



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL ROSA GRACINDO

**UM NOVO REGIME JURÍDICO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO: O *SOFT LAW* COMO PRINCIPAL
AGENTE DINAMIZADOR DO DIREITO REGULATÓRIO
BRASILEIRO**

Salvador
2016

GABRIEL ROSA GRACINDO

**UM NOVO REGIME JURÍDICO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO: O *SOFT LAW* COMO PRINCIPAL
AGENTE DINAMIZADOR DO DIREITO REGULATÓRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Salvador

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL ROSA GRACINDO

UM NOVO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: O *SOFT LAW* COMO PRINCIPAL AGENTE DINAMIZADOR DO DIREITO REGULATÓRIO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2016

Aos meus pais, pelo incentivo diuturno
nesta caminhada.

A Bruna, por todo amor e carinho que me
completa, pela certeza de um futuro com
muitas alegrias e realizações.

A Cleusa, sem a qual não saberia a noção
do tempo e da palavra “dedicação”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores e funcionários da Faculdade Baiana de Direito pelo período em que estive estudando na instituição.

A Bruna, pelo nível de exigência e dedicação na criteriosa revisão do texto que realizou para que fosse possível a elaboração e entrega deste trabalho. Pela compreensão de que as privações decorrentes da graduação em direito servem a um objetivo maior, que neste momento se concretiza em parte.

A minha mãe, por me transmitir o amor e carinho com os quais trata a arte de advogar, pelos incentivos que me deu durante esta caminhada.

Quanto aos ensinamentos que transcendem os bancos escolares e se perpetuam por toda a carreira, não posso deixar de mencionar os nomes de Bruna Curci, Edvaldo Brito, Edvaldo Brito Filho, Flávia Calazans, Jamesson dos Santos, José Carlos Torres Júnior, Leonardo Campos, Leonardo Cruz, Michael Fahel, Pedro Bisneto, Reginalda Brito, Tiago Vicente Didier, Tiago Vilan, Vanessa Barbosa, Vanessa Coutinho e Victor Campelo. Tenham certeza de que os conselhos transmitidos serão multiplicados.

“The will is always near, dear, though the feet vary.”

Emily Dickinson

RESUMO

A atuação do administrador público contemporâneo está inteiramente voltada para a resolução de problemas de maneira eficiente. Entretanto, sua tradicional e questionável limitação à lei estrita e a morosidade do processo legislativo põem-se como barreiras intransponíveis a este desiderato. As relações intersubjetivas tornaram-se exponencialmente mais complexas ao longo dos últimos anos. A interação entre as nações, ou destas com os grandes conglomerados empresariais internacionais em busca de investimentos, em busca do desenvolvimento, exige uma maior criatividade do gestor público, que deve promover o melhor arranjo institucional para tornar o país atraente e competitivo, o que envolve a interação do direito com outras áreas do conhecimento. Por outro lado, o direito administrativo encontra-se em crise, sobretudo porque suas bases tradicionais, inspiradas na doutrina francesa, não se encontram aptas a acompanhar os acontecimentos decorrentes do surgimento do Estado Regulador brasileiro a partir da década de 1990. Diante de todos os problemas narrados, a investigação tem como premissa a renovação do regime jurídico de direito administrativo a partir de uma revisão crítica dos institutos tradicionalmente presentes no estudo da disciplina. Com base num novo conjunto de instrumentos que guie a decisão do administrador, fundado no pluralismo jurídico, no pragmatismo, nas capacidades institucionais de interpretação do direito e na reflexividade, propõe-se a utilização de mais uma ferramenta de efetivação de direitos: o *soft law*. Por conseguinte, a análise do desenvolvimento e da aplicabilidade deste instituto pelas agências reguladoras brasileiras pode ser um dos remédios para os problemas enfrentados no país, principalmente num período em que se fala no direito fundamental à boa administração e numa administração gerencial eficiente.

Palavras-chave: direito administrativo; regulação; agências reguladoras; *soft law*; direito; desenvolvimento.

ABSTRACT

The performance of contemporary public administrator is entirely focused on solving problems efficiently. However, its traditional and questionable limitation to statutory law and the slowness of the legislative process stand as insurmountable barriers to this goal. The mankind relationship had become exponentially more complex over the past few years. The interaction between nations and international traders seeking investments in the pursuit of development requires a great sense of creativity by the office whose promote the best institutional arrangement to make an attractive and competitive country, which involves the symbiosis between law and others scientific knowledge's. On the other hand, the Brazilian administrative law is in a crisis state of mind, especially because its traditional bases, inspired by the French doctrine, are not able to follow the events arising from the emergence of the Brazilian regulatory state since the 1990s. Given all narrated problems, research is premised on the renewal of the Brazilian administrative law's theory starting from a critical review of traditionally present institutes in the study of the discipline. Based on a new set of tools to guide the administrator's decision, based on legal pluralism, pragmatism, the institutional capacity of interpretation of law and reflexive approach, it is proposed the use of another rights effective tool: the soft law. Therefore, the analysis of the development and the applicability of this institute by Brazilian agencies may be one of the remedies to the problems facing the country, especially at a time when people talk about the fundamental right to good administration and an efficient managerial administration.

Keywords: administrative law; regulation; agencies; soft law; law; development.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 OS REGIMES JURÍDICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	14
2.1 AS ANTIGAS VERTENTES: CRÍTICAS À HERMÉTICA PROCEDIMENTALISTA FORMAL.....	15
2.1.1 Um direito especial: o direito administrativo unitário e coerente.....	15
2.1.2 A oposição interesse público x interesse privado.....	20
2.1.3 O formalismo procedimental do querer administrativo.....	26
2.1.4 Da legalidade à juridicidade e a força normativa dos princípios: a ampliação de um mundo ainda hermético.....	28
2.1.5 O pluralismo jurídico e a necessidade de uma mudança de visão do administrativista.....	30
2.2 DIREITO E DESENVOLVIMENTO: A NECESSÁRIA MUDANÇA DE VISÃO DO ADMINISTRATIVISTA BRASILEIRO.....	32
2.3 DOS MEIOS AOS FINS: UM DIREITO ADMINISTRATIVO INTERDISCIPLINAR..	36
2.3.1 Elementos configuradores de um novo direito administrativo.....	36
2.3.2 A finalidade como norte para a atuação dos controladores: “administrar é criar”.....	39
2.3.3 O pragmatismo do controlador contemporâneo.....	40
2.3.4 Capacidades institucionais e efeitos dinâmicos.....	42
2.3.5 A reflexividade.....	42
3 AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E REGULAÇÃO.....	43
3.1 O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO.....	43
3.1.1 Características, pressupostos, objetivos e instrumentos.....	50
3.1.2 Crise do Estado Regulador.....	52
3.2 AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.....	54

3.2.1 Natureza jurídica.....	54
3.2.2 Maior estabilidade dos gestores.....	57
3.2.3 Autonomia normativa.....	58
3.3 REGULAÇÃO.....	64
3.3.1 Regulação estatal, regulação pública não estatal e autorregulação.....	64
3.3.2 Regulação econômica e regulação social.....	65
3.3.3 Regulação setorial e regulação transversal.....	65
3.3.4 Instrumental jurídico da regulação.....	66
3.3.4.1 Comandos normativos.....	66
3.3.4.2 Competição.....	66
3.3.4.3 Consenso.....	67
3.3.4.4. Incentivo.....	67
4 O <i>SOFT LAW</i> COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	67
4.1 <i>SOFT LAW</i> : CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA.....	67
4.2 PROBLEMÁTICA: A COMPLEXIDADE DA MATÉRIA REGULADA E A INEFICIÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO.....	80
4.2.1 O tecnicismo inerente ao campo da regulação.....	80
4.2.2 A lentidão do processo legislativo x A rapidez tecnológica: tempo é dinheiro (público)	83
4.3 DINAMICIDADE DO PODER NORMATIVO.....	84
4.3.1 <i>Signaling</i>	84
4.3.2 <i>Soft law</i> como instrumento epistêmico.....	85
4.3.3 Informalidade e rapidez da evolução tecnológica.....	85
5 CONCLUSÃO.....	86

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo é o ramo da família jurídica que cuida do funcionamento dinâmico do Estado a partir da estruturação de suas instituições, da disciplina das relações *interna corporis* ou externas (com o administrado) e controle. Sua ligação ao direito constitucional é inquestionável, de modo que a mera releitura da norma-vértice resulta em uma sensível alteração da atuação e da estrutura da Administração Pública.

A doutrina brasileira incorporou os ensinamentos da teoria do direito administrativo francês. A maioria dos institutos utilizados na prática cotidiana atual deriva da origem da matéria nos albores da Revolução de 1789. As noções de *puissance publique* (potestade pública) e de *service publique* (serviço público), designadas por Maurice Hauriou e Léon Duguit, respectivamente, e que foram notas distintivas da disciplina durante mais de cem anos, restaram aceitas pela maioria dos autores no Brasil.

A escola francesa do direito administrativo, até mesmo pelo histórico revolucionário, fincou suas bases na lei como centro da resolução dos problemas jurídicos enfrentados pelo Poder Executivo. A questão hermenêutica foi uma forte aliada nessa empreitada. Criou-se um universo hermético, unitário e coerente, a partir do qual sua limitada compreensão era possível para o jurista e entendida como suficiente para a resolução dos problemas complexos do mundo dos fenômenos.

No Brasil, a doutrina encarregou-se de estabelecer um contraponto às lições de Hauriou e Duguit. Surgiu, então, a noção de regime jurídico de direito administrativo, um conjunto de regras e princípios jurídicos aplicáveis às relações jurídicas de direito público, que tinham em um dos polos a Administração Pública. Seu conteúdo seria estruturado em dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular e a indisponibilidade, pela Administração, do interesse público.

A interferência direta do Estado brasileiro na economia, a partir da política de industrialização implementada entre os anos 1930 a 1980, permeabilizava o solo para a absorção do conteúdo teórico europeu continental. Os governos deste período necessitavam de um arsenal jurídico adequado ao modelo de Estado Social em vigor.

Contudo, devido aos problemas orçamentários enfrentados pela Administração Pública após o período de redemocratização, tornou-se necessária uma mudança estrutural no campo jurídico e de gestão. A estrutura do Estado brasileiro passou por uma reforma, resultando no advento

do Estado Regulador. Em meados da década de 1990 o país concretiza o processo de mudança de postura que envolvia a passagem de uma intervenção direta para uma atuação indireta na economia. Criaram-se, portanto, as agências reguladoras independentes.

Para preparar a reforma do Estado, foram promulgadas as Emendas Constitucionais nº 5/95; 6/95; 7/95; 8/95; 9/95; e 19/98. O intuito de tais textos era claro: repassar às mãos da iniciativa privada as atividades antes exercidas pelo Estado, que doravante seria fiscalizador por meio de autarquias de regime especial com autonomia normativa desvinculadas do Governo.

Estas novas pessoas jurídicas passam a ser consideradas entes de Estado, e não de governo. Isto ocorre pelo distanciamento político e pela tecnicidade de suas ações, que enseja a maior estabilidade dos seus diretores e uma autonomia normativa.

Ao mesmo tempo, as relações intersubjetivas tornaram-se cada vez mais complexas. O conteúdo do vínculo jurídico tornou-se cada vez mais diversificado. O instrumental jurídico para a execução de políticas macroeconômicas tem se renovado ao longo dos anos, entretanto, a Ciência do Direito Administrativo não tem logrado êxito no empreendimento de sua estruturação teórica.

Dogmas como a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade, pela administração, do interesse público devem ser repensados. Na atualidade, a relação entre Administração e administrados não se caracteriza por um esquema “de cima para baixo”, vertical, marcado pela unilateralidade e subserviência do particular. Percebe-se cada vez mais que a interação entre o Poder Público e a iniciativa privada decorre do diálogo, do consenso, da consulta, resultando numa verdadeira interação consensual, com posturas estatais mais adequadas ao alcance do desenvolvimento social e institucional da nação. Questões como estas compõem o foco deste estudo.

A seguir, no segundo capítulo, serão combatidos, com o devido respeito, alguns dogmas existentes no direito administrativo brasileiro. A partir de um método dialético, confrontar-se-ão as vertentes tradicionais do administrativismo brasileiro com os fatos que caracterizam uma Administração Pública renovada, apontando-se, ao fim da explanação, as mudanças a serem perpetradas pela Ciência do Direito Administrativo. A nova visão concebe o direito administrativo como instrumento de interpretação e tomada de decisão por parte do administrador, que não esteja mais ligado ao mundo hermético construído pela história

francesa, e sim num pluralismo jurídico e experimentalismo institucional, cuja reflexividade compoñha um parâmetro decisório maleável, que se adequa aos anseios sociais de hoje.

No terceiro capítulo serão oferecidas as bases para o entendimento do tema submetido à discussão. Num primeiro momento será delineado o panorama do Estado Regulador brasileiro. Em seguida, o estudo buscará explicar a estruturação e o regime jurídico especial das agências reguladoras brasileiras, que permite uma autonomia normativa ampla para o manejo das políticas econômicas nacionais. Mais adiante, serão discriminadas as modalidades de regulação da economia e os instrumentos jurídicos da regulação, que são de suma importância para a tarefa de ordenação.

Por fim, no quarto capítulo, uma vez conhecida a amplitude do poder normativo das agências reguladoras brasileiras, será demonstrado como o *soft law* (ou direito suave), ferramenta normativa de caráter não vinculante, pode dinamizar a regulação brasileira com vistas ao desenvolvimento do Estado.

2 OS REGIMES JURÍDICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Nos últimos tempos, o Poder Público, a sociedade civil, bem como a Academia vêm se deparando com os problemas do ordenamento jurídico estatal no que concerne à função de regulação das relações intersubjetivas, que a cada dia tornam-se mais complexas. No centro do problema encontra-se a Administração Pública, cuja função de manejo da máquina estatal exige eficiência decisória e maleabilidade do tecido normativo para que os objetivos constitucionais de bem-estar social e desenvolvimento econômico sejam alcançados.

A submissão exclusiva do gestor público ao ordenamento positivo estatal é vista como entrave ao desenvolvimento do Brasil, país que tem passado por mudanças estruturais sensíveis nos últimos anos. O intuito deste capítulo inicial é, a partir de um método dialético,¹ revisitar, criticamente, algumas das raízes históricas do problema brasileiro, que se perpetuam até a atualidade, para, a partir de então, sugerir um moderno e eficiente regime jurídico de direito administrativo que se coadune com a realidade econômica, política e social do país, e que seja a nota distintiva do direito administrativo em relação às outras disciplinas do direito. Busca-se um regime pautado no (i) pluralismo jurídico; (ii) pragmatismo; (iii) capacidades institucionais e nos efeitos dinâmicos; e (iv) reflexividade.

Para alcançar os objetivos visados por este trabalho, cumpre identificar aquilo que se entende como um novo regime jurídico de direito administrativo: o conjunto de instrumentos normativos, positivados ou não, que disciplina o exercício da atividade administrativa, visando a efetivação dos direitos fundamentais a partir do desenvolvimento institucional do Estado.

2.1 AS ANTIGAS VERTENTES: CRÍTICAS À HERMÉTICA PROCEDIMENTALISTA FORMAL

O direito administrativo de base francesa estabeleceu a maioria dos paradigmas vigentes na atualidade. A partir da construção de um mundo hermético para conter a solução de todos os

¹ O método dialético propõe a análise de um determinado objeto a partir da apresentação de uma tese e de uma antítese, que ao final resultaram num novo elemento com características diferentes àqueles apresentados (BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34).

problemas do mundo dos fenômenos referentes à Administração Pública, ideologias tomaram corpo jurídico e passaram a ser transmitidas pelas subsequentes gerações de juristas.

