLANCO, Antonio Jiménez / ALVAREZ, Luis Ortega. **Manual de Derecho Administrativo**, 4. ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 29.

⁶ 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 e 137.

do na Europa e, de um modo geral, também nos países do Mercosul⁷.

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*”⁸. 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 adminis-

⁷ 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 art. 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 (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)*, in *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 249.

⁸ 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.

trativa) que o procedimento tem assumido no Estado pós-social não de implicar uma gestão mais eficiente e vantajosa à Administração. Isso 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 Alfonso⁹). 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, onde 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”¹⁰. 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 inte-*

⁹ **Introducción...**, p. 29 e 30.

¹⁰ 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.

resses públicos, e de ponderação entre os interesses públicos e os interesses dos particulares”¹¹ (Maria João Estorninho/Ruy Manchete).

Sucedem que esta postura da Administração despertou a “adormecida” crise do ato administrativo, dada a incompatibilidade deste provimento (típico à declaração autoritária do Estado) com um ambiente consensual cuja participação dos privados surge como modo da gestão pública¹². Os esquemas tradicionais são insuficientes a enquadrar esta tarefa conformadora, especialmente por seu caráter de “composição de interesses”¹³. 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*¹⁴.

Constata Nigro uma “troca de posições”, em que o procedimento passa a substituir o ato administrativo¹⁵; 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

¹¹ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 249.

¹² 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)* in **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, n. 10. Curitiba: Gênese, 1996, p. 674.

¹³ *Em Busca...*, p. 129.

¹⁴ *Em busca...*, p. 563 e 564.

¹⁵ *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo...*, p. 974.

coordenação”, na medida em que é através dele “*que as autoridades administrativas e os particulares manifestam seus interesses*”, “*conformando a atuação administrativa*”¹⁶. 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*”¹⁷.

Esse contexto tem sido sentido, de certa forma, também pela doutrina brasileira. A recente legislação acerca do processo administrativo (Lei 9.784/99 e Lei 10.177/98), assim como a transformação constitucional havida (Emenda Constitucional 19), tem levado a doutrina a entender a “*Administração Pública não como mera produtora aleatória de atos administrativos*”, “*mas enquanto produtora racional de atos administrativos derivados de regulares processos administrativos*”¹⁸. 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*”¹⁹.

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 Cassese²⁰, de uma fase meramente instrumental e secundária ao ato administrativo final.

¹⁶ Em busca..., p. 305.

¹⁷ NIGRO, Mario. *Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (Il Problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo)*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2, Abril-junho, 1980, p. 273. *Apud* Em busca do acto..., p. 305.

¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Inafastabilidade do Controle judicial da Administração in *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 246

¹⁹ Inafastabilidade do Controle..., p. 246.

²⁰ Referindo-se à *disattenzione per il procedimento*, CASSESE anota que “*Per lungo tempo, la scienza giuridica há ignorato questo aspetto ritenendo che ciò*

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*”²¹ (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 eficiência²² 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*” (Cassese²³).

Isso deriva de um princípio de participação dos particulares na 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*” (Enzo Roppo)²⁴.

Vasco Pereira da Silva resume as duas vantagens significativas que a nova perspectiva apresenta em relação à tradicional

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.

²¹ NIGRO, Mario. *Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione. Il Problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo*. In **Rivista di Diritto Processuale**, n. 2, abr./jun./1980, p. 273. *Apud Em busca...*, p. 305.

²² 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**, t. 1, 10. edición, Madrid: Civitas, 2000, p. 557.

²³ **Le basi Del Diritto Amministrativo**. 6. ed., Milano: Garzanti, 2000, p. 308.

²⁴ Conforme ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 347.

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”²⁵.

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”²⁶. 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”²⁷.

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,

²⁵ Em busca..., p. 303.

²⁶ *Strumenti Giuridici della Contrattazione Pubblica per Programmi* (1. public. em impresa, *Ambiente e Pubblica Amministrazione*). Milão, Nápole, 1990, p. 301 e s., p. 303.

²⁷ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. ed. Beck, Muenchen, 1994, p. 435. *Apud* Em busca..., p. 442.

atingindo um melhor conhecimento do grau de aceitação social de uma decisão e uma maior efetividade prática da alternativa a adotar’, evitando “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”²⁸.

3 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 na 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*”²⁹.

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 pondera-

²⁸ Dever de Buena Administración y Derecho al Procedimiento..., p. 319.

²⁹ 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.

dos. 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 com a “*utilização radical de consultas públicas, audiências abertas, foros setoriais e outros mecanismos que rompam com a unilateralidade típica do extroverso estatal*”³⁰ (Florianio 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 controle³¹ 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 procedimento³², nesta nova perspectiva, reside menos na função protetiva *subjéctiva* dos direitos dos participantes

³⁰ A nova regulação estatal e as agências independentes. *In Direito Administrativo...*, p. 96.

³¹ 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.

³² 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 efíci-*

(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 mau planejamento, de forma que, como observa Sérvulo Correia, “*se tornam mais difíceis os erros de perspectiva das regras da boa administração*”³³.

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*³⁴. 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 es-

ente do particular no processo de formação do ato da Agência”. A Agência Nacional de Telecomunicações, in **Direito Administrativo...**, p. 297.

³³ **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 579.

³⁴ 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, oriunda da *abertura-densidade* das normas 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 e s.

torvar o processo, trazendo, em última análise, prejuízos ao usuário final.

De fato, “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”*³⁵ (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, por isso, aspectos de necessidades públicas (coletivas) com tendências tecnológicas; 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) produzem-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, como dos usuários de determinado serviço público, acham-se subgrupos com interesses não-homogêneos.

4 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”* (Juli Ponce Sole³⁶).

³⁵ Inafastabilidad..., p. 247.

³⁶ Dever de Buena Administración y Derecho al Procedimiento..., p. 351.

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 soma 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 estatuidos 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”*³⁷ (Vieira de Andrade).

5 REFERÊNCIAS

- BUENO, Cássio Scarpinella. Inafastabilidade 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.
- ENTERRÍA, E. García de/ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. 1, 10. edición, Madrid: Civitas, 2000.
- ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996.
- MARQUES NETO, Floriano. A nova regulação estatal e as agências independentes. *in Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J., 1995.

³⁷ As novas Regras para a Actividade Administrativa. *In Seminário sobre o C. do Procedimento Administrativo*. Coimbra, 1993, p. 83 e 84. *Apud A Fuga para...*, 1996, p. 246.

- 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). *in Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10. Curitiba: Gênese, 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 um Decennio di Giurisprudenza**. T. II. Maggioli Editore, 1987, p. 967.
- PORTO NETO, Benedito. A Agência Nacional de Telecomunicações. *In Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PUGLIESI. *Il Contraddittorio nel Procedimento*. In Francesco TRIMARCHI. **Il Procedimento Amministrativo fra Riforme Legislative e Transformazioni dell' Amministrazione**. Giuffrè, Milano, 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**. (1ª public. em *impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*). Milão, Nápole, 1990
- SÉRVULO CORREIA, J. M. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.
- 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.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação estatal. *In Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.