Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas
ISSN 1516-4551 • ISSN-e 2447-8709

REGULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: TRANSFORMAÇÕES DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

REGULATION AND ADMINISTRATIVE DISCRETION: TRANSFORMATIONS OF THE ADMINISTRATIVE FUNCTION IN THE BRAZILIAN REGULATORY STATE

***Willian Gustavo Rodrigues*[*]**

RESUMO

O artigo examina as transformações da discricionariedade administrativa diante da ascensão do Estado Regulador no Brasil, resultado das reformas neoliberais implementadas desde a década de 1990. Verifica-se que essas transformações ampliaram os espaços decisórios da Administração Pública, conferindo à discricionariedade contornos frequentemente tecnocráticos, vinculados à regulação econômica. Sustenta-se, contudo, que tal ampliação não autoriza compreendê-la como liberdade política irrestrita ou neutralidade técnica imune ao controle jurídico. A partir de revisão bibliográfica e de interpretação concretista da Constituição Federal de 1988, o estudo conclui que a discricionariedade administrativa permanece condicionada à juridicidade constitucional, à dignidade da pessoa humana, à justiça social e ao desenvolvimento nacional, de modo que decisões regulatórias fundadas exclusivamente em racionalidades econômicas comprometem a legitimidade material da função administrativa.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa; Estado Regulador; Neoliberalismo; Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This article examines the transformations of administrative discretion resulting from the rise of the Regulatory State in Brazil, a product of the neoliberal reforms implemented since the 1990s. It is verified that these transformations expanded the decision-making spaces of Public Administration, giving administrative discretion an increasingly technocratic character, linked to economic regulation. It is argued, however, that this expansion does not authorize understanding discretion as unrestricted political freedom or as technical neutrality immune to judicial control. Based on a literature review and a concretist interpretation of the 1988 Federal Constitution, the study concludes that administrative discretion remains conditioned by constitutional legality, human dignity, social justice, and national development, so that regulatory decisions grounded exclusively on economic rationality compromise the material legitimacy of the administrative function.

Key-words: Administrative discretion; Regulatory State; Neoliberalism; 1988 Federal Constitution

INTRODUÇÃO

[*] Doutorando e Mestre em Direito pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela FDSM. Membro do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção, da PUC-SP. Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2509668052568710. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4927-5377. E-mail para contato: willian.gustavo@yahoo.com.br

Open Access. Double Blind Review pelo SEER/OJS.

Licença Creative Commons 3.0

As transformações ocorridas na estrutura do Estado ao longo das últimas décadas do século XX alteraram significativamente as formas de exercício da função administrativa e os mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico. A crise do modelo prestacional de Estado e o avanço de reformas administrativas inspiradas em paradigmas gerenciais no Brasil a partir da década de 1990 produziram rearranjos institucionais marcados pela descentralização da execução de serviços, fortalecimento de estruturas regulatórias, ampliação da atuação de agências independentes e crescente utilização de mecanismos técnicos de governança econômica. Nesse contexto, consolidou-se progressivamente o denominado Estado Regulador, caracterizado pela substituição parcial da atuação direta do Estado pela regulação, fiscalização e coordenação de setores econômicos estratégicos.

A ascensão desse modelo foi acompanhada pela difusão de pressupostos econômicos frequentemente vinculados à racionalidade neoliberal – enquanto paradigma ideológico de modelo de Estado – fundada na ampliação da liberdade econômica, na redução da intervenção estatal direta e na confiança nos mecanismos de autorregulação de mercado. A incorporação dessas premissas ao desenho institucional da Administração Pública suscitou relevantes impactos sobre a teoria do Direito Administrativo, especialmente no que concerne à compreensão da discricionariedade administrativa e aos limites jurídicos da tomada de decisão estatal em ambientes regulatórios complexos, altamente tecnificados e economicamente sensíveis.

Tradicionalmente concebida como espaço de escolha juridicamente autorizada entre alternativas legítimas, a discricionariedade administrativa passou a ser progressivamente tensionada pelas novas exigências do Estado contemporâneo. O fortalecimento da regulação econômica, a crescente especialização técnica das decisões administrativas e a expansão de competências normativas atribuídas à Administração Pública contribuíram para o surgimento de novos espaços decisórios, frequentemente legitimados por argumentos de expertise, eficiência regulatória e racionalidade econômica. Em determinados contextos, tais transformações favoreceram compreensões que tendem a deslocar a decisão administrativa para campos supostamente neutros de tecnicidade reduzindo o alcance do controle jurídico e relativizando os compromissos normativos impostos pela Constituição.

É nesse cenário que se insere a problemática do presente estudo: de que maneira as transformações institucionais associadas ao neoliberalismo e ao Estado Regulador influenciaram a compreensão e o exercício da discricionariedade administrativa, ainda que sob uma perspectiva técnica, no Direito Administrativo contemporâneo? A questão revela especial relevância no constitucionalismo brasileiro, sobretudo diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo desenho normativo estabeleceu uma ordem econômica e social comprometida com a concretização de direitos fundamentais, a redução das desigualdades e a promoção do desenvolvimento nacional, afastando leituras juridicamente neutras do programa constitucional.

Para enfrentar a problemática proposta, o artigo estrutura-se em examinar a reconfiguração da discricionariedade administrativa no contexto das transformações ocasionadas pelo paradigma do Estado Regulador em um ordenamento jurídico estruturado pela Constituição Federal de 1988. Será analisado como a ascensão de um Estado Neoliberal confronta com a ideologia constitucional vigente donde os espaços decisórios contemporâneos da Administração Pública sofrem tentativas de reconfiguração de seu conteúdo, muitas vezes

Licença *Creative Commons 3.0*

sob um caráter técnico da atividade regulatória, sem, com isso, permanecer vinculada ao projeto constitucional de desenvolvimento, justiça social e proteção dos direitos fundamentais decorrente de uma interpretação concretista do texto constitucional.

As transformações no Estado contemporâneo e a ascensão do Estado Neoliberal

A segunda metade do século XX representa marco decisivo de transformação das estruturas políticas e jurídicas do Ocidente. Os horrores produzidos pelos regimes totalitários europeus, especialmente o fascismo e o nazismo e as consequências devastadoras da Segunda Guerra Mundial, impulsionaram a consolidação de um novo paradigma jurídico-político fundado na centralidade e na dignidade da pessoa humana, na limitação do poder estatal e na expansão dos direitos fundamentais. A formação do Estado Constitucional e Democrático de Direito inaugura, nesse contexto, uma nova racionalidade jurídica, comprometida não apenas com a legalidade formal, mas com a efetivação material de direitos e garantias fundamentais, deslocando progressivamente o sujeito para o centro da tutela jurídica[1].

Esse movimento de constitucionalização dos direitos não se desenvolveu exclusivamente sob motivações humanitárias ou filosóficas. Também esteve associado à necessidade histórica de estabilização das democracias capitalistas no contexto do pós-guerra, especialmente diante do avanço das experiências socialistas e das tensões produzidas pelos conflitos de classe ao longo da primeira metade do século XX. A ampliação quantitativa e qualitativa de direitos sociais, econômicos e políticos, característica do constitucionalismo social, representou igualmente mecanismo de contenção de rupturas revolucionárias, conferindo maior legitimidade ao modelo democrático-liberal e produzindo expectativas de ascensão social e redução das desigualdades.

Todavia, as bases institucionais do Estado Prestador passaram a enfrentar significativas tensões econômicas a partir da década de 1970. A crise do sistema de *Bretton Woods*, a desaceleração econômica observada nas economias centrais, o aumento das taxas inflacionárias e os fenômenos de estagflação abalaram os fundamentos das políticas keynesianas e dos modelos de bem-estar social consolidados no período pós-guerra na maioria dos Estados Ocidentais de países com capitalismo desenvolvido. A combinação entre baixo crescimento econômico, crise fiscal e expansão dos custos estatais fomentou críticas direcionadas à capacidade interventiva do Estado e à sustentabilidade dos sistemas públicos de proteção social[2].