O intuito desta primeira parte do capítulo é apresentar e confrontar os dogmas estabelecidos no século XVIII com o contexto da realidade atual para justificar uma necessária mudança de postura do administrativista contemporâneo diante do modelo de Estado vigente.

2.1.1 Um direito especial: o direito administrativo unitário e coerente

O direito administrativo brasileiro foi construído sob forte influxo histórico, interno e externo, tendo por base notadamente o contexto francês. Nessa toada, o ponto de partida da Ciência do Direito Administrativo é o estabelecimento do Estado Moderno, conforme restará demonstrado.

A partir dos oitocentos, com o estopim da Revolução Francesa, em 1789, e passando pelos novecentos, a doutrina administrativista apegou-se ao ideal de criação de uma ordem jurídica estatal, na qual a lei exerceria o papel central, vez que conteria a solução para todos os problemas do mundo dos fenômenos.²

Nesse momento histórico, a zetética e a dogmática jurídica trabalharam ativamente, num intercâmbio informacional visando a implementação dos ideais liberais na seara do Direito. O Estado foi estruturado para permitir a livre atuação comercial da burguesia. A separação entre o Estado e a sociedade civil era evidente.³

Um claro sinal da ambiência criada pelo liberalismo e pelo iluminismo é visto no direito administrativo. À época, as autoridades do Poder Executivo e do Poder Judiciário – que simbolizam o antigo regime – vinculavam-se à lei – criada pelos burgueses. O ordenamento jurídico passa a ser estruturado para abarcar as situações mundanas. Seu intuito: fazer com que o Estado alcançasse os objetivos traçados quando da Revolução, ao mesmo tempo em que serve de instrumento de controle do gestor público, que, por questões históricas, era visto com desconfiança.⁴

² GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 37.

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 17.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 21.

⁴ GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, 2015, p. 37-47.

Ao passo em que a zetética colhia as diretrizes burguesas e iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, a dogmática⁵ do direito administrativo buscou construir um arranjo jurídico hermético e coerentemente orquestrado, no qual o administrador encontraria respostas pré-formuladas para todas as enfermidades enfrentadas durante a sua tortuosa caminhada pelos alpes do direito público. Percebe-se que não existe mais o governo dos homens, mas tão somente da lei.

O ambiente da época influenciou, inclusive, a hermenêutica, que estruturou um modo de pensar e interpretar o direito, afastando o administrador e o magistrado de qualquer operação cognitiva. Administrar era, apenas, executar. Foi o que se extraiu das lições da Escola da Exegese, da França, e da Escola Pandectista, da Alemanha.⁶

A lição de Sérgio Guerra resume o panorama da época:

Um dos principais aspectos do constitucionalismo do século XVIII na França era, como dito, a lei, sendo expressamente vedada sua delegação. O Estado oferecia uma moldura puramente formal, dentro da qual a sociedade vivia seu próprio dinamismo espontâneo, pela própria concorrência indefinida das liberdades dos seus membros. Provocou-se, em decorrência lógica dessa premissa, a proeminência absoluta do Poder Legislativo.⁷

O momento histórico era propício para a criação de um plexo de institutos jurídicos que regulasse a atividade administrativa e, ao mesmo tempo, servisse de controle para os atos do administrador. Surge, então, a ideia de um regime jurídico de direito administrativo⁸, reproduzida até hoje pela doutrina.

O regime jurídico de direito administrativo dos oitocentos era caracterizado por dois elementos centrais, que até hoje influenciam autores administrativistas brasileiros: prerrogativas e sujeições. As primeiras resultariam na faculdade da Administração afastar a incidência do direito civil em sua relação com o administrado, atuando de modo a efetivar o

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67

⁶ CEPEDA, Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda. **Metodología jurídica**. México D.F: Oxford University Press, 2014, p. 153.

⁷ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 38-40.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

interesse público. As segundas seriam consequência da posição de superioridade que o Estado exercia em face do cidadão, legitimado por este quando da instauração do poder constituinte.⁹

A construção de um regime com tais características decorreu do intuito de criar um direito administrativo independente, um novo ramo do Direito que reunisse todos os anseios da nova burguesia emergente. Para tanto, era necessária a sua distinção dos demais campos do estudo jurídico. Aproveita-se a antiga separação entre direito público e privado de Justiniano para construir, então, a famosa e clássica dicotomia: direito comum x direito especial.¹⁰

Costumava-se dizer que, ao passo em que a relação entre particulares possuía a horizontalidade como característica primordial, a relação entre Administração e administrado seria governada pela verticalidade.¹¹ No direito europeu continental, o direito comum representava o direito civil, enquanto o direito administrativo consubstanciaria um direito especial, distinto e afastado do mundo negocial. A lição de Floriano Marques de Azevedo Neto esclarece o que até então foi exposto:

[...] as regras contratuais oriundas do direito privado, por exemplo, adquirem nova roupagem ao incidirem sobre a relação de autoridade (“regime jurídico administrativo”), dando ensejo, por exemplo, ao instituto que se conhece por “contrato administrativo”. O mesmo valeria para subsistemas jurídicos como o direito do consumidor, o direito bancário, os sistemas regulatórios setoriais e outros tantos.¹²

Apesar do sucesso dessa concepção, nos dias atuais a distinção entre o direito público e o direito privado torna-se cada vez mais difícil. É que, não obstante a existência de zonas nas quais o operador do Direito enxerga límpida separação entre ambos os ambientes, as zonas cinzentas em que residem pontos de fricção entre os dois mundos vêm aumentando de mais a mais. O recente esclarecimento de parte destas controvérsias acarreta na mudança de paradigmas do direito administrativo.

O fato é que a concepção de Estado mudou ao longo de dois séculos. Durante esta caminhada, o panorama mundial da estruturação da Administração Pública passou por diversas transformações: do Estado Liberal para o Estado Social, e deste até o Estado Regulador

⁹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 39.

¹¹ MOREIRA, Joao Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 332.

¹² AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr.2015, vol. 268, p. 61-62.

atual.¹³ No que se refere ao Brasil, percebe-se que o projeto de desenvolvimento econômico do país tem como pauta a aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada, por meio do alinhamento de ideias que resulta em melhorias econômicas e sociais.

Exemplo desse movimento pode ser visto com o modelo das concessões de serviço público, as agências reguladoras, as Parcerias Público-Privadas, dentre outros institutos incorporados ao direito brasileiro a partir de experiências no direito comparado.

No âmbito da regulação social é notável o desenvolvimento de instrumentos de participação do cidadão nas decisões administrativas e no gerenciamento do serviço público. As audiências públicas e a possibilidade de avaliação da qualidade dos serviços públicos configuram avanços comunicativos entre o Estado e a sociedade civil.

A mudança da política estatal durante os anos 1990 com os presidentes Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, bem como nos anos 2000 com os presidentes Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff são sinais da mudança de postura da administração pública brasileira.¹⁴

Percebe-se nos últimos governos democráticos a implementação de programas que rearranjaram a relação entre o Poder Público e a iniciativa privada. Durante o final da década de 1990, Fernando Henrique Cardoso promoveu a desregulação do mercado e a consequente (re)regulação da economia a partir da criação de agências reguladoras independentes e da atribuição de uma função central de fomento ao Banco Nacional do Desenvolvimento no financiamento da compra das empresas estatais. Setores como telecomunicações e energia foram reestruturados, passando o Estado a fiscalizar e garantir a qualidade dos serviços.¹⁵

Durante os governos Lula (2003-2011) e Dilma (2011-2016) houve a implementação de programas para o desenvolvimento econômico do país. Novamente instituições públicas foram criadas ou remodeladas para estabelecer o diálogo público-privado com vistas ao desenvolvimento industrial.¹⁶

¹³ OLIVEIRA, Paulo Augusto de Oliveira. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016, p. 15-20.

¹⁴ TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario Gomes. Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **University of Wisconsin legal studies research paper**, n. 1207, p. 3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2144939>>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹⁵ TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario Gomes. Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **University of Wisconsin legal studies research paper**, n. 1207, p. 3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2144939>>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

O programa Brasil Maior do Governo Dilma – continuação da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (2003-2007) e da Política de Desenvolvimento Produtivo (2008-2010)¹⁷ –, por exemplo, trouxe três grandes agentes para o desenvolvimento do país: (i) o Conselho Nacional do Desenvolvimento Industrial, que exerceria a função de desenvolver diretrizes estratégicas; (ii) comitês executivos setoriais, que tinham por atribuição a criação de um plano de ação para cada setor priorizado pelo Estado; e, por fim, (iii) os conselhos setoriais de competitividade, que tinham como objetivo estabelecer o plano de ação para o respectivo setor da economia no qual repousava sua competência.

Desse modo, percebe-se a emergência de um “direito administrativo dos negócios”, deixando para trás o “direito administrativo do papel”, conforme distinção feita por Carlos Ari Sunfeld.¹⁸ As deficiências encontradas no modelo de gestão pública até então vigente fez com que os estudiosos desenvolvessem um novo organograma que, de fato, efetivasse direitos, sobretudo diante de uma nova realidade em que o amparo social e o desenvolvimento econômico são prioridades na elaboração das políticas públicas da maioria dos países, sobretudo das nações em desenvolvimento.

O direito administrativo, portanto, não se distancia do direito privado, e sim utiliza-se dele como ferramenta para que o Estado desenvolva as suas atividades. Há, de fato, uma comunicação entre ambos os ramos do direito, de modo que não se deve cogitar distinção alguma.

A interação entre o Poder Público e a iniciativa privada tornou-se parte da agenda estatal brasileira. O direito, como objeto construído pelo homem, passa a acompanhar essa nova caminhada.

2.1.2 A oposição interesse público x interesse privado

Para além da discussão supracitada, há de se falar, ainda, em outra característica tradicional do regime jurídico de direito administrativo, qual seja, a dicotomia entre o interesse público e o interesse privado.

¹⁷ AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Plano Brasil Maior**. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/paginas/pdp.aspx>>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 147.

A postura dos juristas dos oitocentos e novecentos se arrasta até hoje e pode ser explicada: as lições transmitidas pelos autores da época carregam uma matriz histórica. O direito administrativo do sistema europeu continental surge primeiramente na França, mais precisamente no período posterior à Revolução de 1789. À essa época, o juiz tinha como função primordial apenas declarar o sentido da lei¹⁹ e a administração estava limitada à ideologia de um Estado Mínimo.

Naquele contexto vigia a noção de direitos fundamentais de *status negativo ou status libertatis* – conforme a Teoria dos Status de Georg Jellinek²⁰ – que traduzem o ideal de não intervenção do Estado nos negócios particulares. Através de “direitos de resistência ou oposição perante o Estado”,²¹ vigora o dogma do Estado “guarda noturno”,²² de caráter abstencionista.

No campo econômico a “mão invisível” da Escola Clássica de Adam Smith, na Inglaterra, e da Escola Fisiocrática de Quesnay, na França,²³ regulava a economia. No campo jurídico tais ideais eram perfilhados por um constitucionalismo de cariz liberal-burguês.²⁴

O direito administrativo liberal justificava-se pela noção de *puissance publique* (poder, potência pública), consagrada por Maurice Hauriou²⁵. O liberalismo, que propôs a separação entre Estado e Mercado, impedia o administrador público de ser criativo e intervir na economia para fazer os ajustes necessários decorrentes da gestão pública.

Para suportar os ideais revolucionários plasmados no contrato social, surge um regime jurídico calcado em dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular²⁶ e a indisponibilidade do interesse público.²⁷

Pela concepção tradicional, a supremacia do interesse público decorre da confluência dos interesses de uma determinada sociedade, que se sobrepõe ao interesse particular. Surge daí a

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 865.

²⁰ JELLINEK, Georg. *apud* ALEXÝ, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 255.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 578.

²² OLIVEIRA, Paulo Augusto de Oliveira. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016, p. 15.

²³ HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 101.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 80.

²⁵ HAURIOU, Maurice. *apud* MOREIRA, Joao Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 170-171.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 76.

justificação poder do agente público, ou seja, a atribuição de prerrogativas para atuação como representante do Estado no caso concreto.²⁸

Em segundo lugar, por indisponibilidade do interesse público pode-se entender o dever do agente público honrar as expectativas da coletividade ao atribuir a ele o poder de exercer as atividades estatais. Desse modo, o interesse público, representado pelo agente governamental, não pode ser objeto de barganha.²⁹

Da união de ambos os princípios resultaria justificada a importância da noção de poder-dever do agente público no exercício da função administrativa. Diante da uma mudança na visão da atuação da administração ao longo do tempo, Celso Antônio Bandeira de Mello, magistralmente, traz a alcunha invertida: o dever-poder rege a cartilha de conduta do administrador público.³⁰

A postura de Celso Antônio ainda remonta a doutrina clássica. O autor rememora a elaboração doutrinária de Renato Alessi, que divide o interesse público sob duas vertentes: primário, ou seja, aquele decorrente do querer comum do povo; e secundário, lido como o intuito de salvaguardar os interesses das instituições estatais enquanto pessoas jurídicas.³¹

Logo, se por um lado poder-se-ia ver de todos um querer quanto à saúde, assistência, educação etc., do outro ficaria evidenciada a manutenção da estrutura e das prerrogativas de dado órgão público.

Sucedem que a interpretação destes princípios estruturantes do regime jurídico de direito administrativo tem levado à distorção do sistema jurídico brasileiro, sobretudo quando posto à prova da maneira que mais habitual: na solução do caso concreto.

Viu-se que, por vezes, a utilização dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público resultou no desrespeito aos direitos fundamentais, implicando na necessidade de rediscussão do tema.

Em meados da década de 2000, Gustavo Binenbojm opera a desconstrução do dogma da prevalência acrítica de tais postulados, buscando um novo arranjo baseado basicamente na ponderação, no sopesamento de princípios à luz do caso concreto, sob pena de se criar situações em que seriam o desrespeitados os direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido,

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, 2016, p. 76.

³¹ ALESSI, Renato. *apud Ibidem*, p. 67.

a proporcionalidade e a razoabilidade seriam os fieis da balança na hipótese de intervenção do Estado na propriedade privada.³²

A solução proposta pelo autor é louvável. Entretanto, em que pese o sensível avanço do olhar sobre o tema, propõe-se uma revisão do assunto sob ótica diversa, não como direito posto, mas, ao contrário, como direito pressuposto,³³ visto que tal formulação reflete na criação de todo o ordenamento e na intervenção do Estado no domínio social e econômico.

Em verdade, as premissas postas pelo liberalismo dos oitocentos e desenvolvidas até hoje com as mais diversas roupagens³⁴ possuem um caráter pré-jurídico. A discussão pode ser facilmente resolvida caso deixe ser pauta dos administrativistas para se tornar assunto da agenda dos constitucionalistas.

Ao contrário do que foi dito até então, o melhor entendimento deve residir no fato de que os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público devem servir de balizamento para a construção da norma-vértice do ordenamento jurídico: a Constituição. Neste ponto, rememore-se a distinção realizada entre os poderes constituintes originário e derivado.

O poder constituinte originário é força nova que rompe a barreira de uma ordem constitucional anterior com vistas ao estabelecimento de uma nova ordem, a partir da realização de um grande pacto pelos diversificados setores da sociedade civil. Corresponde à capacidade (e o direito) de escolher um dentre os variados rumos para o futuro da nação.³⁵

A par das peculiaridades conhecidas e que não são objeto de análise deste estudo, o poder constituinte originário caracteriza-se como potência,³⁶ que não sofre os refreios do sistema jurídico posto, ao contrário do que ocorre com a competência revisional – conhecida também como poder constituinte derivado.

Destarte, a potência de inovação da ordem jurídica deve ser canalizada, sob pena de tergiversações contraproducentes ou de distorções dos regramentos de um novo sistema. Uma força mal/mau direcionada tende ao caos ou à tirania. Não se busca uma melhora sem o

³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 60-154.

³³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 62-64.

³⁴ Marçal Justen filho realiza a mesma desconstrução, contudo ainda no campo do direito posto. O professor paranaense desenvolve dois princípios que reinam no regime jurídico de direito público, quais sejam: a supremacia dos direitos fundamentais e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 150).

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217.

³⁶ BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 74.

estabelecimento de parâmetros e objetivos a serem atingidos de forma predeterminada, com o conhecimento dos limites da caminhada e das potencialidades da inovação.

A definição de um novo vértice do ordenamento jurídico não decorre dos anseios particulares do constituinte. O exercício do poder constituinte fora de um balizamento devido não resulta nas normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachof,³⁷ mas em Constituições outorgadas, nominais, tiranas, que não refletem o sentimento que paira no seio da sociedade, resultando num verdadeiro caos institucional, num movimento ilegítimo de grupos que pretendem tomar o poder.

Insta rememorar a distinção feita por Ferdinand Lassalle, que aponta a existência de uma constituição como mera folha de papel (Constituição Jurídica) e de outra resultante dos fatores reais do poder (Constituição Essência).³⁸

Os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público, portanto, são limites imputados pelos fatores reais do poder ao constituinte, englobando a essência de uma Constituição em sua concepção sociológica, e não a Constituição jurídica – vista como folha de papel –, como leciona Ferdinand Lassalle. Tratam-se, pois, de princípios de legitimidade democrática.³⁹ Sendo assim, a partir do momento em que a potência condicionada transmuda-se para competência (poder limitado), as regras do jogo mudam. Passa-se, então, de um dever-poder para um dever-competência. Os atores mudam, as figuras são outras.

Posto o direito, passa-se à ponderação dos princípios explícitos e implícitos de um sistema em que deve reinar o pluralismo jurídico, mesmo que existam preceitos fundamentais e preceitos outros que não constituam normas materialmente constitucionais. Do contrário, a contraposição entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público resultaria, para os outros princípios, numa luta inglória.

De fato, a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade importam no querer da construção de uma Constituição hígida, suprema, e num correlato direito infraconstitucional que atinja os fins colimados pela norma-vértice. Importa na busca por uma justiça social, na erradicação da pobreza, redução das desigualdades, na busca pelo desenvolvimento. Ambos

³⁷ Cf. BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 2014.

³⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, posição 464 de 965.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

os princípios devem ser vistos como parte do conteúdo que compõe a teoria do pré-compromisso,⁴⁰ que dão legitimidade para a superioridade do poder constituinte⁴¹.

O resultado do respeito a estes dois princípios é a elaboração dos preceitos fundamentais da Constituição, que, segundo o entendimento de Gabriel Dias Marques da Cruz, consistiria em normas materialmente constitucionais: cláusulas pétreas, princípios fundamentais da república, direitos fundamentais, bem como uma cláusula de abertura – esta servindo aos propósitos de acomodar as distintas inclinações teóricas, bem como acomodar a noção de historicidade dos preceitos fundamentais, que varia no decorrer do tempo.⁴²

Os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público denotam o intuito de estruturação de uma Constituição dotada de força normativa, que torne a norma-vértice inquebrantável diante das investidas do arbítrio quando posta à prova.⁴³

A partir do estabelecimento de uma nova ordem constitucional, não se pode mais falar de tais princípios: a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade definem a regra do jogo da constituinte, resulta num alerta do povo aos seus representantes de que as tratativas, as regras para a construção da consolidação de um novo pacto nacional, não podem ser alvo de interesses escusos do legislador.

A partir da nova ordem, na qual se estabelecem as regras, os princípios e as diretrizes do ordenamento, entram em jogo a soberania estatal, a liberdade, o pluralismo político e outros

⁴⁰ A teoria do pré-compromisso é lecionada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “Uma conhecida versão desta justificativa é a teoria do pré-compromisso, bem simbolizada pela história grega de Ulisses e das sereias, contada no Canto XII da *Odisseia*, de Homero. O barco de Ulisses passaria ao largo da ilha das sereias, cujo canto é irresistível, levando sempre os marujos a se descontrolarem e a naufragarem. Sabendo disso, o herói mitológico ordena aos marinheiros que tapem os próprios ouvidos com cera, e que amarrem os braços dele, Ulisses, o mastro o navio, para impedir que conduzisse o barco em direção à ilha (ele não quis que seus ouvidos fossem também tapados para não se privar do privilégio de ouvir o canto das sereias). Mas Ulisses, astutamente, antecipa que, ao passar próximo da ilha, poderia perder o juízo e determinar aos marujos que o soltassem do mastro. Por isso, ordena aos seus marinheiros, de antemão, que não cedam em nenhuma hipótese àquele seu comando. Ulisses instituiu um pré-compromisso: ciente das suas paixões e fraquezas futuras, delas se protegeu. Na teoria constitucional, traça-se um paralelo entre essa estratégia do herói grego e a decisão do povo de editar uma constituição, que impõe limitações às suas deliberações futuras. É o que o povo, em momentos de maior lucidez, pode também perceber a sua suscetibilidade de cometer erros graves, pondo em risco princípios importantes. Por isso, ele se pré-compromete, por meio de mecanismo que impede que, no futuro, possa sacrificar esses princípios. A supremacia constitucional, neste sentido, é um arranjo institucional voltado à preservação de princípios superiores, adotada por um povo ciente das suas próprias limitações e fragilidades.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 25-26).

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

⁴² CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54-55.

⁴³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

valores elementares que não podem ser olvidados por motivos quaisquer, motivos estes que se tornam banais diante da magnitude da tarefa atribuída ao constituinte.

A recolocação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade em campo anterior ao direito posto é salutar e importa na possibilidade do desenlace de alternativas estatais para o desenvolvimento no âmbito do direito administrativo. Dois exemplos claros dessa postura podem ser percebidas na mudança de visão acerca da processualização da ação estatal e na possibilidade da instituição da arbitragem e dos acordos decisórios no âmbito da Administração Pública,⁴⁴ inclusive com a possibilidade de incluir-se outros elementos na teoria das fontes do direito público interno.

Relativizando o princípio da supremacia do interesse público em posição distinta à adotada por este trabalho, mas chegando ao mesmo resultado pretendido, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira defende uma atuação da Administração Pública pautada na ponderação dos interesses em jogo, havendo uma escolha daqueles que seriam prioritários de acordo com a finalidade pública, o que ensejaria a mudança de um princípio da supremacia do interesse público para o princípio da finalidade do interesse público.⁴⁵ No âmbito da processualização da atividade estatal esta mudança de visão resultaria na maior legitimidade, transparência e controle da decisão a ser tomada. Haveria uma democracia deliberativa processual, com a maior participação dos interessados na formação do querer do Estado, retirado da cláusula do Estado democrático de direito, prevista no art. 1º CRFB/88.⁴⁶

Ademais, a mudança de olhar sob os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público resulta na admissão da arbitragem e dos acordos decisórios,⁴⁷ dando à atividade administrativa a dinamicidade que lhe é ínsita.

A instituição da arbitragem é um exemplo de efetivação do princípio da eficiência no direito administrativo. As contendas instauradas no seio da administração pública não podem se arrastar ao longo do tempo, como sói ocorrer. Ao revés, a morosidade na resolução de problemas pelo Poder Judiciário não pode atrapalhar o desenvolvimento das atividades da Administração Pública.

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 98-108.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 78.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 104.

2.1.3 O formalismo procedimental do querer administrativo

O administrador público tem em mãos um leque de opções para satisfazer os interesses da coletividade, ao passo que a escassez de bens constitui um elemento limitador das decisões. Trata-se, portanto, de um grande dilema jurídico-econômico. Dentre as diversas alternativas existentes o gestor deve prezar por aquela que seja mais eficiente, que garanta a efetividade dos direitos fundamentais da coletividade na sua exata medida. Marcello Caetano leciona:

A administração pública é o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro da orientações gerais traçadas pela Política, directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas, assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados.⁴⁸

Em tais circunstâncias, requer-se do gestor público um senso de criatividade e sensatez. É preciso obter um prognóstico preciso das suas ações, visto que uma decisão inadequada reflete no seio de toda a coletividade.

Por outro lado, a estrita observância ao ordenamento jurídico estatal aliado ao modo de pensar do administrativista atual são limitadores que causam grandes impactos no desenvolvimento das instituições do Poder Público. O controlador tem em mãos variadas opções para satisfazer os anseios da coletividade, mas nem todas elas são admissíveis pelo direito, (i) ou por serem ilícitas, ou (ii) por não estarem previstas em lei, ou, até mesmo, (iii) por não satisfazer os interesses da coletividade, não sendo consideradas proporcionais, razoáveis ou legítimas. O direito positivado, de matriz estatal, atualmente é um grande limitador das decisões do controlador.

Ao passo que no direito privado – cuja autonomia da vontade impera na tomada de decisão dos particulares – os sujeitos possuem maior horizonte decisório – e as consequências de uma decisão refletem, primordialmente, entre os sujeitos de dada relação –, no direito público as decisões tomadas devem levar em conta um procedimento adequado, uma vez que as consequências de dada escolha refletem no seio da coletividade.

⁴⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. I, p. 5.

A explicação para isso reside na distinção entre os signos “administração” e “propriedade”. Ruy Cirne Lima, em lição antiga e de grande préstimo, é claro ao discorrer sobre o tema:

Exprime-se, nestes passos, pela palavra *administração* conceito antagônico ao de propriedade. Propriedade *lato sensu* pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade impessoal a que essa vontade deve servir.⁴⁹

Caio Mário da Silva Pereira demonstra que ao tomar uma decisão de cunho negocial a mente humana funciona da seguinte maneira: primeiramente, o homem recebe a informação (proposta); posteriormente, o intelecto trabalha as informações recebidas e analisa as consequências de determinado ato; ao fim, tomando a decisão no sentido positivo, o sujeito demonstra externamente a tomada de decisão. Daí surgem duas consequências: a realização do negócio ou o fim das tratativas.⁵⁰

Ao revés, no direito administrativo, como a atividade estatal compreende uma série de variáveis que afetam diretamente a coletividade, a noção de processo⁵¹ é fundamental para que as decisões tomadas sejam aceitas pela sociedade. Segundo Carlos Ari Sundfeld, “O processo é o modo normal de agir do Estado.”⁵²

Ocorre que a procedimentalização do querer administrativo é atormentada por uma formalidade que leva à burocracia os louros da culpa pelo atraso no desenvolvimento estatal. Percebe-se a existência de atos administrativos deslocados da sua realidade subjacente.

O fenômeno aqui descrito se dá de modo parecido com o que ocorreu no processo civil em sua fase autonomista, em houve o desenvolvimento de institutos sem, contudo, observar-se a real necessidade de tutela e satisfação das carências do cidadão. A necessidade que o administrativista saia de uma fase de desenvolvimento de institutos procedimentais que estão altamente desenvolvidos para dedicar-se à efetividade da tutela procedimental administrativa é premente. Urge observar-se os fins.

Isso passa pela informalização dos procedimentos administrativos. A administração deve facilitar o contato com o cidadão aproximando-o cada vez mais da estrutura estatal, podendo

⁴⁹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 37.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 403-404.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 91.

⁵² *Ibidem, loc. cit.*

cada vez mais propor a solução em conjunto de pontos extremamente problemáticos da Administração Pública.

Cabe perquirir, por exemplo, o que se passa com as audiências públicas. Elas, por si, são instrumento de grande valia para o exercício de uma administração pública gerencial. Entretanto, não se sabe o que se passa com a diminuta presença de administrados nas sessões públicas.

2.1.4 Da legalidade à juridicidade e a força normativa dos princípios: a ampliação de um universo ainda hermético

Com o surgimento do Estado Social no início do século XX, a Administração Pública passou a ter por objetivo a efetivação de direitos fundamentais fixados pelas constituições dirigentes. Saúde, cultura, educação, trabalho, previdência social passam a ser os assuntos da agenda estatal. O direito administrativo tem como núcleo serviço público, conforme concepção de Léon Duguit.⁵³

O Estado Social surge, marcadamente, a partir das Constituições de Querétaro – do México, em 1917, da República de Weimar, em 1919,⁵⁴ bem como com o *new deal*, a partir de 1930, este último de ideologia econômica empregada por John Maynard Keynes. O Estado, então, voltou-se para as prestações de natureza social, oferecendo serviços públicos universais e amparando as pessoas carentes.

Naquele momento a lei continuou a ser de suma importância. Contudo, a normatividade dos princípios e a supremacia do texto constitucional potencializaram de maneira considerável a obrigação do Estado de prestar serviços de qualidade à população e agir conforme os mandamentos da norma-vértice. A ciência jurídica passou a ser pensada de acordo com a escola pós-positivista. Passa-se de ideia de legalidade para a ideia de juridicidade.⁵⁵

A ideia de juridicidade surge a partir do deslocamento do centro de importância do ordenamento jurídico da lei para a Constituição. Esta, por meio do fenômeno da

⁵³ MOREIRA, Joao Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171.

⁵⁴ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

constitucionalização-releitura do Direito, espraia para as margens do sistema jurídico a tarefa revisional dos institutos jurídicos. Foi o que também se passou com o direito administrativo.

Os serviços públicos foram ampliados, as Constituições dirigentes surgiram empregando um rol de direitos sociais a serem garantidos. No campo econômico o Estado interviu diretamente na economia por meio de uma regulação endógena⁵⁶ – cujo mecanismo estrutural envolve a criação de empresas públicas que, além de atuar no campo econômico, promovem a regulação do mercado no qual atuam, ou seja, um verdadeiro Estado empresário.

Estado e sociedade civil, antes separados, se unem em prol do bem-estar social. O Estado traz para si o dever de intervir na economia ao realizar uma regulação econômica e social, promovendo a redistribuição de renda e implementando políticas sociais de caráter assistencial.

Diante das lições históricas, infere-se que a concepção originária do Estado Social resultou na criação de uma grande máquina estatal, difícil de ser gerida. Sucede que a hipertrofia não comportaria apenas e tão somente a hipertrofia do ordenamento jurídico com a força normativa da constituição.

O deslocamento do centro do sistema teve como virtude a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e proporcionou sua maior participação no direcionamento da gestão pública. Entretanto, em que pese o mundo jurídico tenha sido ampliado, permaneceu hermético.

Percebe-se a partir do final da Segunda Grande Guerra que as relações entre os Estados se intensificou. As relações jurídicas no âmbito internacional tornaram-se reais, constantes e céleres, a partir do último quarto do século XX e primeira década do século XXI.