Nesse cenário, consolidou-se progressivamente um novo paradigma econômico e político, estruturado sobre a retomada de pressupostos do liberalismo clássico, posteriormente reformulados sob a lógica neoliberal. Seus defensores passaram a sustentar que a excessiva intervenção estatal, a ampliação do gasto público e a hipertrofia administrativa

[1] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73-75.
[2] ROSSIGNOLI, Marisa; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. *Estado Liberal ou intervencionista? Uma análise econômica do atual modelo do estado brasileiro.* In. Direito e Economia, organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: VIDAL, Gina; POMPEU, Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza, CLARK, Giovani. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 31.

Licença *Creative Commons 3.0*

comprometeriam o funcionamento eficiente da economia de mercado, limitando a capacidade de crescimento econômico e de acumulação de capital. Como reação, difundiram-se propostas voltadas à redução do aparato estatal, contenção de despesas públicas, flexibilização regulatória, abertura econômica, privatizações e fortalecimento da iniciativa privada enquanto vetor prioritário de desenvolvimento. O Estado, por sua vez, passa a ser compreendido como instituição potencialmente ineficiente, cuja atuação excessiva poderia comprometer os mecanismos espontâneos de coordenação econômica e distorcer os incentivos naturais da atividade produtiva. O mercado, nessa perspectiva, seria ambiente autorregulável, capaz de coordenar interesses individuais divergentes sem necessidade de intensa interferência estatal

A expansão dessas concepções não pode ser dissociada do fenômeno da globalização econômica, compreendida não apenas como intensificação dos fluxos financeiros, produtivos e comerciais, mas como estágio específico de desenvolvimento do capitalismo contemporâneo[3]. A crescente internacionalização dos mercados e a reorganização geopolítica da economia mundial produziram significativos impactos sobre os modelos de organização estatal, influenciando diretamente a formulação de políticas públicas e a reconfiguração das funções desempenhadas pelos Estados nacionais.

Nesse contexto, intensificaram-se críticas ao modelo de Estado intervencionista e às formas tradicionais de prestação direta de serviços públicos. Conforme observa Gilberto Bercovici, a ascensão dos governos conservadores de 1989 impulsionou tentativas de redefinição do papel estatal, por meio de reformas constitucionais, orientadas pela diminuição da participação direta do Estado na economia e pela ampliação da lógica de mercado como parâmetro de organização social[4] [5]. A Administração Pública, antes marcada pela centralidade da prestação direta de serviços e pela intervenção econômica, passou a experimentar transformações institucionais voltadas à descentralização, à flexibilização administrativa e ao fortalecimento de mecanismos regulatórios.

É precisamente nesse cenário que emerge o denominado Estado Regulador. Em oposição ao modelo clássico de Estado Social ou Prestador, a nova conformação institucional desloca parcialmente a atuação estatal da execução direta para funções de normatização, supervisão, fiscalização e regulação de atividades desempenhadas predominantemente pela iniciativa privada. O Estado deixa de exercer monopólio sobre determinados serviços públicos e passa a disciplinar sua execução mediante estruturas regulatórias especializadas, frequentemente organizadas sob a forma de agências administrativas independentes. A lógica

[3] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 61.

[4] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento***.** 2ª.ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 212-214.

[5] Na primeira edição de *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, de 2025, Gilberto Bercovici aponta que tais reformas buscavam a "implementação de um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental" (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 81-82). Embora a crítica permaneça pertinente e em sentido semelhante ao da nova edição, o autor não utiliza a expressão "Estado neoliberal". Entende-se, contudo, que a expressão é adequada para caracterizar as reformas estatais da década de 1990, uma vez que estas buscavam reduzir a atuação do Estado a partir de uma lógica mercadológica, independentemente das alterações políticas decorrentes dos processos democráticos. Tanto é assim que, a alternância dos governos que se sucederam, não fora substancialmente alterada a independência e a regulação tecnocrática instituídas naquele período, tampouco as desestatizações então realizadas.

Licença *Creative Commons 3.0*

subjacente consiste na preservação da universalização, continuidade e qualidade dos serviços essenciais sem necessariamente concentrar sua prestação nas estruturas estatais tradicionais.

Entretanto, a transição do Estado Social para o Estado Regulador não ocorreu de maneira neutra ou desprovida de conflitos políticos e econômicos. Em muitos aspectos, tal deslocamento pode ser compreendido como manifestação das disputas entre projetos distintos de organização social, envolvendo, de um lado, concepções comprometidas com ampliação de direitos sociais e fortalecimento da atuação estatal e, de outro, perspectivas orientadas pela centralidade do mercado e pela redução da intervenção pública. A promessa neoliberal sustentava que o crescimento econômico promovido pela liberdade de mercado produziria, em médio e longo prazo, benefícios distributivos capazes de reduzir desigualdades e ampliar oportunidades sociais.

Essa dinâmica de reorganização capitalista impactou de maneira particularmente intensa os países periféricos e de capitalismo dependente da América Latina, África e Ásia. No continente latino-americano, as políticas econômicas implementadas durante o regime de Augusto Pinochet no Chile, especialmente entre as décadas de 1970 e 1980, tornaram-se referência paradigmática de reformas neoliberais, envolvendo ampla abertura econômica, privatizações e retração do papel estatal na provisão de serviços e proteção social.[6]

No Brasil, tais transformações assumiram maior intensidade a partir da década de 1990, período em que se buscou alinhar a política econômica nacional às dinâmicas globais de liberalização econômica e integração financeira internacional. Sob o discurso da modernização administrativa e da necessidade de superação da crise fiscal do Estado, foram implementadas reformas inspiradas nos postulados do denominado Consenso de Washington, formulado em 1989. Entre as principais diretrizes difundidas destacavam-se a disciplina fiscal, o controle do déficit público, reformas tributárias, liberalização financeira e comercial, incentivo ao investimento estrangeiro direto e ampliação dos processos de privatização impactando diretamente o modelo de Estado concebido na Constituição Federal de 1988[7].

Esse movimento reformista promoveu significativa reconfiguração da Administração Pública brasileira, alterando não apenas a estrutura institucional do Estado, mas igualmente os espaços decisórios atribuídos à função administrativa. A ampliação da regulação econômica, o fortalecimento das agências reguladoras e a crescente tecnificação das decisões administrativas

[6] Segundo Perry Anderson: "O neoliberalismo chileno, bem entendido, pressupunha a abolição da democracia e a instalação de uma das mais cruéis ditaduras militares do pós-guerra. Mas a democracia em si mesma – como explicava incansavelmente Hayek – jamais havia sido um valor central do neoliberalismo. A liberdade e a democracia, explicava Hayek, podiam facilmente tornar-se incompatíveis, se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionais de cada agente econômico de dispor de sua renda e de sua propriedade como quisesse. Nesse sentido, Friedman e Hayek podiam olhar com admiração a experiência chilena, sem nenhuma inconsistência intelectual ou compromisso de seus princípios. Mas esta admiração foi realmente merecida, dado que – à diferença das economias de capitalismo avançado sob os regimes neoliberais dos anos 80 – a economia chilena cresceu a um ritmo bastante rápido sob o regime de Pinochet, como segue fazendo com a continuidade da política econômica dos governos pós-Pinochet dos últimos anos" (ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p.15).

[7] ROSSIGNOLI, Marisa; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. *Estado Liberal ou intervencionista? Uma análise econômica do atual modelo do estado brasileiro.* In. Direito e Economia, organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: VIDAL, Gina; POMPEU, Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza, CLARK, Giovani. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 36.

Licença Creative Commons 3.0

passaram a produzir novos desafios teóricos ao Direito Administrativo contemporâneo, especialmente no que se refere à redefinição dos limites e da legitimidade do exercício da discricionariedade administrativa no contexto do Estado Regulador.

Do Estado Prestador para o Estado Regulador: a implementação do Estado Regulador no Brasil e a reconfiguração da função administrativa

A noção de regulação assume significados distintos conforme o campo do conhecimento em que é empregada. Na Ciência Econômica, o conceito foi historicamente construído a partir da tensão entre liberdade de mercado e intervenção estatal. Em sua formulação clássica, a regulação econômica corresponde ao conjunto de mecanismos destinados a corrigir as chamadas falhas de mercado, tais como monopólios, externalidades negativas, assimetrias informacionais e deficiências concorrenciais.[8] Parte-se da premissa de que o mercado, embora seja importante instrumento de alocação de recursos, não é capaz de assegurar, por si só, resultados socialmente eficientes ou distributivamente justos, legitimando-se, assim, a intervenção corretiva do Estado[9].

Contudo a transposição acrítica dessa construção econômica para o campo jurídico produz relevantes distorções hermenêuticas. Segundo Ricardo Marcondes Martins, parcela significativa da teoria econômica da regulação está assentada sobre pressupostos neoliberais que tendem a converter a eficiência econômica em parâmetro máximo de legitimação da atuação estatal[10]. Tal perspectiva revela-se incompatível com a Constituição Federal de 1988, que não estruturou a ordem econômica exclusivamente sobre a liberdade de mercado, mas sobre uma articulação normativa entre livre iniciativa, valorização do trabalho humano e justiça social. Em outras palavras, a racionalidade econômica não pode ser absolutizada nem utilizada como critério exclusivo de interpretação da atividade regulatória.

Ao ingressar no campo jurídico, a categoria da regulação exige construção dogmática própria e merece distinção fundamental entre os conceitos de regulação e regulamentação. A *regulamentação* refere-se ao exercício do poder normativo da Administração destinado à complementação da lei, por meio da edição de atos gerais e abstratos voltados à sua execução. Trata-se de atividade subordinada ao princípio da legalidade e tradicionalmente associada ao exercício do poder regulamentar. A *regulação* administrativa, por sua vez, possui conteúdo mais amplo e funcionalmente mais complexo. Segundo Martins, consiste na intervenção da Administração Pública sobre atividades econômicas privadas mediante instrumentos de

[8] Eis o conceito de Regulação entendido como o mais correto frente ao ordenamento jurídico brasileiro por Ricardo Marcondes Martins, ao qual nos filiamos: "regulação é toda intervenção estatal destinada a promover a eficiência e a equidade econômicas - solver as falhas do mercado em prol da perfeita competitividade e realizar justiça social (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 97).

[9] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83-86.

[10] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98-99.

Licença *Creative Commons 3.0*

direção, indução ou participação, orientados à consecução de finalidades constitucionalmente legítimas[11].

A importância dessa distinção reside no fato de que a regulação não se reduz à produção de normas. Regular significa influenciar comportamentos econômicos, orientar mercados, fomentar atividades, impor condicionamentos jurídicos e, em determinadas hipóteses, participar diretamente da atividade econômica. O centro de gravidade do fenômeno regulatório desloca-se do ato normativo para a função interventiva exercida pelo Estado.

O Estado brasileiro pode intervir na economia tanto de maneira direta – por meio da estatização – para assumindo o controle da atividade econômica ou pela forma indireta – por meio da desestatização – reduzindo a participação do Estado na economia e privatizando empresas e atividades públicas. Entende-se, porém, que essas transferências devem se dar quando essencialmente demonstradas que o Estado não é capaz de prestar e intervenção indireta é a melhor maneira de se concretizar o interesse público.

Sob essa perspectiva, a finalidade da regulação não pode ser compreendida exclusivamente a partir da eficiência econômica. Martins sustenta que a Constituição de 1988 autoriza a intervenção regulatória para proteção de múltiplos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, entre os quais a defesa do consumidor, a preservação do meio ambiente, a proteção da concorrência, a valorização do trabalho humano, a segurança pública e a promoção da justiça social[12]. A legitimidade da regulação decorre, portanto, de sua vinculação aos objetivos fundamentais da República e aos princípios estruturantes da ordem econômica constitucionalmente estabelecida.

Em direção próxima, Augusto Dal Pozzo e Sílvio Luís Ferreira da Rocha identificam a regulação como um dos instrumentos centrais da ordenação administrativa, ao lado do poder de polícia e da funcionalização jurídica das atividades privadas[13]. Em todos esses casos, observa-se a presença de uma atividade administrativa voltada à conformação da liberdade e da propriedade privada em função da realização do interesse público e da concretização dos comandos constitucionais.

Como anteriormente dito, a ascensão contemporânea do Estado Regulador está diretamente relacionada às transformações econômicas e políticas verificadas nas últimas décadas do século XX. Os defensores da liberalização do Estado brasileiro buscaram fundamento constitucional, entre outros dispositivos, no art. 174 da Constituição Federal, que atribui ao Estado funções de agente normativo e regulador da atividade econômica. A partir dessa leitura, passou-se a defender um modelo de intervenção estatal predominantemente indireta, orientado pela regulação dos mercados e pela redução da atuação direta do Estado na economia.

Retomando a Ricardo Marcondes Martins, o autor entende que a recepção do paradigma regulatório europeu, no processo de difusão globalizada dessas reconfigurações de modelos de Estados, ocorreu em contexto profundamente distinto daquele existente no Brasil. Na Europa,

[11] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104-106.
[12] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119-121.
[13] DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Thomson Reuters, 2026, p. 529-552.

Licença *Creative Commons 3.0*

a expansão do Estado Regulador esteve associada ao processo de integração econômica promovido pela União Europeia, cuja harmonização normativa e fortalecimento das regras concorrenciais pressionaram os modelos tradicionais de prestação estatal de serviços públicos[14]. No caso brasileiro, entretanto, inexistiam circunstâncias institucionais equivalentes, razão pela qual o transplante dessas categorias jurídicas exigiria especial cautela interpretativa e não a recepção acrítica.

A partir dessas transformações na função administrativa, consolidou-se o debate acerca da denominada crise do serviço público. A tradicional concepção vinculada à titularidade estatal, à universalidade e à supremacia do interesse público passou a sofrer relativizações decorrentes da abertura de determinados setores à iniciativa privada. Martins rejeita, contudo, a conclusão de que tais mudanças tenham provocado o desaparecimento da categoria jurídica do serviço público. Para o autor, permanece íntegro seu núcleo essencial, relacionado à satisfação de necessidades coletivas constitucionalmente qualificadas, ainda que a execução material da atividade seja delegada a particulares[15]. Por isso, entende-se que a delegação de serviço público não se equipara a atividade econômica – diferentemente de quando ela é privatizada – pois a titularidade encontra-se vinculada ao Estado e, mesmo que prestada por particular, o lucro não é a razão fundamental daquela delegação, mas a maneira que melhor concretiza o interesse público, sendo o lucro é uma condição para cumprir tal finalidade por meio da tarifa que, ao invés de ir diretamente ao Estado vai para o particular delegatário daquela atividade.

Essa preocupação manifesta-se também na crítica dirigida à utilização indiscriminada de categorias como serviços públicos impróprios, serviços públicos virtuais ou serviços de interesse econômico geral. Embora reconheça a utilidade descritiva desses conceitos, Martins alerta para o risco de sua utilização ideológica como instrumento de descaracterização das garantias jurídicas tradicionalmente associadas aos serviços públicos[16].