A hermeticidade do regime jurídico de direito administrativo tornou-se um entrave para a resolução de pontos fulcrais da gestão pública. Atualmente, as nações possuem nos seus horizontes o panorama internacional da economia e passam a se adequar às relações que possui perante outras nações e órgãos internacionais aos quais se vinculam. O direito passa a ser cosmopolita.

O novo regime tem por característica primacial a assistemática. A legalidade e a juridicidade tornaram-se princípios de grande valia apenas quando do uso do ordenamento

⁵⁶ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 27.

estatal. Assumem posição de protagonismo neste direito administrativo global os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que guiam o gestor público na tomada de decisão.

Percebe-se, então, a abertura de um leque decisório a disposição do controlador público. A efetivação dos direitos fundamentais não decorre somente da imposição de leis. O Poder Legislativo ainda possui grande valia, entretanto, o ofício do administrador torna-se arte, e o artesão deve valer-se da sua criatividade.

2.1.5 O pluralismo jurídico e a necessidade de uma mudança de visão do administrativista

O dogma do positivismo estabelecido na era liberal se arrasta até os dias atuais de maneira irrefletida. O devir histórico e a realidade atual convoca a academia para o debate de ideias. A necessidade de rediscutir o direito administrativo – tema aqui proposto – decorre do contexto no qual o Brasil se insere na comunidade internacional. A releitura de institutos foi extremamente salutar diante do advento da Constituição Federal de 1988, entretanto, novos institutos, categorias e conceitos devem ser introduzidos na atualização do “*software*” de gestão do controlador, de modo a dotar o administrador público e o jurista do instrumental adequado mais maleável que existe para operar o direito.

Evoca-se, então, o pluralismo jurídico, que implica na coexistência, numa dada sociedade, de normas de cariz diverso: local, nacional, internacional, estatal e não estatal.⁵⁷ Sua existência se dá em contrariedade ao positivismo jurídico de há muito existente.

Os juristas de ontem se dedicaram de maneira árdua para construir as bases do direito brasileiro em vigor. Entretanto, a realidade mostrou-se extremamente complexa para encaixar-se num mundo demasiado hermético. O devir histórico implica apenas na possibilidade de conceituação dos elementos conformadores de dado sistema jurídico, que sofre uma metamorfose constante. Definir algo constitui tarefa altamente pretensiosa. Repise-se a dicotomia definir x conceituar⁵⁸, uma vez que o direito administrativo das definições sucumbiu ao longo da história para dar lugar a um novo direito administrativo: o direito administrativo conceitual.

⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 44.

⁵⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 55.

A diferença é sutil. Entretanto, de fato, a multimencionada complexidade das relações jurídicas no bojo da sociedade enseja o *paradigm shift*⁵⁹ do direito administrativo brasileiro, cujas propostas serão retratadas mais à frente. Administrar é, de fato, criar, como afirma Carlos Ari Sunfeld.⁶⁰ O direito administrativo atual é instrumento finalístico – não o fim em si mesmo – do qual se deve valer o controlador para criar soluções adequadas às necessidades de dada sociedade e executar políticas públicas e programas de desenvolvimento que, de fato, tragam um grande proveito a todos os cidadãos.

Os conhecimentos adquiridos no campo do regime jurídico administrativo são aplicáveis em outros campos do direito público, marcadamente nos direitos econômico, regulatório, concorrencial, financeiro e tributário. Não se pode fechar os olhos para esta realidade. Conhecer a fundo o direito administrativo implica em poder ter a noção exata do sentido dos movimentos da máquina estatal. Não se deve mais trabalhar com o ordenamento baseado na ideia de pirâmide, mas sim numa ideia de rede.⁶¹

A necessidade do desenvolvimento de instituições criadoras e controladoras é premente. O Brasil é um país de dimensões continentais. Portanto, os administrativistas e os administradores devem estar atentos aos clamores da sociedade, bem como do ambiente internacional no qual o país se insere com papel relevante.

2.2 DIREITO E DESENVOLVIMENTO: A NECESSÁRIA MUDANÇA DE VISÃO DO ADMINISTRATIVISTA BRASILEIRO

Se por um lado o direito administrativo teve inspiração na teoria francesa, não se pode olvidar a influência que o movimento direito e desenvolvimento exerceu no administrativista brasileiro no século XX, mesmo que para alguns tal fato tenha passado despercebido.

Nos oitocentos a ideia de que um sistema jurídico poderia afetar o âmbito social e econômico de uma nação já era conhecida. No século XIX Max Weber sustentou que os sistemas jurídicos da Europa consubstanciavam um importante fator para o desenvolvimento do capitalismo. Em que pese a relação entre direito e desenvolvimento tenha se avançado ao

⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2014, vol. 265, p. 180.

⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 235.

⁶¹ LOSANO, Mario G. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. **DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho**. n. 28, 2003, p. 180.

longo do tempo, o movimento direito e desenvolvimento toma força somente a partir dos anos 1960 e, como escola do pensamento, propõe aquilo que ficou conhecido como teoria da modernização.⁶²

Para os teóricos da modernização, o subdesenvolvimento de uma sociedade era reflexo de suas questões econômicas, políticas e culturais. Com vistas a alcançar o progresso, era necessário que tais sociedades se submetessem a um processo semelhante pelo qual passaram as nações evoluídas em períodos anteriores da história.⁶³

O caminho do desenvolvimento dos países de terceiro mundo dependeria de estímulos exógenos, provenientes das economias do primeiro mundo. Assim, a difusão do capital, das instituições e dos valores dos países desenvolvidos seriam transmitidos às nações subdesenvolvidas durante a implementação da nova agenda estatal.⁶⁴

O desenvolvimento apenas seria possível a partir da difusão da *rule of law*, pautada na concepção instrumentalista de direito formulada séculos antes por Weber. O direito poderia ser moldado e manipulado para alterar o comportamento humano e alcançar o desenvolvimento.⁶⁵

O movimento enfatizava a reforma da educação e da profissão jurídica nos países de terceiro mundo, bem como das próprias normas vigentes nestes países, o que refletiria na criação de instituições e na otimização da administração e aplicação das leis.

Segundo Brian Tamanaha, para David Trubek e Marc Galanter as características do modelo de império do direito liberal seriam as seguintes:

- 1) A sociedade é composta de indivíduos que anuem ao Estado pelo seu próprio bem-estar;
- 2) O Estado exercita controle sobre os indivíduos por meio da lei e é, ao mesmo tempo, limitado por esta;
- 3) As leis são destinadas a alcançar propósitos sociais e não oferecem vantagem especial a nenhum indivíduo ou grupos dentro da sociedade;
- 4) As leis são aplicadas igualmente a todos os cidadãos;
- 5) Os tribunais são as principais instituições jurídicas responsáveis por definir e aplicar a própria lei;
- 6) O julgamento é baseado em um amplo corpo de regras e doutrinas oficiais, e decisões judiciais não estão sujeitas à influência externa;

⁶² DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. (trad. Pedro Maia Soares). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 9, jan./jun. 2009, p. 222.

⁶³ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁵ DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. (trad. Pedro Maia Soares). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 9, jan./jun. 2009, p. 222.

- 7) Os atores legais obedecem às restrições da lei, sendo que a maioria da população as internalizou, e, onde há violações às leis, a coação irá garantir a conformidade.⁶⁶

Munidos de tais conhecimentos, os acadêmicos estadunidenses visitaram os países em desenvolvimento para disseminar a doutrina, financiados pelo governo dos Estados Unidos e por fundações.

Contudo, com passar do tempo os defensores do direito e desenvolvimento se depararam com o insucesso da implantação da doutrina nas nações de terceiro mundo. Questões econômicas, políticas e, principalmente, sociais foram os entraves para a concretização da tarefa.

A ideia de que a lei seria o centro da resolução de todos os problemas internos dos países subdesenvolvidos era por demais ingênua. Percebeu-se ao longo do tempo que ordenamentos paraestatais vigiam ao lado do ordenamento jurídico estatal, e mais: estes comandos informais possuíam maior efetividade no seio da sociedade.

Ao mesmo tempo, a doutrina estadunidense deparou-se com problemas de ordem interna. Os acadêmicos estadunidenses, de início, aderiram à missão no intuito de transmitir ao resto do mundo um ideal perfeito de Estado que acreditavam existir e estar em vigor. Entretanto, a implosão da sociedade civil norte-americana diante do estouro e insucesso da guerra do Vietnã e do posterior escândalo *Watergate* foram um choque de realidade no movimento⁶⁷. Ademais, acrescentam-se os regimes ditatoriais na América Latina como mais um dos fatores que chocavam com os ideais do movimento.

O movimento, que se inicia em 1965, tem a sua crise declarada em 1974 por dois dos seus principais fundadores, a partir da publicação do artigo “Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina “direito e desenvolvimento”, de autoria de Trubek e Galanter. Coincidência ou não, fato é que o regime ditatorial brasileiro encontra o seu início, ápice e enfraquecimento durante o intervalo citado. Nos anos seguintes, o país se depara com o processo de redemocratização, que culmina com a Constituição Federal de 1988.

Quarenta anos depois, David Trubek faz uma nova análise do movimento para o qual contribuiu para o início dos estudos. O autor, que durante muito tempo foi apontado como o responsável pelo fim do movimento, teceu algumas considerações a respeito do direito e

⁶⁶ TAMANAHA, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. Trad. Tatiane Honório Lima (trad. Fábio Luiz Lucas Carvalho). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 9, jan./jun. 2009, p. 192.

⁶⁷ TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina “direito e desenvolvimento”. (trad. José Rodrigo Rodriguez e José Rafael Zullo). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, jul./dez. 2007, p. 281.

desenvolvimento. A mais importante é a de que a crítica feita anteriormente não foi no intuito de dar fim ao campo de estudo, mas, ao revés, promover a sua ampliação e a melhora.⁶⁸

O movimento baseava-se em cinco vertentes: (i) o direito poderia ser um instrumento a ser usado por países em desenvolvimento para ensejar a mudança; (ii) o direito poderia ser uma barreira para o desenvolvimento econômico; (iii) o “direito moderno” poderia ser importado de Estados “modernos”; (iv) reforma legal seria sinônimo de reforma liberal; e (v) reforma cultural como a chave para a mudança.⁶⁹

Os fatores históricos acima expostos fizeram com que o Trubek revisse o seu pensamento e passasse a acreditar apenas nos elementos “i” e “ii” defendidos nos albores do movimento.⁷⁰ E isso pode ser explicado de melhor maneira.

Em verdade, o movimento *law and development* não morreu. Houve um recrudescimento ao final dos anos 1970 e início dos anos 1980, principalmente por causa da crise acadêmica e financeira, esta por falta de investimentos no campo de pesquisa.⁷¹

Durante os anos 1980 e 1990 o movimento experimentou um novo momento de aquecimento. O retorno do interesse pelo tema se deu em razão da vontade das agências de desenvolvimento em apoiar a reforma jurídica dos países em desenvolvimento. Economistas que se especializaram na área passaram a se interessar pelo tema e chegaram à conclusão de que o direito era elemento fundamental para a criação de um Estado forte, contudo sem grande intervenção no domínio econômico. O Banco Mundial passou a ser o agente fomentador nessa nova jornada. Brasil, Rússia e China experimentam um amplo processo de reforma do ordenamento jurídico.

O Brasil passou a ser objeto de análise.⁷² Entre a década de 1930 e 1980, as políticas econômicas adotadas pelo Brasil consistiam em iniciativas lideradas pelo Estado para promover a substituição da importação, industrialização e crescimento através de empresas estatais que exerciam a regulação endógena, uma vez que, atuando como agente em

⁶⁸ TRUBEK, David M. Law and development: 40 years after scholars in self estrangement – a preliminary review. **University of Wisconsin legal studies research paper**, n. 1255, p. 5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2435190>>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁶⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁷⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁷¹ TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario Gomes. Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **University of Wisconsin legal studies research paper**, n. 1207, p. 20. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2144939>>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁷² *Ibidem, loc. cit.*

determinado mercado, possuía função tanto de empresa como de regulador do setor da economia em que atuava, principalmente com o controle de preços, planejamento econômico e regulação setorial.

Traçando-se um paralelo, o desenho de um regime jurídico de direito administrativo cujo Estado manipulava a economia com todos os seus tentáculos ensejava a elaboração de normas e princípios que refreassem a atuação do administrador. Por certo que os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público, a partir do paradigma de relação *top-down* entre a Administração Pública e a coletividade, eram adequados ao espírito da época.

Entretanto, o Brasil passou a protagonizar um fenômeno que vem sendo chamado de *new state activism*, ou seja, um ativismo do Estado em direção ao desenvolvimento social e econômico, com a implementação de diversas políticas públicas que exigem um maior diálogo público e privado e, ao mesmo tempo, exerce grande proteção aos direitos sociais.

A partir dos anos 1990 com a criação do Plano Real, com a implementação das agências reguladoras, com a mudança de função do Banco Nacional do Desenvolvimento no processo de desestatização da economia – decorrente de ideias emanadas do Consenso de Washington –, o Brasil mudou, realizando uma clara transição do Estado Social para o Estado Regulador, como previsto pela Constituição Federal inicialmente e com a consagração posterior do movimento com a promulgação de Emendas Constitucionais, notadamente a de nº 19/98.

Nesse processo, a Constituição de 1988 foi um grande facilitador. A Constituição enseja uma maior aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada a partir de uma nova abordagem dessa relação. O documento preocupa-se em promover essa aproximação, com vistas ao desenvolvimento, e, ao mesmo tempo, o alcance do bem-estar social da população.

Como dito linhas acima, programas de governo foram desenvolvidos para atrair investimentos internacionais e incentivar a inovação na indústria brasileira. Por outro lado, programas sociais de incentivo à educação e assistência à família, como Bolsa Escola e Bolsa Família deixam para trás a concepção de Estado existente até o processo de redemocratização.

O direito e os fatos comunicam-se diariamente. Por um processo simbiótico, ambos exercem influencia no outro. Sendo assim, diante da mudança do paradigma de Estado em que se vive, a tarefa de repensar o direito administrativo é premente. A apreensão de fatores políticos e econômicos faz parte da atividade diuturna do administrativista em um país em transição. O Brasil que deu certo merece uma nova abordagem do administrativismo.

Um novo regime administrativo encontra-se sustentado por quatro pilares fundamentais que o distingue dos demais ramos da árvore jurídica, quais sejam: o (i) pluralismo jurídico; o (ii) pragmatismo; (iii) capacidades institucionais; e a (iv) reflexividade.

Um novo regime jurídico deve ser pensado não apenas para tornar os assuntos do conteúdo programático da matéria – contidos em um manual – didáticos, mas para servir de ferramenta às instituições Estatais, que clamam por instrumentos regulatórios econômicos e sociais para o desenvolvimento do país nas mais diversas áreas. Sendo assim, passa-se a uma proposta que servirá de base para o entendimento deste estudo.

2.3 DOS MEIOS AOS FINS: UM DIREITO ADMINISTRATIVO INTERDISCIPLINAR

2.3.1 Elementos configuradores de um novo direito administrativo

Diante da constatação do inchaço da máquina estatal, tornou-se necessária a reinvenção do Estado em busca da eficiência. A lei e seus consectários lógicos não são mais suficientes para a resolução dos conflitos que ocorrem no seio das instituições do Poder Público. No panorama do administrativista não existe mais a visão de uma pirâmide. Em seu lugar encontra-se uma rede,⁷³ que engloba o ordenamento estatal, não estatal e internacional. As Constituições e as leis deparam-se com tratados e instrumentos paralegais que influenciam na regulação. Passa-se a falar do pluralismo jurídico.