É justamente nesse contexto que emerge uma das principais críticas dirigidas ao paradigma regulatório contemporâneo. A denominada teoria da captura, amplamente difundida pelos defensores das reformas neoliberais, parte da premissa de que as falhas do governo (*govermment failures*) seriam potencialmente mais prejudiciais do que as falhas do mercado (*market failures*). Sob essa lógica, a atuação estatal deveria ser restringida para evitar que interesses privados capturassem os centros de decisão pública levando a existência de fato da "republicanização do Estado"[17]. Como observa Gilberto Bercovici, essa racionalidade contribuiu para a construção de uma nova divisão institucional: de um lado, um núcleo estatal responsável pela formulação de políticas públicas; de outro, agências reguladoras encarregadas da fiscalização e disciplina dos setores regulados.

Tal reorganização, entretanto, produz consequências que transcendem questões meramente administrativas. Ao deslocar progressivamente a atuação estatal da prestação direta

[14] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 184-191.
[15] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 200-205.
[16] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 210-220.
[17] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento***.** 2ª.ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 215.

Licença *Creative Commons 3.0*

para a regulação dos mercados, corre-se o risco de enfraquecer o próprio fundamento das políticas públicas enquanto instrumentos de concretização dos direitos fundamentais. A substituição da atuação positiva do Estado pela predominância de mecanismos regulatórios não pode ser compreendida como processo neutro, mas como opção política e ideológica que deve ser confrontada com o programa normativo consagrado pela Constituição de 1988.

Por essa razão, entende-se que a recepção do Estado Regulador no Brasil não pode ocorrer de forma dissociada da ideologia constitucional estabelecida pela Constituição Federal. A ordem econômica brasileira não foi estruturada sobre um paradigma de neutralidade mercadológica, mas sobre a harmonização entre livre iniciativa, valorização do trabalho humano, justiça social, redução das desigualdades e desenvolvimento nacional, sem a possibilidade de se adotar os serviços públicos como categoria de atividade econômicas, mesmo quando prestados pela iniciativa privada em regime de delegação.[18] A adoção acrítica de modelos regulatórios inspirados em experiências estrangeiras tende a desconsiderar essas peculiaridades constitucionais e a converter a eficiência econômica em finalidade autônoma da atuação estatal.

Mais do que isso, a legitimação contemporânea da atividade regulatória frequentemente ocorre sob o discurso da técnica ou da discricionariedade administrativa, como se tais elementos fossem suficientes para justificar qualquer decisão para decisão regulatória. Todavia, a técnica não substitui a juridicidade, nem a discricionariedade autoriza o afastamento dos compromissos constitucionais assumidos pelo Estado brasileiro. A atividade regulatória somente encontra fundamento legítimo quando interpretada à luz da concretude constitucional, dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais da Constituição. Fora desses limites, a regulação deixa de ser instrumento de realização do interesse público para converter-se em mera técnica de administração dos mercados, desvinculada do projeto constitucional estabelecido em 1988 para atender anseios a um Estado Neoliberal.

Discricionariedade Administrativa no contexto do Estado Regulador

[18] A atividade econômica, segundo Eros Grau se divide atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito A atividade econômica em sentido amplo é gênero e engloba todas as atividades econômicas constitucionalmente previstas tanto as atividades de exploração do mercado quanto os serviços públicos. A atividade econômica em sentido estrito é espécie e refere-se à atividade empresarial ou mercantil exercida deem regime de livre iniciativa e concorrência. Como regra, é prestada pelos agentes privados e só pode ser prestada pelo Estado de maneira excepcional e nas estritas hipóteses previstas na Constituição (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 101). Marçal Justen Filho, ao abordar a diferença entre atividade econômica em sentido amplo e serviço público, destaca: "Não há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. O serviço público consiste na organização de recursos escassos para a satisfação de necessidades individuas. Portanto, trata-se de uma atividade de natureza econômica. Logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas. É possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica. Portanto, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito)" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688). Discorda-se dessa posição do notável jurista, entende-se que enquanto a atividade econômica visa lucro e foca na oferta de bens pelo mercado e só pode ser prestada diretamente pelo Estado em caráter excepcional apenas quando for necessário para a segurança nacional ou relevante imperativo coletivo, seguindo o regime das empresas privadas, conforme disposição do art. 173 da CF/88; o serviço público visa atender às necessidades essenciais da sociedade, sem a previsão de lucro, sendo prestado diretamente pelo Estado ou delegado a particulares e a partir das premissas do regime jurídico público, mesmo quando delegado ao particular.

Licença *Creative Commons 3.0*

As transformações advindas da nova forma de compreensão do fenômeno jurídico após a 2ª Guerra Mundial, tardiamente chegaram ao Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa nova estrutura jurídica representou um marco de profunda transformação no constitucionalismo brasileiro, inaugurando uma nova racionalidade jurídica fundada na centralidade normativa da Constituição, na expansão dos direitos fundamentais e na redefinição das relações entre Estado, sociedade e mercado. Elaborada no contexto de redemocratização posterior ao regime civil-militar (1964–1985), a ordem constitucional de 1988 não apenas reorganizou institucionalmente o Estado brasileiro, mas estabeleceu um projeto normativo comprometido com a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a limitação do poder e a concretização material de direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 caracteriza-se por sua densidade normativa e estrutura analítica, contemplando amplo conjunto de postulados, regras, princípios enquanto diretrizes materiais voltadas à conformação da atuação estatal. Para além da organização dos Poderes e da definição de competências, a Constituição instituiu um sistema robusto de garantias destinado à preservação de valores considerados essenciais ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, inclusive mediante a previsão de limites materiais ao poder reformador, conforme disposto no §4º do art. 60, que resguarda, entre outros elementos, a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes ou Funções Públicas e os direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, ganha protagonismo a ascensão de métodos concretistas de interpretação constitucional, os quais buscam compreender as normas jurídicas não como comandos abstratos, mas como instrumentos normativos destinados à solução de problemas concretos. Diferentemente de perspectivas hermenêuticas centradas exclusivamente na literalidade ou na abstração lógico-sistemática, os métodos concretistas privilegiam a relação entre texto normativo e finalidade constitucional, de modo a assegurar maior efetividade ao ordenamento jurídico e sua coerência estrutural.

Cumpre ressaltar, todavia, que o concretismo constitucional não implica ruptura com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica. Conforme sustenta Canotilho, a interpretação concretista não abandona os métodos clássicos de interpretação, mas os reinsere em uma perspectiva metodológica voltada à concretização da Constituição, permitindo que as normas constitucionais sejam interpretadas em consonância com os desafios históricos, sociais e institucionais do tempo presente[19]. Nessa perspectiva, a Constituição deixa de ocupar posição meramente formal para assumir condição de parâmetro material de interpretação e legitimação de toda atuação estatal, inclusive da produção normativa infraconstitucional e da atividade administrativa.

Inspirado pela teoria da força normativa da Constituição desenvolvida por Konrad Hesse, Canotilho destaca o *subprincípio da normatividade constitucional* como elemento estruturante da interpretação constitucional vinculando-se aos *princípios da interpretação constitucional* e *do princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição*[20].

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1210-1211.

[20] Os conceitos de *princípios* e *subprincípios* adotados por Canotilho, diz respeito ao que se entende como *postulados* ou *princípios estruturantes*, ou seja, como chave hermenêutica de compreensão e interpretação do sistema jurídico, mas mantivemos a conceituação do jurista português.