A partir dos anos 1980 a encampa-se uma nova concepção de Estado. Este, que um dia já foi liberal e posteriormente tornou-se social, hoje passa a ser regulador. O Estado Regulador diminui a sua estrutura e seleciona elementos essenciais dos antigos modelos.

O Estado Regulador é dualista: visa o bem-estar e o desenvolvimento econômico.⁷⁴ No âmbito social o Estado reúne características dos áureos tempos de *welfare state*, com o investimento na implementação dos direitos sociais, com a garantia do mínimo existencial e da vedação do retrocesso. No campo econômico, o Estado diminui a intervenção direta na economia, a partir de instrumentos de política regulatória.

⁷³ LOSANO, Mario G. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. **DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho**. 2003, n. 28, p. 180.

⁷⁴ BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.

No caso do Brasil, a Constituição Federal afirma o caráter dualista do Estado através do art. 23, parágrafo único. No dispositivo citado, a competência material comum dos entes da federação será conformada mediante a elaboração de normas nacionais introduzidas no sistema a partir de Leis Complementares que tenham em vista o equilíbrio do bem-estar e do desenvolvimento econômico.

O Estado Regulador (dual) é um Estado Garantidor. Ele passa a intervir indiretamente na economia a partir do momento em que (i) realiza concessões, autorizações e permissões de serviços públicos para os particulares e (ii) garante a qualidade destes por meio da fiscalização, da regulação e do fomento.⁷⁵

A análise do art. 173 CRFB/88 deixa clara a postura do Estado Regulador Brasileiro. A intervenção direta na economia dar-se-á de forma excepcional, apenas e tão somente em duas hipóteses: quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou quando há relevante interesse coletivo.

Se, por um lado, no campo social – do bem-estar – a lei deve existir e deve ser cumprida, por outro lado, no campo econômico – do desenvolvimento – os instrumentos de política econômica devem ser dotados de maior flexibilidade. A burocracia administrativa e a morosidade do processo legislativo, juntada à inexistência de legisladores *experts* nas matérias objeto de regulação no congresso nacional, impedem o desenvolvimento do Estado.

Para decidir o administrador não mais possui em mãos apenas o instrumento da discricionariedade administrativa. O pragmatismo passa a incorporar a sua caixa de ferramentas. O binômio interesses ilimitados-bens limitados⁷⁶ consta como pano de fundo do esquema decisório do gestor. A decisão conforme o direito é aquela que traz a maior eficiência na prestação do serviço público.

Se o direito administrativo já foi marcado pelo abstencionismo do Estado e também pelo forte intervencionismo, nos dias atuais a população clama pela intervenção estatal comedida. A boa administração tornou-se um direito fundamental. A atuação estatal se faz necessária e é benéfica a todos aqueles que dependem do Poder Público. A administração pública passa a ser transparente, sustentável, imparcial, desviesada, precavida e eficaz.⁷⁷

⁷⁵ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista digital de direito administrativo**. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2016, n. 1, vol. 3, p. 178.

⁷⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. I, p. 5.

⁷⁷ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-22.

O direito administrativo torna-se campo fértil para a intromissão de outros saberes científicos, notadamente aqueles provenientes da economia, sociologia e política. O âmbito regulatório exige um *multitask professional*, que, diante de uma pluralidade de fontes do direito, possa manejar o sistema da maneira mais adequada.

Neste ponto, a capacidade institucional deve ser levada em conta. A antiga prevalência irrefletida da interpretação dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário dá espaço à capacidade institucional dos órgãos do Poder Público em dar ao direito a interpretação e aplicação adequada, reduzindo o risco de efeitos sistêmicos das decisões.⁷⁸

Está em andamento uma verdadeira mudança de paradigmas no direito administrativo brasileiro. O jurista deixa de ser um *homme de lettres*, de pensamento cartesiano, para transformar-se num microeconomista ou cientista político de base empírica, cujo objetivo é executar juridicamente projetos da pauta estatal.⁷⁹

A reflexividade entra em pauta como suporte para a escolha regulatória, canalizando o espectro decisório do administrador público, estabelecendo parâmetros contextuais para a escolha administrativa. Trata-se de um instrumento extremamente útil para a atuação estatal no domínio econômico.

Assim, com base no pluralismo, nos elementos abaixo explicitados, o regime jurídico de direito administrativo tem se voltado para a sua finalidade essencial: a efetivação de direitos fundamentais a partir do desenvolvimento do Estado.

2.3.2 A finalidade como norte para a atuação dos controladores: “administrar é criar”

O direito administrativo não deve servir apenas como limitação para a tomada de decisões. Ao contrário, será muito mais útil quando visto como uma ferramenta para a solução de problemas. A governança é um elemento legitimador das decisões estatais. A criatividade faz parte do agir da Administração Pública para resolver pontos nodais da gestão. Conforme Carlos Ari Sundfeld,

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 248-249.

⁷⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2014, vol. 265, p. 187.

O dever básico do administrativista é trabalhar na ampliação do leque de alternativas para a ação administrativa encontrar no Direito sua base e seus limites, mas sem comprometer a extensão da função criadora que a Administração tiver recebido da legislação, nos termos constitucionais. A grande missão do administrativista contemporâneo é não tolher a criação administrativa para defender o espaço do legislador. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo.⁸⁰

Em que pese o agir administrativo seja basilarmente pautado na procedimentalização, uma das maneiras de priorizar a finalidade do agir estatal sem se desgarrar do processo é promover a informalização dos procedimentos. Daí se falar em “legalidade finalística”.⁸¹ A aplicação do direito deve atingir um fim social.

É importante analisar o lado do administrado. As relações jurídicas travadas entre a administração pública e o particular devem estar plasmadas em regras basilares que permitam, de um lado, que o ente público possa ter certa flexibilidade para decidir e, de outro, que o particular possa gozar da segurança jurídica, não sofrendo qualquer lesão patrimonial.

Constata-se, então, a necessidade da construção de um regime jurídico de direito público aplicável a tais relações. Conforme Marçal Justen Filho, “o regime jurídico de direito público consiste num conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais”.⁸²

Por regime jurídico de direito administrativo deve-se entender as notas que distinguem o direito administrativo dentro do universo jurídico.

Além do fato da existência de relações complexas diante de uma sociedade plural e em rápida transformação, a tendência cosmopolita do direito administrativo deve ser levada em conta. Muito pelo fato da efemeridade das relações globais num mundo conectado, percebe-se que as diversas administrações públicas – sejam elas das nações ocidentais ou orientais – encontram elementos similares nos problemas identificados nos seus sistemas.

Similares os problemas, provavelmente similares, também, serão as suas soluções. Guardadas as peculiaridades normativas e sociais – no Brasil marcadamente pelas dimensões continentais do seu território – as experiências decisórias dos controladores são muito semelhantes.

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 235.

⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 39-40.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 145.

Pode-se falar, então, de um direito administrativo global ou num transadministrativismo,⁸³ corrente doutrinária que pretende a construção de um direito administrativo supra estatal, que ultrapasse as fronteiras nacionais para encontrar uma uniformidade doutrinária que constitua um *modus* de operar as administrações públicas.

A tendência uniformizadora é louvável, de certo modo. Contudo, as peculiaridades de uma nação devem ser levadas em conta. O brasileiro, em si, possui como característica marcante a criatividade, motivo pelo qual o conjunto normativo paraestatal deve ser levado em conta como importante ferramenta não só para a regulação, mas para a interação da Administração Pública com a sociedade.

2.3.3 O pragmatismo do controlador contemporâneo

O direito administrativo vem passando por aquilo que a doutrina chama de virada⁸⁴ ou giro⁸⁵ pragmático. O pragmatismo é uma escola filosófica que entende que o direito se explica como resultado das necessidades de uma dada sociedade, decorrente da experiência por ela vivida, e não por axiomas e silogismos. Trata-se de um instrumento que se adapta à experiência.⁸⁶

O pragmatismo jurídico encontra-se estruturado sob três pilares: (i) antifundamentalismo, que rejeita um ponto de partida estático e imutável, com abstrações que impedem a transformação social e da ciência jurídica; (ii) contextualismo, pelo qual se valoriza a experiência prática na interpretação jurídica; e (iii) consequencialismo, que perquire os impactos de uma escolha no futuro, realizando-se, portanto, um prognóstico da decisão.⁸⁷

O antifundamentalismo é o antídoto pelo qual o administrativista se desprende das teorias anteriores, podendo avalia-las de forma crítica e propor inovações no campo de pesquisa, mudando a visão que se tem do direito administrativo até os tempos recentes. Ele passa a observar as mudanças pelas quais a sociedade tem passado para propor uma ciência da libertação. O consequencialismo alia a experiência à prática do direito. O consequencialismo

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, set./dez. 2014, vol. 267, p. 68.

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85-86.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 80.

antecipa os efeitos da tomada de decisão no futuro. Percebe-se, portanto, a sua importância no direito administrativo.⁸⁸

Por meio do pragmatismo busca-se, sempre, a antecipação dos resultados gerados por cada decisão possível de ser tomada. Trata-se de uma atitude de caráter marcadamente empiricista e experimentalista⁸⁹ tomada pelo administrador público. Levam-se em comparação soluções que podem cumprir de maneira mais eficiente a finalidade pública escolhida pela coletividade.⁹⁰

Um novo regime jurídico de direito administrativo não mais se arvora no mundo hermético criado pela doutrina francesa dos oitocentos e novecentos. A partir de um *pragmatic mood*, o administrador, imbuído pelo ceticismo em relação às teorias generalizantes, baseia conceitos, proposições e decisões na experiência e na consequência da prática administrativa, se desapegando dos modelos jurídicos impostos até então e buscando o experimentalismo institucional com vistas ao atendimento das necessidades do grupo social e atingindo o desenvolvimento do Estado de acordo com os mandamentos constitucionais.⁹¹

2.3.4 Capacidades institucionais e efeitos dinâmicos

Ainda no âmbito da interpretação jurídica, um novo regime jurídico de direito administrativo deve levar em conta as capacidades institucionais componentes do espectro organizacional da Administração Pública. A atribuição de funções às pessoas da Administração decore, justamente, de uma melhor execução das atividades de gestão, que devem se basear na especialidade.

Sendo assim, para a aplicação do direito deve-se levar em conta as capacidades e limitações dos órgãos dos quais emanam os comandos normativos e as políticas públicas. A interpretação emanada geralmente é aquela que mais se adequa ao caso concreto. Não que se dispense a interpretação feita pelo Poder Judiciário. O que não pode ocorrer é a prevalência do posicionamento das cortes sem que estas tenham pleno conhecimento da situação posta sob

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 55.

⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 57-58.

⁹¹ *Ibidem*, p. 58.

o seu juízo. A pós-modernidade não comporta mais a figura do juiz Hércules, prevista por Ronald Dworkin.

Ao lado das capacidades institucionais, deve-se levar em conta os efeitos dinâmicos decorrentes da interpretação. Isto é, as consequências das escolhas administrativas devem ser observadas, tanto na esfera pública como na esfera privada.

2.3.5 A reflexividade

O último elemento basilar de um novo regime jurídico de direito administrativo – que passa de um mundo hermético para um experimentalismo institucional finalístico, que é, portanto, volátil – é a reflexividade.

A transição dos Estados liberal e social para o Estado regulador resulta na insuficiência do sistema hermético e formal na disciplina das relações jurídicas, que se tornam cada vez mais heterogêneas. A partir dos anos 1980 percebe-se o anseio da academia pelo retorno à “materialização” do direito.⁹² Requereu-se a reabertura do sistema para que se fossem abarcadas de forma democrática todas as situações mundanas cuja solução encontrada no sistema formal era contraproducente e ineficiente.

A partir da virada pragmática do direito administrativo, esta matéria não mais se presta à acompanhar os acontecimentos para então ensejar a ação do administrador. Muito pelo contrário, a administração pública torna-se eficiente na medida em que se antecipa aos problemas e desenvolve soluções que promovam o desenvolvimento institucional.

Nessa medida, a reflexividade é atributo do sistema jurídico que o torna capaz de estabelecer os seus próprios parâmetros a partir da percepção de como operam os outros sistemas. Trata-se da relação de um objeto consigo mesmo.⁹³

A reflexividade dimana da limitação que os instrumentos normativos tradicionais possuem em regular as relações intersubjetivas complexas da atualidade, ensejando o manejo de *standards*, não havendo o estabelecimento apriorístico de regras.

⁹² TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law and society review**. vol. 17, p. 250. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896509>>. Acesso em: 15. out. 2016.

⁹³ GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras e supervisão ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 198.

Ela é compatível com o novo regime jurídico de direito administrativo, que acompanha os novos paradigmas do Estado Regulador. Ela torna o sistema mais maleável, flexível e enseja o seu aperfeiçoamento, na medida em que se inspira em outros sistemas e nele próprio, realizando os ajustes necessários.

No lugar da imperatividade verifica-se, com a reflexividade, o consenso, o diálogo entre a Administração Pública e os agentes do mercado. Ambas as partes realizam tratativas cujo resultado enseje a satisfação de ambas e o cumprimento de possíveis obrigações que derivem dos acordos firmados. Entendimentos são facilitados, negociações são viabilizadas, criando soluções que se adaptam às situações concretas.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E REGULAÇÃO

3.1 O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

Conforme mencionado linhas acima (item 2.3.1), o Estado brasileiro é dual, uma vez que visa o bem-estar social e o desenvolvimento econômico. Este tipo de configuração estatal é consagrado em diversos dispositivos do texto constitucional, entretanto, aquele que evidencia da melhor maneira este postulado é o art. 23, parágrafo único CRFB/88, que elenca a competência material comum dos entes da federação, tanto na administração direta, indireta, autárquica e fundacional para a execução das políticas públicas. No que se refere ao campo econômico, cumpre tecer alguns comentários de grande valia para o entendimento da dinâmica deste capítulo.

Inicialmente, ao longo do período em que vigeu o modelo de Estado Social (ou Intervencionista) a atuação da Administração Pública no domínio econômico deu-se de forma direta. Isto é, o Estado prestava serviços públicos essenciais e atuava no campo econômico por meio de pessoas jurídicas por ele criadas no intuito de monopolizar a atividade econômica de produção de utilidades públicas (bens e serviços essenciais) – resultando no que se denomina de monopólio natural – avocando para si a tarefa de atuar em setores importantes para o desenvolvimento nacional. Naquele momento, o Estado assumiu o papel de empresário por questões estratégicas, sobretudo para promover a sua soberania, e prover infraestrutura, bens e serviços essenciais no intuito de fortalecer o sistema capitalista implantado.⁹⁴

A intervenção direta do Estado se deu por diversos instrumentos jurídicos e econômicos. Para os fins deste trabalho cabe apenas mencionar a importância dada à regulação endógena.⁹⁵ Por meio dela, as empresas estatais seriam criadas para atingir as seguintes finalidades: (i) atuação direta no mercado fornecendo bens e utilidades essenciais ou estratégicas; (ii) exercer a regulação do respectivo setor econômico e das atividades dos agentes privados. A regulação endógena foi um dos instrumentos utilizados pelo Estado brasileiro durante sessenta anos, mais precisamente entre as décadas de 1930 e 1990, período no qual a política industrial do país refletiu na regulação concentrada.⁹⁶

⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 72-74.

⁹⁵ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 27.

⁹⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 130.