Licença *Creative Commons 3.0*

Trata-se de diretriz hermenêutica segundo a qual deve prevalecer a interpretação que maximize a eficácia da Constituição enquanto ordem normativa vinculante. Em sentido complementar, o princípio da interpretação conforme a Constituição impõe que, diante de normas plurissignificativas, seja privilegiada a exegese compatível com os fundamentos constitucionais[21]. Dessa formulação decorre consequência relevante: a interpretação jurídica não pode restringir-se ao exame isolado do texto normativo, mas deve considerar a totalidade axiológica, principiológica e teleológica consagrada pela Constituição, ou seja, deve preservar a integridade de sua ideologia originalmente consagrada.

Não basta, portanto, o atendimento meramente formal das exigências constitucionais, como a observância do devido processo legislativo ou o exercício regular de competências normativamente administrativa. A juridicidade estatal exige conformidade material com o programa constitucional, compreendido como conjunto de valores, objetivos e compromissos normativos instituídos pela Constituição de 1988. Em outras palavras, a legitimidade da atuação estatal não decorre exclusivamente de sua adequação procedimental, mas de sua compatibilidade substancial com a ordem constitucional. Tão pouco se institui por meio da subjetividade do interprete de maneira abstrata sem vinculação mínima com o programa constitucional a partir da situação concreta que lhe cabe analisar dentro dos limites das normas constitucionais como partida e limite do seu processo interpretativo.

É precisamente nesse cenário de constitucionalização do Direito Administrativo que a discricionariedade administrativa deve ser revisitada. Em uma ordem jurídica fundada na força normativa da Constituição, não se mostra adequado compreendê-la como espaço de liberdade decisória do administrador ou como manifestação de vontade autônoma do agente público. A discricionariedade, em realidade, corresponde a uma competência juridicamente atribuída, exercida em função de finalidades constitucionalmente delimitadas e orientada pela busca da melhor realização do interesse público e do dever de boa administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a discricionariedade não se projeta propriamente sobre o ato administrativo, mas sobre a competência conferida ao agente público[22]. O ato administrativo constitui, em verdade, resultado do exercício de determinada competência, que poderá apresentar maior ou menor margem de conformação normativa. Assim, embora a tradição doutrinária frequentemente utilize as expressões “ato discricionário” e “ato vinculado”, revela-se tecnicamente mais preciso falar em *atos decorrentes do exercício de competência administrativa discricionária ou vinculada*.

A competência discricionária surge precisamente em situações nas quais o ordenamento jurídico, após processo interpretativo e argumentativo do agente competente, diante da complexidade dos interesses envolvidos e a pluralidade de possibilidades incidentes, reconhece ao agente público a possibilidade de eleger entre alternativas juridicamente admissíveis, aquela mais apta à promoção do interesse público. Isso, contudo, não significa autorização para arbitrariedade ou exercício subjetivo de preferências pessoais. O agente público não atua em nome de uma liberdade equiparável à autonomia privada, mas em razão de um dever funcional orientado à realização de finalidades constitucionalmente legitimadas.

[21] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1226.
[22] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 18.

Licença *Creative Commons 3.0*

O interesse público, por sua vez, não pode ser reduzido à mera soma de interesses individuais nem concebido como categoria abstratamente contraposta às pretensões particulares. Conforme adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, ele representa a dimensão publica dos interesses privados, enquanto valor juridicamente qualificado dos interesses da coletividade organizada politicamente em Estado. Seu conteúdo, portanto, demanda permanente reconstrução interpretativa à luz da Constituição, especialmente diante das tensões existentes entre direitos fundamentais colidentes. Por exemplo: nenhum administrado possui interesse de ver sua rua bloqueada para realização de uma feira, mas deve suportar o ônus desse transtorno em deferência a outros princípios incidentes que dão prevalência a sua realização, como desenvolvimento econômico e social, livre iniciativa, etc.[23].

Sob tal perspectiva, a discricionariedade administrativa somente pode ser compreendida a partir de uma lógica de conformação constitucional. O espaço decisório conferido ao administrador não constitui zona imune ao controle nem campo de escolhas politicamente livres, mas ambiente de deliberação juridicamente condicionado pelos princípios constitucionais, pelos direitos fundamentais e pelos objetivos estruturantes da ordem econômica e social. A eventual margem de escolha existente opera apenas entre alternativas compatíveis com o ordenamento jurídico e constitucionalmente aptas à realização do interesse público.

Desse modo, no contexto do Estado Neoliberal, a discricionariedade administrativa não pode servir de fundamento para a adoção de políticas econômicas dissociadas da Constituição, tampouco para justificar modelos de autorregulação de mercado ou opções regulatórias mínimas incompatíveis com o programa normativo constitucional. Ainda que determinadas escolhas administrativas envolvam elementos técnicos, econômicos ou políticos, sua legitimidade permanece condicionada à conformidade material com os fundamentos da ordem constitucional, especialmente no que se refere à harmonização entre princípios como livre iniciativa, justiça social, proteção de direitos fundamentais e realização do desenvolvimento nacional.

Esse arranjo constitucional impede, portanto, a prevalência abstrata e apriorística de qualquer valor jurídico isoladamente considerado. A menor intensidade regulatória, a omissão regulatória ou mesmo a opção por modelos econômicos específicos não podem ser justificadas exclusivamente sob os argumentos de conveniência, oportunidade ou eficiência técnica, sem aferição de sua compatibilidade com a Constituição. Em um Estado Democrático de Direito constitucionalmente comprometido com a concretização de direitos, a atuação regulatória e econômica deve permanecer vinculada à realização harmônica da ordem econômica constitucional, evitando tanto o intervencionismo arbitrário quanto a abdicação estatal incompatível com os deveres jurídicos de proteção e promoção constitucionalmente estabelecidos.

Discricionariedade técnica e decisões regulatória

A transformação do papel do Estado no contexto regulatório produziu significativo impacto sobre os processos decisórios da Administração Pública. O deslocamento parcial do Estado Prestador para o Estado Regulador ampliou a complexidade das escolhas

[23] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 52-53.

Licença Creative Commons 3.0

administrativas, sobretudo em setores marcados por elevada especialização técnica, inovação tecnológica e dinâmicas econômicas altamente variáveis. Nesse cenário, ganha relevância o debate acerca da denominada discricionariedade técnica, expressão frequentemente utilizada para designar situações em que a decisão administrativa demanda conhecimentos científicos ou especializados para sua formulação e legitimação.

Entre os defensores da existência da discricionariedade técnica, Flávio José Roman a conceitua como o dever atribuído à Administração Pública ou àquele que desempenha função administrativa de ponderar, à luz de critérios técnicos e científicos pertinentes, entre alternativas juridicamente admitidas, a fim de identificar aquela mais apta à realização da finalidade legalmente estabelecida. Para o autor, a discricionariedade técnica manifesta-se especialmente em hipóteses nas quais o ordenamento jurídico confere ao administrador competência fundada em conceitos normativos abertos ou imprecisos, exigindo complementação interpretativa mediante saberes especializados e suscetíveis de divergência metodológica ou científica[24].

Embora a formulação apresentada por Roman revele importante esforço de sistematização, a categoria da discricionariedade técnica permanece objeto de profunda controvérsia doutrinária. Ricardo Marcondes Martins, por exemplo, reconhece as dificuldades conceituais inerentes ao instituto e sustenta que não haveria propriamente uma "discricionariedade técnica", mas uma discricionariedade administrativa vinculada a avaliações técnicas. Para o autor, sua incidência somente se justificaria em situações nas quais inexista consenso técnico unívoco, de modo que diferentes alternativas, igualmente fundamentadas em conhecimento especializado, permaneçam juridicamente possíveis[25].

Em sentido ainda mais crítico, Georges Abboud rejeita a própria existência da denominada discricionariedade técnica. Segundo sua compreensão, admitir um espaço decisório imune ao controle jurisdicional sob o argumento de tecnicidade implicaria afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Para o autor, decisões fundadas em elementos científicos ou especializados não se submetem a juízos de conveniência e oportunidade, mas a critérios jurídicos de racionalidade, motivação e fundamentação, ainda que dependentes de conhecimentos auxiliares provenientes de outros campos do saber[26] [27].

[24] ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.
[25] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria neconstitucional da discricionariedade administrativa.* Revista de direito administrativo e infraestrutura, São Paulo, Belo Horizonte, ano 08, v. 30, p. 71-113, jul.-set., 2024, p. 9.
[26] ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 150-154.
[27] É importante destacar, conforme corretamente sustenta Georges Abboud, a possibilidade de controle judicial sobre atos administrativos de conteúdo técnico não faz com que essa possibilidade de revisão se converta em um mecanismo automático de sua revisão. A decisão jurídica controlada deve se sustentar em prova clara e irrefutável de erro na eleição da escolha técnica e os motivos dela se mostrar equivocada: "Obviamente, não se admite uma revisão jurisdicional pura e simples do ato administrativo fundado em questões técnicas, pois, para haver a revisão, é imprescindível que, no processo jurisdicional de revisão, faça-se prova cabal de que o critério técnico ou a valoração dele, realizada pela Administração, estava equivocada. Daí ser imprescindível compreender que não há uma prévia blindagem aos atos administrativos postos sob premissas técnicas, isso porque a técnica faz parte do mundo jurídico e do controle da razoabilidade porque, do contrário, se os juízes técnicos forem imunes ao controle dos juízes, se cercearia a tutela judicial efetiva, um dos pilares em que se assenta o Estado de Direito" (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153).

Licença *Creative Commons 3.0*

A partir dessa perspectiva, a denominada discricionariedade técnica não parece constituir, em sentido rigorosamente jurídico, verdadeira discricionariedade. Em muitos casos, o instituto parece ser utilizado como expressão imprecisa para descrever um processo interpretativo fundamentado em critérios científicos ou técnicos, cuja lógica decisória se estrutura predominantemente no âmbito do conhecimento e não da subjetividade do agente devidamente autorizado pelo ordenamento jurídico para a tomada de decisão. Por essa razão, mostra-se mais adequada a posição defendida por Georges Abboud, segundo a qual não há discricionariedade propriamente dita quando a decisão administrativa se encontra vinculada à observância de parâmetros técnicos objetivamente aferíveis e controláveis.

A decisão técnica não pode repousar sobre um indiferente jurídico que transfira ao agente competente ampla margem subjetiva de escolha. No âmbito da atividade técnica, a atuação administrativa não decorre da livre manifestação de vontade da autoridade, mas da interpretação racional de dados, evidências e critérios especializados. O agente público, nesse contexto, não decide a partir de preferências pessoais, mas de um juízo de conhecimento orientado por parâmetros científicos, metodológicos e empíricos para melhor satisfazer o interesse público.

Isso não significa, contudo, a eliminação absoluta de espaços de conformação administrativa. É possível admitir, em determinadas situações, uma discricionariedade vinculada à avaliação técnica, especialmente quando o próprio estado do conhecimento científico não oferece resposta única ou definitiva ao problema regulatório. Nessas hipóteses, após adequado processo interpretativo e argumentativo, podem subsistir duas ou mais alternativas tecnicamente defensáveis e igualmente aptas à promoção do interesse público. O espaço decisório eventualmente existente não decorre da técnica em si, mas da insuficiência de univocidade técnica diante da complexidade do caso concreto.

Sob essa perspectiva, a tecnicidade da decisão não implica blindagem contra o controle judicial. Ao contrário, a atuação administrativa permanece integralmente sujeita ao controle de juridicidade, embora este deva ser exercido com especial cautela institucional. Não compete ao Judiciário substituir arbitrariamente decisões técnicas regularmente fundamentadas por preferências interpretativas próprias, sobretudo quando ausentes elementos que demonstrem inconsistência metodológica, insuficiência motivacional, erro técnico manifesto ou incompatibilidade com o ordenamento jurídico. O controle jurisdicional deve incidir sobre a racionalidade da decisão, a observância do devido processo decisório, a coerência argumentativa e sua conformidade com a juridicidade.

Luís Manuel Fonseca Pires (2020, p. 240-250) também rejeita a categoria da discricionariedade técnica, sustentando que o fenômeno deve ser compreendido como hipótese de incidência de conceitos jurídicos indeterminados relacionados a elementos científicos ou especializados. Para o autor, mediante a lógica do razoável e do preferível, cabe ao intérprete identificar, com fundamento nos conhecimentos técnicos disponíveis, a solução mais convincente e adequada à realização do interesse público. Trata-se, portanto, de um processo de racionalização jurídica da decisão administrativa, e não do exercício da competência discricionária desvinculada de parâmetros cognitivos objetivos.

Nesse contexto, percebe-se que a decisão técnica não se estrutura sobre um juízo volitivo, mas sobre um juízo predominantemente cognitivo. Os elementos técnicos integram a motivação do ato administrativo e funcionam como mecanismo de vinculação racional da

Licença *Creative Commons 3.0*

Administração aos fatos concretos. Por essa razão, não se mostra juridicamente admissível que a autoridade administrativa ignore evidências técnicas disponíveis ou adote solução frontalmente incompatível com elas sem apresentar justificativa igualmente fundamentada em critérios técnicos ou científicos consistentes. Em situações de conflito entre diferentes posicionamentos especializados, caberá ao sistema jurídico — em última instância ao Judiciário — exercer o controle da juridicidade da decisão, preservando a coerência do ordenamento e a racionalidade institucional do processo decisório [28].

No âmbito da regulação econômica, a discussão assume contornos ainda mais complexos. Flávio José Roman sustenta a pertinência da discricionariedade técnica no exercício da atividade regulatória, especialmente diante da presença de conceitos jurídicos fluidos vinculados às ciências econômicas e da necessidade de constante adaptação às transformações do mercado e do conhecimento científico[29]. Todavia, mesmo sob essa perspectiva, o autor reconhece que a técnica não se sobrepõe ao Direito, permanecendo condicionada aos valores, princípios e normas que estruturam o ordenamento jurídico[30].

Essa observação revela especial relevância no Estado Regulador. Embora se entenda que a chamada discricionariedade técnica pertence predominantemente ao âmbito interpretativo do conhecimento e não propriamente ao exercício da competência discricionária, a atividade regulatória econômica frequentemente envolve ampla margem de discricionariedade administrativa decorrente da interação entre técnica e política. Isso porque, como bem apontado por Flávio José Roman, a economia, enquanto ciência social — tradicionalmente concebida como Economia Política —, não opera em ambiente axiologicamente neutro, mas em permanente interlocução com valores, interesses sociais e escolhas institucionais[31].

Nessa medida, a discricionariedade administrativa na regulação econômica manifesta-se menos na interpretação técnica dos fenômenos econômicos e mais na escolha político-jurídica entre alternativas regulatórias constitucionalmente admissíveis. O exercício da competência regulatória econômica, portanto, traduz um espaço institucional de formulação política juridicamente autorizado pelo ordenamento jurídico, legitimado pelo pluralismo político consagrado no art. 1º, V, da Constituição Federal, mas permanentemente condicionado pelos limites materiais da ordem constitucional.

Desse modo, a tomada de decisões regulatórias em matéria econômica não se encontra imune ao controle de juridicidade. A adoção de determinada política regulatória, ainda que amparada por fundamentos técnicos, deverá manter compatibilidade com os princípios estruturantes da Constituição, não podendo servir de fundamento para práticas incompatíveis

[28] Uma observação necessária: a partir da análise técnica à luz dos acontecimentos no mundo fenomênico, poderá habilitar o agente administrativo a exercer uma competência discricionária como bem exemplificado por Fonseca Pires (2020, p. 250). Imagine a situação hipotética que, após uma perícia médica, constate que determinado servidor público esteja com incapacidade relativa para exercício da função pela qual foi aprovado em concurso público, e que seja necessário a readaptação funcional. Percebe-se que há uma vinculação com a sua necessidade de adaptação decorrente da incapacidade relativa labora. Contudo, abre-se a competência discricionária ao agente para readaptação do servidor, em decorrência de uma pluralidade de funções existentes na administração pública que o servidor poderá exercer.