O clima histórico deste período justifica a ideia de que a configuração do Estado empresário refletiu no âmbito do direito administrativo. A elaboração de um regime jurídico arrimado em dois grandes princípios – supremacia do interesse público sobre o interesse particular e indisponibilidade, pela administração, do interesse público⁹⁷ – serviu de base para a execução das políticas de industrialização nacional, legitimando a possibilidade do Estado assumir posição de destaque no mercado por meio das suas companhias.

O Estado empresário brasileiro surge a partir dos anos 1930. O Banco do Brasil transformou-se em agente de programas de desenvolvimento. Na década de 1940 surgem as empresas estatais Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia Vale do Rio Doce, Fábrica Nacional de Motores, Companhia Nacional de Álcalis e Companhia Hidrelétrica do São Francisco. Nos anos 1950 foi a vez do atual Banco Nacional do Desenvolvimento, Banco do Nordeste, Petrobras e Eletrobrás. Na década de 1960 emergem a Embratel, Telebrás, Siderbrás e as subsidiárias da Petrobras.⁹⁸

No âmbito autárquico falava-se do Instituto Nacional do Sal (1940), Instituto Nacional do Pinho (1941) e Instituto Nacional do Café (1952). Tais órgãos tinham, além da natureza jurídica de autarquias, as seguintes características: (i) aproximação com a Presidência da República; (ii) inexistência de mandato definido para os seus dirigentes; (iii) não eram dotadas de poder normativo; e (iv) não estavam abertos para a participação da sociedade. A realidade dos Institutos no Brasil industrial era aquilo que mais se aproximava do modelo atual de agências reguladoras.⁹⁹

Em verdade, a atuação direta do Estado no domínio econômico derivava do imperativo de desenvolvimento da grande parte dos setores da economia brasileira, que, de fato, eram carentes. Diversos campos da indústria não eram autossuficientes. Seus agentes não eram grandes nem suficientemente aptos para estabelecer um clima de competição. Ademais, a inexistência de infraestrutura apta para a movimentação de mercadorias para todos os rincões do país ensejava a interferência da Administração Pública.¹⁰⁰

Atualmente o panorama mudou. Um dos únicos resquícios do *modus operandi* da intervenção direta no domínio econômico nos dias de hoje pode ser percebido, por exemplo, na atuação da

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 70.

⁹⁸ NOBREGA, Mailson da. Brasil: um novo horizonte. ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 286-287.

⁹⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. **R. Opin. Jur.** Fortaleza, jan./dez. 2015, ano 13, n. 17, p. 289.

¹⁰⁰ NOBREGA, Mailson da. *Op. cit.*, 2005, p. 286-287.

Petrobras, que comanda o estabelecimento da política de preços e abastecimento no setor de combustíveis.

Dado todo o panorama histórico e a permanência deste paradigma ao longo de 60 anos, o fato é que a implementação do modelo de intervenção direta do Estado na economia e a condução das políticas macroeconômicas resultaram na falência das instituições do país. A existência de um rol de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 garantidos por princípios como o da vedação do retrocesso fazia com que o Estado, ao passo em que se endividava para efetivá-los, também ficasse entrincheirado.

O dilema estava posto: como o Estado deve continuar a promover a efetivação dos direitos fundamentais sem, contudo, retroceder quanto à sua garantia constitucional? E, mais: como reformar a máquina estatal diante do panorama hermético vivido, com o excesso de formalismo existente no direito público brasileiro?

Os serviços públicos ao encargo do Estado possuíam falhas grotescas, as empresas estatais encontravam-se sucateadas e o rombo nos cofres públicos era imenso. A dívida externa do país era assombrosa, e mais assombrosas ainda eram a inflação e a dívida interna. A falência decretada dos serviços públicos e o rombo no orçamento ensejavam a mudança de paradigmas. A resposta às perguntas formuladas acima marcam o fim da chamada era pré-direito regulatório.¹⁰¹

Desse modo, antes de realizar a transição de ideias deste tópico, cabe abrir um importante parêntese para que se entenda a proposta deste trabalho monográfico. Como visto anteriormente, a intervenção direta do Estado na economia se dava pela operação *in loco* das atividades mercantis. Por outro lado, a intervenção indireta do Estado no domínio econômico possui uma faceta diferenciada. A atuação estatal passa a se dar no fomento das atividades, normatizando-as, fiscalizando e exercendo o papel de planejamento e monitoramento da economia, influenciando por indução ou coerção na conduta dos autores privados do setor da economia regulado.¹⁰² A retirada do Estado do exercício da atividade econômica não significa uma redução do intervencionismo estatal. Muito pelo contrário, existe uma mudança na qualidade do intervencionismo estatal visando a promoção do desenvolvimento.

¹⁰¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. **R. Opin. Jur.** Fortaleza, jan./dez. 2015, ano 13, n. 17, p. 289.

¹⁰² AZEVEDO MARQUES. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 74.

Posto isso, o Brasil inicia a reforma do Estado caminhando para o modelo da intervenção indireta na economia. A mudança se dá, principalmente, a partir das diretrizes construídas pelo “Consenso de Washington”¹⁰³ – estruturado a partir das ideias liberais de Friederich Hayek, Milton Friedman, James Buchanan e Mancur Olson Jr. –, que contou com a participação do Departamento do Tesouro, do *Federal Reserve*, do Departamento do Estado – todos dos Estados Unidos –, dos Ministros das Finanças do G7 (atual G8), pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial entre outros importantes bancos do mundo. O Consenso trouxe dez reformas básicas a serem realizadas pelos países em desenvolvimento:

- 1) disciplina fiscal; 2) mudança de prioridades das despesas públicas, de forma a reduzir os subsídios; 3) reforma tributária; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação da taxa de cambio pelo mercado; 6) liberalização d comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; 10) ampliação da segurança patrimonial, a partir do fortalecimento do direito de propriedade.

Movido por tais diretrizes – que ensejariam a entrada de investimentos externos e financiamentos juntamente ao Banco Mundial – o governo federal, chefiado na oportunidade por Fernando Henrique Cardoso, promoveu uma ofensiva no Congresso Nacional.

Durante a segunda metade da década de 1990, e, portanto, antes do aniversário de 10 anos da Constituição Federal de 1988, foram promulgadas as Emendas Constitucionais nº 5/95; 6/95; 7/95; 8/95; 9/95; 19/98, todas elas no intuito de desestatalizar a economia, abrir o mercado para o capital estrangeiro e privatizar as empresas prestadoras de serviços públicos. A privatização de setores cardeais da economia brasileira ensejava a criação de órgãos reguladores independentes, dando dinamicidade à fiscalização do mercado.

Com isso a Administração Pública sofreu um processo de descentralização estrutural,¹⁰⁴ a partir da criação de “órgãos” reguladores destinados a normatizar, fiscalizar e garantir a qualidade da prestação de serviços públicos delegados à iniciativa privada. O objetivo central era o de definir as funções de regulador e de regulado a partir da separação de funções pelo instituto da delegação. Assim, cria-se no direito regulatório uma relação tripartite entre (i) Estado regulador; (ii) empresas reguladas; e (iii) o consumidor.¹⁰⁵

¹⁰³ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladoras. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2015, vol. 268, p. 167.

¹⁰⁴ SHAMIR, Hila. **The public/private distinction now: the challenges of privatization and of the regulatory state**, p. 37. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426166>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 85.

Percebeu-se ao longo do processo que a nova função da Administração Pública era menos custosa e mais eficiente, visto que o papel de terceiro regulador em face dos agentes do mercado não demandava vultosos custos operacionais e investimentos tecnológicos para a prestação de serviços como anteriormente ocorria.

O intuito da reforma do Estado brasileiro era claro: a partir da saída de cena da Administração Pública do mercado, o intuito era o de promover o aumento da concorrência e de investimentos estrangeiros em busca do desenvolvimento nacional. O Brasil se reservou a estruturar órgãos reguladores com a função promover a organização dos setores da economia, diminuindo os vultosos gastos que a máquina estatal possuía com a intervenção direta na economia, ao mesmo tempo em que poderia se dedicar à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão.

A diminuição do Estado ensejou a assunção de uma nova função: a de supervisão pública¹⁰⁶. Os serviços essenciais ligados à saúde, educação, cultura, bem-estar coletivo e defesa do meio ambiente continuavam sob a tutela da máquina estatal, evitando-se a mercantilização dos direitos fundamentais.¹⁰⁷

Com o surgimento da primeira agência reguladora brasileira, a ANEEL (1996), nasce, de fato o direito regulatório brasileiro. Segundo José Vicente Santos de Mendonça, o direito regulatório brasileiro nasce como ramo autônomo do direito. Tal fase é chamada de conceitual-constitucional pelo autor.¹⁰⁸

Nesse momento, a doutrina brasileira preocupou-se em construir as bases fundacionais do novo modelo de Estado, como os operadores do direito tratariam a matéria e quais seriam os limites da atuação das agências reguladoras. Segundo as leis à época sancionadas, as agências reguladoras seriam autarquias de regime especial.¹⁰⁹ A pesquisa daquele momento se preocupava em desvendar qual era, de fato, este regime especial e quais eram os reflexos desta constatação no ordenamento jurídico.

A configuração de todos os novos elementos resulta numa clara assertiva: nasce, no Brasil, no mesmo movimento da economia internacional, o Estado regulador. A partir deste modelo de

¹⁰⁶ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51.

¹⁰⁷ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladoras. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2015, vol. 268, p. 157.

¹⁰⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, jan./dez. 2015, ano 13, n. 17, p. 291.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 150.

gestão, a nação passa às mãos do particular a execução dos serviços públicos nos quais via a possibilidade de melhora estrutural a partir do planejamento estratégico dos órgãos reguladores. As notas que definem a mudança são resumidas com maestria por Gaspar Ariño Ortiz:

Expresándolo en términos jurídicos, diremos que el cambio esencialmente ha consistido en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones administrativas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, lo que significa libertad de entrada (previa, en su caso, autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de “servicio universal”, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, libertad de inversión y régimen de competencia abierta, como en cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (ya no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos).¹¹⁰

O modelo de gestão estatal é, portanto, substituído. Passa-se de uma intervenção direta (Estado empresário) para um modelo gerencial, calcado na avaliação de desempenho e intervenção condicionante da eficiência a partir da análise de impacto regulatório. Não se fala mais em um Estado mínimo ou num Estado providência, mas num Estado regulador, que planifica a economia e visa a eficiência do mercado.¹¹¹ Passou-se a prestação de serviços públicos mais impactantes ao interesse público às mãos da iniciativa privada, porém estas doravante devem se submeter às regras e diretrizes emanadas das agências reguladoras, tal como se deu na Europa.¹¹²

Ao passo em que o Estado se desincumbira da atuação direta da economia, a Administração Pública assume uma função garantidora, visto que deve vigiar o funcionamento dos setores privatizados e garantir o gozo dos direitos dos cidadãos, que ao mesmo tempo deveriam se beneficiar da qualidade dos serviços públicos prestados. O Estado regulador concilia, pois, as liberdades econômicas e concorrenciais com os objetivos do bem-estar social e econômico e desenvolvimento.¹¹³

Quanto aos instrumentos utilizados para os novos fins visados pelo Estado, Floriano de Azevedo Marques Neto entende que:

¹¹⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. Privatización, liberalización y desregulación: balance de un proceso (1989-2010). **Revista brasileira de direito público**. Belo Horizonte, out./dez. 2014, ano 12, n. 47, p. 13.

¹¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007, p. 481-482.

¹¹² MAJONE, Giandomenico. As transformações do estado regulador. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2013, vol. 262, p. 14.

¹¹³ OLIVEIRA, Paulo Augusto de Oliveira. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016, p. 25.

os instrumentos jurídicos aptos à nova regulação estatal caracterizam-se como sendo entes administrativos dotados de autonomia e independência, que assumem, em nome do poder político, a função de regulador um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses meta individuais. São dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos adstritos a um dado setor da vida humana).¹¹⁴

Portanto, a relação entre a Administração Pública e o administrado deixou de ser analisada sob a visão Estado-administrado, numa adjetivação *top-down*, marcada pela unilateralidade dos comandos estatais autoritários, para ser rascunhada num esquema *bottom-up*,¹¹⁵ pelo qual a o órgão regulador toma o cidadão como consumidor – e que, como tal merece um tratamento diferenciado – e busca atender aos anseios dos *players* regulados, exercendo um papel de mediador, realizando as adequações necessárias ao contexto social do país.

Para se entender, portanto, o que é o Estado regulador, deve-se compreender que dentro do paradigma dualista de estado de bem-estar e desenvolvimento econômico, a nação neste último campo deixa de atuar diretamente sem, contudo, olvidar-se de garantir ao administrado a fiscalização dos serviços e a efetivação dos direitos fundamentais. Muda-se apenas o modo de agir estatal: de empresa para planejador.

3.1.1 Características, pressupostos, objetivos e instrumentos

Segundo Marçal Justen Filho, o modelo de Estado regulador está baseado em quatro características, que lhe asseguram natureza própria e que o distingue dos demais modelos vigentes no curso da história. O Estado propõe a extensão de concepções desenvolvidas na iniciativa privada ao âmbito do serviço público. A Administração Pública, agora, apenas participa das atividades de segurança, educação, seguridade social, tudo no intuito de evitar a mercantilização dos direitos fundamentais do cidadão, como também afirma o autor.¹¹⁶

¹¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 84.

¹¹⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. As transformações da regulação jurídica na sociedade contemporânea: a governança como paradigma. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2016, vol. 12, p. 252.

¹¹⁶ FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 672-673.

Primeiramente, o modelo regulador é caracterizado pela forte racionalidade econômica, de modo que há uma transferência para a iniciativa privada daquelas atividades nas quais o Estado possa ver melhora na execução e eficiência na planificação.¹¹⁷

Em segundo lugar, o novo paradigma estatal privilegia a competência regulatória, com a manutenção da atuação do Estado na economia, mas de modo indireto, imbuído das atividades de normatização, fiscalização e garantia da qualidade dos serviços.¹¹⁸

A terceira característica suscitada pelo autor reside no fato da Administração Pública voltar-se não apenas a atenuar ou eliminar os defeitos do mercado.¹¹⁹ Pode o Estado intervir para propiciar a realização de valores de natureza política ou social. O Estado deve evitar a simples busca do lucro pelos agentes privados atuantes no mercado.

Já a quarta peculiaridade consiste na institucionalização de mecanismos de regulação.¹²⁰ O Poder Público deixa de se valer de um regramento estático para passar a utilizar um conceito de regramento dinâmico. A regulação faz com que não se deixe de debruçar sobre o momento da efetiva aplicação das normas criadas. Muito pelo contrário, na aplicação cotidiana dos mecanismos regulatórios reside a atenção redobrada do Estado.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, o papel regulador do Estado difere da intervenção direta no domínio econômico quanto aos pressupostos, objetivos e instrumentos a partir da redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma de intervenção.¹²¹

A diferença quanto aos pressupostos reside no caráter de mediação do novo agir do Estado, diferentemente da forma como se dava anteriormente, quando o Poder Público impunha objetivos e comportamentos a partir de um comando de autoridade. Neste caso, a mudança de paradigmas se dá a partir do momento em que a regulação passa a ser mais qualificada, uma vez que se torna mais adequada às necessidades e perspectivas da sociedade civil.¹²²

Quanto aos objetivos, estes passam a se identificar com os anseios da sociedade, que doravante são considerados cidadãos-consumidores, ao contrário do que ocorria com a

¹¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁰ FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 672-673.