[29] ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

[30] ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193-194.

[31] ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181-182.

Licença *Creative Commons 3.0*

com os direitos fundamentais, a justiça social, a defesa da concorrência, a proteção do consumidor ou a redução das desigualdades. A técnica pode orientar a decisão; pode, inclusive, constituir elemento determinante de sua motivação. Todavia, não substitui o Direito nem converte escolhas regulatórias em espaços decisórios imunes ao controle constitucional.

Os espaços decisórios contemporâneos: entre a regulação econômica e a ideologia constitucional

A regulação econômica, em teoria da sua formulação clássica liberal, surge como instrumento de correção das falhas de mercado, especialmente em situações nas quais a livre dinâmica econômica se revela insuficiente para assegurar eficiência, concorrência equilibrada ou maximização do bem-estar social, funcionando como mecanismo de estabilização institucional e econômica. Todavia, a compreensão da regulação econômica em um Estado Constitucional e Democrático de Direito não pode limitar-se a parâmetros estritamente economicistas ou à racionalidade mercadológica concebida em abstrato. Em um ordenamento constitucionalmente estruturado, a atividade regulatória deve guardar pertinência e conformidade com os fundamentos jurídicos e axiológicos estabelecidos pela Constituição, exigindo interpretação sistemática que harmonize eficiência econômica, desenvolvimento social e concretização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma ordem econômica juridicamente orientada por finalidades sociais e democráticas, afastando qualquer pretensão de neutralidade axiológica na conformação das escolhas econômicas do Estado. O art. 170 da Constituição dispõe expressamente que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Tal disposição revela que a atividade econômica não constitui finalidade autônoma do sistema constitucional, mas instrumento voltado à realização de objetivos maiores relacionados à dignidade da pessoa humana, à redução das desigualdades e ao desenvolvimento nacional.

A Constituição Econômica de 1988, portanto, não consagra uma concepção de mercado desvinculada de limites normativos ou imune à atuação estatal. Ao contrário, o Estado assume o dever-poder[32] de corrigir disparidades e institui um modelo econômico fundado na coexistência entre liberdade econômica e responsabilidade social, compatibilizando princípios como livre iniciativa, valorização do trabalho, defesa do consumidor, função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e preservação da concorrência. Trata-se de estrutura normativa comprometida com uma concepção de democracia econômica e social, na qual o crescimento econômico não se dissocia da promoção de justiça distributiva e inclusão material.

Nessa vinculação constitucional, a intervenção estatal no domínio econômico não se apresenta como fenômeno excepcional ou residual, mas como instrumento constitucionalmente

[32] Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a *função pública* é o dever-poder de realizar o interesse público por meio de poderes instrumentais. Logo, o poder estatal não é meramente coercitivo, mas instrumental devidamente subordinado ao dever de realizar o interesse público. Dessa forma, a expressão correta a ser utilizada é "dever-poder" BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 31.

Licença Creative Commons 3.0

legitimado sempre que necessário à realização dos objetivos fundamentais da República ou à preservação do relevante interesse coletivo por meio do planejamento. A própria Constituição admite atuação estatal direta no domínio econômico, especialmente nas hipóteses relacionadas ao imperativo da segurança nacional ou ao interesse coletivo relevante, bem como reconhece ao Estado funções de fiscalização, incentivo, planejamento e regulação. Conforme sustenta Gilberto Bercovici[33], a Constituição de 1988 não concebe o desenvolvimento nacional como fenômeno espontaneamente produzido pelo mercado, mas como processo politicamente orientado e juridicamente estruturado, exigindo participação ativa do Estado na superação das desigualdades e na concretização de direitos sociais trata-se de uma constituição dirigente, "ou seja, dotada de um programa explícito de política econômica incorporada ao seu texto"[34].

Sob tal perspectiva, revela-se possível sustentar que a Constituição de 1988 consagra verdadeira ideologia constitucional, compreendida como conjunto coerente de valores, finalidades e compromissos normativos destinados a orientar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Isso não significa adesão a projeto político-partidário específico, mas reconhecimento de que o texto constitucional estabelece prioridades materiais e limites interpretativos que vinculam a atuação dos agentes públicos e condicionam a legitimidade das escolhas institucionais.

A esse respeito, mostra-se particularmente relevante a advertência formulada por Ricardo Marcondes Martins ao sustentar que todo texto normativo possui ideologia própria, frequentemente distinta daquela sustentada pelo intérprete. Embora seja impossível interpretar despido de pré-compreensões, o exercício hermenêutico exige do intérprete esforço constante de autocontenção, de modo a compreender a racionalidade normativa do objeto interpretado sem reduzi-lo às próprias convicções subjetivas. Em diálogo com a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, Martins define que interpretar significa permitir que o próprio texto normativo revele seus sentidos possíveis dentro dos horizontes históricos e jurídicos que o estruturam[35].

Aplicada à Constituição Econômica brasileira, essa perspectiva hermenêutica evidencia a impossibilidade de leitura constitucional neutra ou puramente tecnocrática da atividade regulatória. O texto constitucional de 1988 revela influência simultânea de matrizes econômicas diversas, inclusive elementos socializantes, desenvolvimentistas e de proteção ao mercado, mas estabelece eixo normativo suficientemente definido em torno da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades e da valorização do trabalho humano, logo em seus artigos iniciais que integram o seu Título I – Dos Princípios Fundamentais. A livre iniciativa, nesse contexto, embora reconhecida como fundamento da ordem econômica, não assume caráter absoluto nem se converte em autorização para retração irrestrita da atuação estatal.

Por essa razão, mostra-se insuficiente a adoção acrítica de modelos regulatórios inspirados exclusivamente em premissas neoliberais de intervenção mínima, subsidiariedade

[33] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento***.** 2ª.ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 95-99.
[34] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento***.** 2ª.ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 99
[35] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53.

Licença *Creative Commons 3.0*

absoluta ou autorregulação de mercado. Ainda que o movimento de reformas administrativas ocorrido especialmente a partir da década de 1990 tenha promovido expansão de privatizações, concessões e permissões de serviços públicos, ampliação de mecanismos de parceria entre Estado e iniciativa privada e fortalecimento das agências reguladoras, tais transformações não podem ser interpretadas como revogação material do projeto constitucional de 1988. Em verdade, tais rearranjos institucionais permanecem condicionados à preservação dos deveres constitucionais e sua juridicidade a partir de uma interpretação constitucional concretista, como sustentamos nesse estudo.

Nesse ponto, não se sustenta afirmar que o Estado Regulador seja, em si mesmo, incompatível com a Constituição de 1988. O problema emerge quando sua operacionalização passa a reproduzir lógica de retração estatal incompatível com a densidade normativa da Constituição, convertendo a atuação regulatória em mecanismo de legitimação da abstenção do Estado diante de desigualdades estruturais ou de setores econômicos essenciais à realização de direitos fundamentais, inclusive os de matrizes sociais. O risco reside, portanto, não na regulação enquanto técnica institucional, mas na adoção de interpretação regulatória dissociada do programa constitucional democraticamente instituído.

Com efeito, o desenvolvimento nacional previsto no art. 3º, II, da Constituição não pode ser compreendido sob perspectiva exclusivamente quantitativa ou limitada a indicadores macroeconômicos de crescimento ou mesmo de ajustes fiscais dissociais da compreensão sistemática da Constituição. A noção constitucional de desenvolvimento incorpora dimensão qualitativa voltada à promoção da dignidade humana, ampliação de capacidades sociais, combate às desigualdades e efetivação material da cidadania. A ordem econômica constitucional, assim, assume inequívoco caráter humanista, impondo ao Estado deveres positivos de atuação e proteção e não apenas de sua passividade em privilegiar o princípio da liberdade em sua matriz de livre-inciativa.

Nessa direção, mostra-se relevante a classificação proposta por Davi Lelis e Giovani Clark acerca das modalidades de intervenção estatal no domínio econômico, compreendendo: (i) a atuação normativa e fiscalizatória, mediante exercício do poder regulatório e de polícia; (ii) os mecanismos de incentivo ao setor privado, incluindo benefícios fiscais, financiamentos, compras públicas e investimentos estruturantes; e (iii) a atuação direta do Estado como agente econômico. Tal categorização evidencia que a Constituição de 1988 não limita o Estado a um único padrão institucional de atuação, mas admite pluralidade de instrumentos para concretização dos objetivos constitucionais, cabendo ao intérprete e ao agente público identificar, em cada contexto histórico, os mecanismos mais adequados à realização do interesse público especifica materialmente exigida[36].

É precisamente nesse cenário que se inserem os espaços decisórios contemporâneos da Administração Pública reguladora. Ainda que se reconheça a existência de margens de discricionariedade administrativa — ainda que de natureza técnica, o que se discorda —, tais espaços não podem ser compreendidos como zonas de neutralidade política ou liberdade decisória ilimitada. Toda decisão regulatória permanece condicionada aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, especialmente à indisponibilidade do interesse público,

[36] LELIS, Davi Augusto Santana de; CLARK Giovani. *O Estado brasileiro pode ser proprietário e gestor do sistema financeiro?* Novos Estudos Jurídicos. Vol.26, n.º 1, 2021, p. 346.

Licença Creative Commons 3.0

à supremacia do interesse público constitucionalmente conformado, à dignidade da pessoa humana, à justiça social e ao desenvolvimento nacional.

Por conseguinte, mesmo quando juridicamente autorizada certa margem de escolha administrativa, a decisão regulatória não poderá orientar-se exclusivamente pela maximização de ganhos econômicos ou pela prevalência automática de racionalidades de mercado. O exercício da discricionariedade no âmbito regulatório exige permanente compatibilização entre eficiência econômica, livre iniciativa, proteção concorrencial, direitos fundamentais individuais e direitos sociais, sob pena de conversão da regulação econômica em instrumento de afastamento e não de concretização do projeto constitucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Por isso, entende-se que instrumentos de planejamento econômico, conforme previsão do art. 174 da Constituição Federal, onde se antecipará as decisões discricionárias no tempo presente, as tornando vinculantes para o tempo futuro trará previsibilidade na antecipação da tomada de decisão, vinculando à Administração Pública e os particulares com o projeto de desenvolvimento nacional e concretização dos direitos fundamentais. Como bem destaca Ricardo Marcondes Martins[37], trata-se de um processo de tomada de decisões mais eficientes de maneira mais ponderada que concretiza a segurança jurídica aos administrados e agentes públicos e, ainda, torna-se mais efetivo eventual controle quando determinadas medidas não estejam vinculadas com a juridicidade e a conformação ao ordenamento jurídico sistematicamente compreendido a ser concretizado.

Conclusão

O percurso desenvolvido ao longo deste estudo permite afirmar que a ascensão do Estado Regulador no Brasil, na esteira das reformas neoliberais, implementadas no Brasil a partir da década de 1990, não pode ser compreendida como fenômeno neutro de mera racionalização técnica da atuação estatal. Trata-se, antes, de opção ideológica implementadas no plano institucional que disputa o sentido do programa normativo consagrado pela Constituição Federal de 1988. Programa este, concretista, comprometido com a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a redução das desigualdades e o desenvolvimento nacional, e que não admite leituras de neutralidade mercadológica ou de subordinação da juridicidade a critérios exclusivamente econômicos. Em síntese: não se admite a instituição de um Estado Neoliberal

Nesse sentido, as transformações institucionais associadas ao Estado Regulador, advindos da proposta de um Estado Neoliberal, ampliaram os espaços decisórios da Administração Pública, conferindo à discricionariedade administrativa contornos frequentemente tecnocráticos, vinculados à formulação de políticas regulatórias e à mediação de interesses econômicos complexos. Todavia, tal ampliação não autoriza a compreensão da discricionariedade como esfera de liberdade política irrestrita ao agente competente, muito menos como campo de neutralidade técnica imune ao controle judicial. Como se procurou demonstrar, mesmo a chamada "discricionariedade técnica" não escapa à juridicidade: quando

[37] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 130-133.

Licença *Creative Commons 3.0*

há univocidade científica, inexiste propriamente discricionariedade, mas vinculação a parâmetros cognitivos objetivamente controláveis. Ao passo que, quando subsiste pluralidade de soluções tecnicamente defensáveis, a competência recai ao agente competente onde o espaço de escolha remanescente permanece condicionado pelos princípios constitucionais e pelo dever de boa administração.

Da mesma forma, verificou-se que a regulação econômica, ainda que legitimada pela busca de eficiência e correção de falhas de mercado, somente encontra fundamento válido no ordenamento brasileiro quando compatibilizada com a integralidade do programa normativo da Constituição Econômica de 1988 e a sua função social, a qual inclui a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor, a proteção ambiental, a redução das desigualdades regionais e sociais e a promoção do desenvolvimento nacional. Decisões regulatórias fundadas exclusivamente em racionalidades econômicas, dissociadas dessa ideologia constitucional, comprometem a legitimidade material do exercício da função administrativa, ainda que formalmente amparadas em competência normativa ou em expertise técnica.

Por fim, conclui-se que a partir da leitura da discricionariedade administrativa deve se dar pela ótica neoconstitucional, enquanto competência juridicamente atribuída ao agente a partir da juridicidade posta e não como manifestação de vontade autônoma do agente competente, constitui a chave interpretativa adequada para conciliar a tecnificação e a complexidade das decisões regulatórias contemporâneas com os compromissos normativos assumidos pelo constituinte de 1988. Cabe à doutrina, à Administração Pública e ao Judiciário reafirmar, em cada decisão regulatória concreta, que a técnica orienta, mas não substitui o sistema jurídico consagrado, e que a eficiência econômica é instrumento e não finalidade autônoma da atuação estatal, sob pena de se admitir uma silenciosa mutação do projeto constitucional brasileiro rumo a uma neutralidade que a própria Constituição de 1988 recusou, a transmutando, de fato, em um Estado Neoliberal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento***.** 2ª.ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Thomson Reuters, 2026.

Licença *Creative Commons 3.0*

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria neconstitucional da discricionariedade administrativa*. Revista de direito administrativo e infraestrutura, São Paulo, Belo Horizonte, ano 08, v. 30, p. 71-113, jul.-set., 2024.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LELIS, Davi Augusto Santana de; CLARK Giovani. *O Estado brasileiro pode ser proprietário e gestor do sistema financeiro?* Novos Estudos Jurídicos. Vol.26, n.º 1, 2021.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicia da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas.* 4ª.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ROSSIGNOLI, Marisa; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. *Estado Liberal ou intervencionista? Uma análise econômica do atual modelo do estado brasileiro.* In. Direito e Economia, organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: VIDAL, Gina; POMPEU, Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza, CLARK, Giovani. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica.* São Paulo: Saraiva, 2013.

Data de Recebimento: 16/09/2026
Data de Aprovação: 01/10/2026

Licença *Creative Commons 3.0*