¹²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR**, p. 12. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>> Acesso em: 17 out. 2016.

¹²² *Ibidem, loc. cit.*

intervenção direta, na qual se visava apenas e tão somente o interesse da Administração Pública.¹²³

A instrumentação da atividade regulatória também demonstra as diferenças quanto àquela utilizada na intervenção direta estatal, visto que, ao passo em que nesta os atos administrativos tendiam a ser desconectados da realidade, as ferramentas utilizadas pelo Estado regulador devem ensejar a interlocução com os agentes que atuam no setor regulado.¹²⁴

Paulo Augusto de Oliveira elenca as seguintes finalidades do Estado Regulador: (i) garantia da prestação de serviços públicos, assegurando a sua continuidade e disponibilidade; (ii) promoção da concorrência; (iii) promoção dos direitos do cidadão enquanto consumidor; (iv) convergência entre os interesses públicos e privados, havendo o equilíbrio de anseios de ambos os lados da relação jurídica.¹²⁵

Percebe-se, portanto, que a mudança estrutural do Estado enseja o abandono da doutrina francesa unitária e coerentemente hermética do direito administrativo dos oitocentos e novecentos, que disciplinavam uma relação entre Administração e administrados no esquema *top-down*, para um novo paradigma, em que as relações são rascunhadas em um formato *bottom-up*. A supremacia do interesse público, nos moldes estruturadas pela doutrina clássica do direito administrativo, uma vez reposicionado para a fase de potência do Poder Constituinte originário, permite uma casuística ponderação de interesses, utilização de diversas ferramentas ou, até mesmo, barganhas que ao final beneficiarão os consumidores.

A exposição feita deixa clara a posição de mediação que o Estado assume a partir da adoção dos novos instrumentos de regulação, buscando cooperar para o desenvolvimento do mercado e da economia. O modelo de administração gerencial não permite, portanto, o afastamento completo do mercado, e sim um diálogo diuturno.

3.1.2 Crise do Estado Regulador

¹²³ *Ibidem*, p. 13.

¹²⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹²⁵ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista digital de direito administrativo**, 2016, n. 1, vol. 3, 2016, p. 174-179.

A mudança do modelo estatal promoveu bons resultados na economia. Houve o incremento da concorrência, a melhora na qualidade dos serviços prestados, o cidadão passou a ser ouvido como consumidor. Por outro lado, o novo paradigma, instaurado há menos de 40 anos em todo o mundo, necessita de ajustes. Trata-se de uma questão central do período eficaz do direito regulatório brasileiro e mundial.¹²⁶

Em 1990, Cass Sustein alertou para os paradoxos do Estado Regulador. O autor apontou para o fato da existência de estratégias regulatórias autodestrutivas, que culminariam, ora em resultados opostos àqueles desejados pelo regulador, ora que levassem em consideração os interesses de um dado governo em troca de apoio político.¹²⁷

Sustein, apesar de apontar para os problemas do Estado Regulador, elencando as políticas autodestrutivas, não advoga pelo abandono da regulação do mercado por inteiro. Ao revés, o autor expõe medidas que poderiam reestruturar o panorama institucional, de modo a alcançar os objetivos traçados pela Administração Pública.¹²⁸

Para os fins deste trabalho, cumpre por em relevo três aspectos paradoxais referidos pelo autor, quais sejam: (i) o excesso de regulação resulta numa regulação aquém; (ii) uma regulação restritiva de novos riscos pode aumentar os níveis de risco agregado; e (iii) agências independentes não são independentes.¹²⁹

No primeiro caso, uma regulação agressiva produziria poucos resultados no mercado. Os controles impostos pelo congresso americano resultam na erradicação do custo-benefício das transações comerciais no mercado regulado.

Em segundo lugar, o fato do governo americano, por questões políticas, reduzir o peso da regulação para os fatores de risco antigos e promover a restrição regulatória para os fatores de risco novos desencoraja a inovação e perpetua os antigos fatores, inibindo, portanto o desenvolvimento do mercado.¹³⁰

Por último, o autor atenta para o fato de que as agências reguladoras independentes não seriam tão independentes. A influência política do governo ou de fortes agentes do mercado

¹²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, jan./dez. 2015, ano 13, n. 17, p. 292.

¹²⁷ SUSTEIN, Cass R. Paradoxes of the regulatory state. **University of Chicago law review**, vol. 57, iss. 2, article 4, p. 412 Disponível em: <<https://chicagobound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/4>>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹²⁸ SUSTEIN, Cass R. Paradoxes of the regulatory state. **University of Chicago Law Review**, vol. 57, iss. 2, article 4, p. 413. Disponível em: <<https://chicagobound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/4>>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 411

poderiam minar o poder normativo das agências, que tem como características primordiais o afastamento do centro político, a experiência e a sofisticação técnica.¹³¹

Apesar do prenúncio do problema desde há muito, o modelo regulatório americano e europeu, com seus respectivos problemas estruturais, foi um dos fatores determinantes para a crise no mercado financeiro do ano de 2008.¹³²

Seja pela falta de regulação nos Estados Unidos da América, seja pelo engessamento do regulador na Europa,¹³³ o fato é que a crise financeira se alastrou em proporções inimagináveis, espalhando os seus efeitos inclusive nos países emergentes, como o Brasil.

Diante de todas as falhas e excessos de regulação relatados nos folhetins econômicos, a discussão que toma conta do centro de debate acadêmico não é acerca da necessidade de substituição do Estado Regulador por outro paradigma. Em que pese haja ocorrido um desastre de grandes proporções, a pedra de toque para a resolução do problema reside na intensidade que deve se dar a regulação estatal.¹³⁴

Nessa toada, os debates giram em torno da implementação de novos instrumentos de regulação econômica e de controle da Administração Pública. Apesar da crise financeira de 2008 ter afetado o Brasil apenas por reflexo, por aqui a questão não é olvidada.

Segundo Paulo Augusto de Oliveira, diante de todo o ocorrido é necessária a criação de um Estado mais robusto, com melhores instrumentos regulatórios. Promover-se-á um amplo diálogo entre o Estado e o Mercado, a partir de um *new regulatory framework*. Havendo uma harmonização regulatória, que leve em conta uma adaptabilidade do direito aos anseios sociais e um policentrismo regulatório – derivado dos subsistemas que o direito regulatório naturalmente cria – o Estado passaria a reconstruir-se, passando a desenvolver suas potencialidades. Entrem em debate novos instrumentos como a *responsive regulation*, a *really responsive regulation* e o *risk-based regulation*, e os instrumentos de *soft law*, por exemplo.¹³⁵

¹³¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹³² OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista digital de direito administrativo**. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2016, n. 1, vol. 3, p. 172.

¹³³ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁴ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista digital de direito administrativo**. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2016, n. 1, vol. 3, p. 176.

¹³⁵ *Ibidem, p. 171.*

3.2 AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

3.2.1 Natureza jurídica

A necessidade do Estado influir na economia de forma profunda e constante, não pode ser confundida com a obrigatoriedade de tal ação se dar de forma direta por um dos Poderes da república. Confere-se às autoridades encarregadas desta intervenção uma certa dose de autonomia em face do poder político¹³⁶. Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro¹³⁷, a agência reguladora

é uma espécie de substituto processual da sociedade, da coletividade de usuários de serviços, do público consumidor dos serviços, e para tanto se insere numa espécie de investidura peculiar, que não deve desafiar as estruturas institucionais clássicas do direito público brasileiro.

As agências reguladoras independentes é o principal instrumento pensado para a atuação do Estado brasileiro na economia. Sua criação decorre da mudança do papel do Estado de operador dos serviços públicos à regulador do mercado. Para tanto, algumas condições devem ser observadas.

O surgimento de agências idôneas e aptas a exercerem suas funções de regulação estava condicionada à separação da estrutura dos poderes estatais do mercado regulado. A necessidade de afastar as eventuais interferências políticas do Poder Público ou da iniciativa privada garantiria a lisura da nova organização e atrairia investimentos externos para o Brasil, principalmente a partir da compra de ativos estatais decorrentes do processo de privatização em curso ao longo dos anos 1990.¹³⁸

O fato das relações jurídicas e da organização dos mercados terem se tornado cada vez mais complexas ensejava a criação de um órgão regulador dotado de capacidade técnica para fiscalizar e planificar a atuação dos agentes da iniciativa privada. Não cabia mais à Administração Pública outro papel senão o de negociador e planificador.¹³⁹

¹³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.18.

¹³⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 431.

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 24.

¹³⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

O Governo, então, passou a capacidade de controle e decisão sobre aspectos técnicos para as Agências reguladoras. A regulação passou de assunto de governo para agenda de Estado.¹⁴⁰ Tais “entidades com tarefa tipicamente de Estado”¹⁴¹ surgem necessidade da prestação de serviços públicos de qualidade não pode ser submetida aos devaneios políticos de um dado governo.

A ferramenta técnica encontrada pelo direito administrativo foi a descentralização de tais entidades da administração pública direta. As agências reguladoras são autarquias de regime especial, integrando a administração pública indireta do ente político ao qual compete a prestação do serviço público, segundo a Constituição. Pode, portanto ser criada nos três níveis de governo da federação.¹⁴² Trata-se de entidade com personalidade jurídica de direito público.

A independência reivindicada em sua nomenclatura merece considerações. A independência em qualquer ente administrativo não é possível em termos jurídicos, visto que no mundo do direito pode-se falar apenas em autonomia. A iniciativa de declarar a independência das agências reguladoras decorre muito mais do objetivo de enfatizar o desejo de autonomia das em face do Poder Executivo do que qualquer questão de natureza técnica. A caracterização das agencias reguladoras como entidades autárquicas, *per se*, resulta no gozo da tão desejada autonomia.¹⁴³

Cumprido, por outro lado, perquirir pelo que se entende como regime especial destas autarquias. Este se caracteriza, basicamente, pelo fato de que tais órgãos diferenciam-se das autarquias ordinárias a partir do momento em que o seu qualitativo enseja a modificação do quadro geral de tais entidades a partir das normas constantes da lei criadora de cada uma das agencias reguladoras.¹⁴⁴

A ideia subjacente a tal distinção reside na conferência de maior segurança, estabilidade e prestígio às decisões tomadas no seio das agências reguladoras, assegurando que tais atos

¹⁴⁰ GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras e supervisão ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 360.

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, 2006, p. 19.

¹⁴² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 428-429.

¹⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 24.

¹⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 133.

sejam qualificados pela tecnicidade, e não pelo teor político, visando alcançar uma neutralidade regulatória.¹⁴⁵

Tal regime especial das agências reguladoras decorre de duas características: (i) a existência de mandatos fixos dos seus dirigentes, com definitividade de suas decisões no âmbito de regulação; (ii) a atribuição de autonomia normativa para disciplinar os serviços públicos objeto de delegação (por concessão ou permissão) à iniciativa privada.¹⁴⁶ Ademais, as agências reguladoras qualificam-se, também, pela ausência de subordinação hierárquica e autonomia administrativa, financeira e patrimonial.¹⁴⁷

A definição deste regime jurídico especial, com todas as peculiaridades a ele subjacentes, só reforça o caráter de um novo direito administrativo, propenso a aproximar o Estado e a sociedade a partir do exercício especializado de tais competências, fazendo com que o Estado se torne mais descentralizado e flexível ao buscar operar no âmbito econômico.¹⁴⁸

3.2.2 Maior estabilidade dos gestores

A maior estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras é de suma importância para a sustentação do sistema. Por meio dela os gestores são nomeados pelo Presidente da República, passando por aprovação do Senado Federal, para um mandato por tempo determinado. Isso significa, primeiramente, que os gestores destas autarquias não são e nem poderão ser demissíveis *ad nuntum*.¹⁴⁹

A Lei nº 9.986/00, dispõe acerca da gestão de recursos humanos nas agências reguladoras brasileiras. Segundo o art. 4º do aludido diploma, estas são estruturadas a partir de um Conselho Diretor ou Diretoria compostas por conselheiros ou Diretores. Destes, um será escolhido como Presidente ou Diretor-Geral.

Para assumirem o cargo, o art. 5º da Lei nº 9.886/00 exige que os diretores devem ter as seguintes qualificações : (i) ser brasileiro; (ii) possuir reputação ilibada; (iv) possuir formação

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 134.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 178.

¹⁴⁸ MOREIRA, Joao Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 199.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 542.

universitária; e, não menos importante, (v) possuir elevado conceito no campo de especialidade para o qual é indicado.

O art. 8º da Lei 9.986/00 prevê o que a doutrina tem chamado de “quarentena”.¹⁵⁰ Trata-se de período pelo qual o ex-dirigente da agência reguladora deverá se abster de qualquer tipo de recrutamento por parte dos agentes do mercado que por ele foi regulado durante o seu mandato. Neste período, sua vinculação com a autarquia ainda se faz presente, sendo por ela remunerado em caráter indenizatório.¹⁵¹

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵² levanta importante questão acerca da garantia dos mandatos. O autor alega que estes não devem se estender para além de um mesmo período governamental. Pondera que conduta de tal jaez resultaria em “engessar a liberdade administrativa do futuro governo”.¹⁵³

Em que pese seja autor de venerável doutrina, com a devida vênia discorda-se de tal posicionamento. Para as premissas apontadas por este trabalho, qual seja, a de que as agências reguladoras são órgãos de Estado, e não de Governo, inclusive seguindo tarefas de Estado, levar a cabo o posicionamento do autor resultaria naquilo que justamente se quer evitar: a politização do agente regulador.

A regulação exige um ambiente extremamente técnico e despolitizado para que se possa realizar as atividades necessárias para a ordenação da economia. A quebra de qualquer um desses pressupostos culmina por arruinar o sistema, desvirtuando os valores a eles ínsitos e prejudicando os usuários- consumidores dos serviços prestados no respectivo mercado, resultando, por fim, na inefetividade dos direitos fundamentais aos quais se prestam o a fiscalização e a garantia da qualidade do objeto de regulação.

3.2.3 Autonomia normativa

Para o estudo do tema, é essencial identificar o que se entende por (i) regulamentação e (ii) regulação, sobretudo porque o baralhamento de conceitos, além de resultar numa imperdoável

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 543.

¹⁵¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 85-86.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 179.

¹⁵³ *Ibidem*, *loc. cit.*

confusão de ordem teórica e prática, diante da pragmática da comunicação normativa,¹⁵⁴ o sentido de tais palavras refletem o intuito de diferenciação por parte do constituinte brasileiro.

A regulamentação é função de natureza política atribuída ao chefe do Poder executivo para que se possa editar atos normativos que aprofundem os ditames da lei. A competência regulamentar consiste na especificação, na complementação da norma de hierarquia superior por normas inferiores (decretos, portarias entre outros),¹⁵⁵ estruturando-se a partir do postulado do respeito à “reserva de lei”.

Segundo Hely Lopes Meirelles,

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV) e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.¹⁵⁶

Atualmente, no direito administrativo brasileiro é possível mencionar duas espécies de regulamento: os de execução e os autônomos (ou independentes)¹⁵⁷. Aqueles, tradicionalmente, devem obedecer de maneira estrita os comandos da norma hierarquicamente superior,¹⁵⁸ enquanto os últimos só podem ser editados em duas oportunidades: (i) para dispor acerca da organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique em aumento de despesa ou resulte na extinção de cargos públicos; (ii) para a extinção de funções ou cargos públicos, desde que haja vacância.¹⁵⁹

¹⁵⁴ A pragmática da comunicação normativa se estrutura, basicamente sobre três conceitos: sintaxe (derivada da conjunção dos signos entre si); semântica (conexão entre signos e objetos); e pragmática (conexão situacional nas quais o signo é utilizado. Ex.: a palavra “mesa” quando utilizada por um membro do Poder Legislativo para se referir ao órgão diretor da casa a qual pertence). (FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7).

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e seu poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 66.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 143.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 144.

¹⁵⁸ Art. 84, IV CRFB/88. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.)

¹⁵⁹ Art. 84, VI, alíneas “a” e “b” CRFB/88 (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.)

Sendo assim, a diferença entre o poder legiferante e o poder regulamentar reside no fato de que o primeiro é primário e decorre da Constituição, ao passo que o segundo é secundário e emana dos atos derivados do Poder Legislativo, pautando-se nos limites da Lei.¹⁶⁰

Por outro lado, pelo signo “regulação” compreende-se um plexo de atribuições de natureza técnica relativas às agências reguladoras, envolvendo basicamente três funções essenciais para a ordenação da economia: normativas (*regulation by rulemaking*)¹⁶¹, administrativas (*regulation by adjudication*)¹⁶² e jurisdicionais (ex.: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de resolução de conflitos entre os *players* do setor).¹⁶³

A distinção entre regulação e regulamentação é feita com maestria por Marcos Juruena Villela Souto, que obtempera:

Vale, no entanto, frisar, inclusive para fins de controle concentrado da constitucionalidade de atos normativos regulatórios, que mesmo no exercício da regulação normativa não há usurpação de função normativa regulamentar. Isto porque a regulação não se confunde com a regulamentação privativa do Chefe do Poder Executivo; primeiro, porque a regulação não se limita à produção de normas (envolvendo a regulação executiva e a regulação judicante); depois, porque é técnica e não política e deve ser destinada a uma coletividade e não à sociedade em geral. Mais importante, é fruto de uma decisão colegiada que pondera entre os vários interesses em jogo (e não apenas à luz de uma orientação política majoritária).¹⁶⁴

Este segundo segundo aspecto do regime especial das agências reguladoras brasileiras decorre do comando do art. 174, *caput* CRFB/88, que atribui competência normativa e regulatória ao Estado, instituindo os deveres de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica. Às agências toca a incumbência de avaliar o contexto econômico, identificar problemas futuros e definir as providências cabíveis a serem tomadas. Tais atividades resultam da criação de um projeto, que deve ser executado com máxima cautela pelo regulador.¹⁶⁵

A autonomia normativa das agências reguladoras deve ser vista *cum grano salis*, uma vez que não se pode confundi-la com as características do poder regulamentar, de competência do Chefe do Poder Executivo. Ao contrário do que se dá de maneira clássica – quando os atos

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, 2011, p. 60.

¹⁶¹ Tradução livre: Regulação por atos normativos gerais e abstratos.

¹⁶² Tradução livre: Regulação por atos concretos.

¹⁶³ FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 675.

¹⁶⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 96.

¹⁶⁵ FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 677.

infralegais apenas dão clareza ao sentido da letra da lei –, os atos normativos emanados das agências reguladoras podem ir além, inovando no ordenamento jurídico.

Neste sentido, a liberdade de inovação das agências reguladoras brasileiras se dá a partir de comandos normativos previsto numa das leis que editadas em conformidade com a previsão do art. 24, I CRFB/88, não se falando em delegação de poderes para a edição de regulamentos, nos termos do art. 68 CRFB/88.¹⁶⁶ Ou seja, a partir da elaboração da lei, cabe ao regulador o estabelecimento do método pelo qual será realizada a regulação – se por meio de normas (*rulemaking*) ou de atos concretos (*adjudication*), justificáveis de acordo com o conhecimento que o regulador possui sobre a matéria objeto da regulação.

Tal fenômeno jurídico é justificável. A Lei que institui a agência reguladora realiza um processo de “deslegalização” (*domaine de l’ordonnance*), conferindo maior autonomia normativa às autarquias em regime especial, que poderão, então, inovar no ordenamento jurídico estribadas na técnica que ensejou a sua criação.¹⁶⁷ Neste caso, o Poder Legislativo dá, de fato, um “cheque em branco” para o regulador.

A partir da delegação, pode-se concluir que a ampliação do espectro normativo das *agencies* brasileiras resulta da presunção de capacidade institucional de interpretação do ordenamento jurídico brasileiro (vide item 2.3.4), resultando na efetivação do princípio da eficiência, que rege a Administração Pública a partir da sua disposição no art. 37, *caput* CRFB/88.

Isto é, sendo dotadas de amplitude normativa ao secundar a lei, as agências reguladoras possuem maior liberdade para emanar comandos gerais e abstratos, ou, ao revés, concretos, a partir do entendimento do regulador. Nessa toada, não se pode falar mais em discricionariedade, uma vez que este instituto representa técnica legislativa pela qual o legislador vale-se de conceitos fluidos, imprecisos ou elásticos, para que o administrador complete na sua tarefa diuturna de executar a Lei.¹⁶⁸

A obediência da Lei, então, não mais ocorre mediante o aprofundamento e esclarecimento de conceitos, e sim a partir do cumprimento dos seus objetivos, importando numa “efetiva

¹⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, 2011, p. 96.

¹⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e seu poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 17.

consecução dos resultados”.¹⁶⁹ Trata-se do que Luís Roberto Barroso chama de “delegação com parâmetros” (*delegation with standards*).¹⁷⁰

A questão da liberdade de inovação, aqui mencionada, contudo, não é pacífica. Segundo aponta Rafael Carvalho de Oliveira, pode-se identificar no Brasil a existência de duas correntes doutrinárias com posicionamentos diametralmente opostos quando o tema em pauta é a autonomia normativa das agências reguladoras.¹⁷¹

O primeiro entendimento, liderado por Celso Antônio Bandeira de Mello e Gustavo Binenbojm, defende a inconstitucionalidade da amplitude do poder normativo das agências brasileiras, uma vez que haveria uma violação aos princípios da separação de poderes e da legalidade, não sendo possível, assim, a emanação de atos criadores de direitos e obrigações a partir de uma delegação inominada.¹⁷²

Noutro giro, existe uma parte da academia que corrobora com a constitucionalidade do poder normativo amplo, desde que respeitados os *standards* legais, em razão do fenômeno de deslegalização. Deste lado da trincheira encontram-se José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre dos Santos Aragão, Marcos Juruena Villela Souto e Diogo de Figueiredo Moreira Neto.¹⁷³

Entende-se que o segundo posicionamento é mais condizente com as novas peculiaridades trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro com a instituição das agências reguladoras independentes. Com a devida vênia, o pensamento estruturado em modo contrário esbarra nas próprias premissas da existência dos entes reguladores no Brasil, resultando no retorno à estaca zero do problema que deu ensejo à remodelação da atuação Estado brasileiro no domínio econômico. Permitir às agências reguladoras a atuação apenas dentro do âmbito estritamente legislativo resultaria na (re)politização da regulação.

Por tal razão, o risco de captura do órgão regulador pelo poder político aumentaria exponencialmente, contrariando aquilo que se quis evitar ao máximo desde o início para trazer investimentos ao país e, por conseguinte, o desenvolvimento. Uma vez que o Poder Legislativo brasileiro é composto, em parte, por representantes dos grandes grupos de *players* regulados pelo Estado, bem como possui como um dos seus defeitos a morosidade do

¹⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, 2011, p. 69.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *apud Ibidem.*, p. 67.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 150.

¹⁷² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 150.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 151.

processo legislativo, poderia haver sérias restrições normativas à regulação, de modo que o agente regulador ficaria engessado pela intromissão do Poder Legislativo.¹⁷⁴

A controvérsia doutrinária narrada linhas acima demonstra que a dificuldade da adequação das agências reguladoras com o princípio da legalidade estrita existe. Na medida em que a separação política e a tecnicidade são ínsitos aos entes regulatórios, sua atuação por mediação e articulação sofre sérios problemas para se encaixar na moldura normativa imposta pela doutrina clássica do direito administrativo.

Há, de fato, uma profusão de fontes normativas na regulação, acarretando a existência de subsistemas, consequência de um verdadeiro pluralismo jurídico (vide item 2.2.5). Conseqüentemente, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, citando Sabino Cassese, poder-se-ia falar não mais na subordinação ao princípio da legalidade, mas ao Estado de Direito (*règle de Droit*).¹⁷⁵

Portanto, uma vez que a lei instituidora das agências reguladoras define os principais *standards* da regulação (metas e limites da atividade do regulador), o espectro de tomada de decisões do controlador aumenta de maneira imensurável. À caixa de ferramentas do regulador são incorporados novos instrumentos de manejo da economia nacional, desprendendo-o das amarras da tripartição de Poderes e conferindo-o o “sinal verde” para atuar da maneira adequada à efetivação dos princípios da eficiência e da república.

Uma vez que a regulação é um conceito mais econômico do que jurídico, incontáveis medidas podem ser tomadas pelo legislador, desde que se deem com parcimônia.

Pergunta-se, então, qual seria o indicador do comedimento do controlador diante da situação fática que enseja a sua atuação. Bom, a doutrina traz ao conhecimento dos operadores do direito alguns parâmetros. Aquele que encontra-se mais em voga nos dias atuais, e que merece relevado destaque, é a análise de impacto regulatório (AIR).

Por meio da Análise de Impacto Regulatório, o regulador avalia os custos, os benefícios e os efeitos das inovações técnico-científicas que se pretende impor ao mercado. O instrumento afasta qualquer tipo de subjetivismo proveniente de uma decisão. Trata-se, segundo, Marçal

¹⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 89.

¹⁷⁵ CASSESE, Sabino. *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 94.

Justen Filho, de figura obrigatório à ser observado,¹⁷⁶ um requisito de chamada “governança regulatória”.¹⁷⁷

Quanto ao aspecto jurídico, a reflexividade pode resultar na utilização de instrumentos de *hard law* – com normas tradicionais de caráter prescritivo e vinculante – ou de *soft law*, ou seja, comandos que não possuem caráter vinculante, mas que podem produzir – e geralmente produzem – bons efeitos no cenário de regulação.

3.3 REGULUÇÃO

Uma vez destacada a autonomia normativa das agências reguladoras, o próximo passo deste estudo é a explanação de alguns dos instrumentos de ordenação econômica à disposição do regulador no intuito de promover o desenvolvimento do Estado. Diante da autonomia normativa destas autarquias, o regulador brasileiro possui um leque de opções. A regulação possui natureza jurídica e econômica, de modo que a flexibilidade é a sua nota distintiva.

3.3.1 Regulação estatal, regulação pública não estatal e autorregulação

Por regulação estatal entende-se o exercício de ordenação da economia a partir da Administração Direta ou Indireta, neste último caso tendo papel destacado a atuação das agências reguladoras. Trata-se de uma espécie de autorregulação.¹⁷⁸

Já a regulação não estatal decorre de entidades da sociedade civil a partir da delegação normativa ou por incorporação dos seus comandos ao ordenamento estatal. É o caso das entidades esportivas, a partir da previsão do art. 217, I CRFB/88.¹⁷⁹ Por meio da regulação

¹⁷⁶ FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 679.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 259.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 138.

¹⁷⁹ *Ibidem*, loc. cit.

não estatal entidades sociais, normalmente ligadas a um ofício, produzem normas e ordenam a sua atuação.¹⁸⁰

Ambas as modalidades de regulação acima destacadas caracterizam-se por conterem normas estatais de forma direta ou indireta. No caso da autorregulação, esta se caracteriza pela realização por instituições privadas, sem, contudo, haver qualquer tipo de contato com o tecido normativo estatal. A autorregulação pode ser privada, quando não houver influência estatal, ou pública, quando formalizada pelos particulares com a chancela ou reconhecimento pelo Estado.¹⁸¹ A autorregulação não é espécie de regulação interna, na qual o próprio destinatário define o padrão de conduta a partir da norma, mas de uma regulação produzida “por entes privados e voltada à ação de outros entes privados.”¹⁸² É o caso das regulação publicitária e dos selos de qualidade criados por associações de produtores de um dado produto.¹⁸³

3.3.2 Regulação econômica e regulação social

A regulação econômica, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.”¹⁸⁴ Já a regulação social pode ser entendida como aquela que incide sob um determinado objeto de natureza social (ex.: trabalho, saúde, educação).¹⁸⁵

3.3.3 Regulação setorial e regulação transversal

¹⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, vol. 3, p. 424.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. cit.*, 2015, p. 138.

¹⁸² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, vol. 3, p. 127.

¹⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, vol. 3, p. 424.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *apud* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. Cit.*, 2006, vol. 3, p. 143.

¹⁸⁵ *Ibidem, loc. cit.*

No direito regulatório entende-se por regulação setorial (ou horizontal) aquela que se dá, especificamente, no âmbito de um determinado mercado, sendo atingidos apenas aqueles que operam nos setores atingidos (ex.: energia, telecomunicações, transportes aquaviários etc.). Tem por característica a intervenção “contínua e indispensável” na economia.¹⁸⁶

Ao mesmo tempo, compreende-se como regulação transversal (ou vertical) a intervenção indireta destinada à todos os setores da economia, promovendo um ambiente concorrencial propício para o desenvolvimento do país. Sua competência é atribuída a uma autoridade, singular ou colegiada.¹⁸⁷ No Brasil, a competência para o exercício da regulação transversal é do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

3.3.4 Instrumental jurídico da regulação

O Estado regulador vale-se de instrumentos normativos clássicos, de caráter coercitivo, bem como outros de caráter atenuado. Seguindo a doutrina de Marçal Justen Filho, serão elencados, em caráter exemplificativo, aquilo que poderá ser utilizado pelo regulador para atingir os *standards* da lei delegante.¹⁸⁸

3.3.4.1 Comandos normativos

Neste caso, o controlador poderá lançar mão tanto de comandos proibitivos como mandatórios, entendidos estes como soluções clássicas respaldadas por sanções, rememorando o esquema de relação *top-down* entre regulador e regulados. O regulador utiliza-se do binômio prescrição-sanção¹⁸⁹ ou prescrição-prêmio¹⁹⁰ para obter a conduta que entende ser mais condizente com os objetivos adotados no momento do planejamento feito pela agência reguladora. Tais normas fortalecem a segurança jurídica e a paridade de tratamento no âmbito da regulação.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Paulo Augusto de Oliveira. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016, p. 29.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 681.

¹⁸⁹ BINANBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 166.

O limite para a utilização deste instrumento estaria nos casos em que o ordenamento consagra a autonomia privada como elemento essencial para atingir os fins de interesse coletivo, ou quando este modelo possui eficácia extremamente limitada.¹⁹¹

3.3.4.2 Competição

A competição é instrumento pelo qual o regulador condiciona, limita ou altera a conduta dos particulares submetidos à competência normativa das agências reguladoras. Desse modo, o Estado visa alcançar a elevação do padrão de qualidade e reduzir os custos praticados no mercado.¹⁹²

3.3.4.3 Consenso

Por meio do consenso o Estado confere ao particular a oportunidade para se manifestarem acerca de questões de interesse comum, podendo realizar sugestões para o exercício da atividade regulatória e colaborem para a fixação de metas a serem alcançadas pelo setor regulado. Trata-se de hipótese em que a abertura à participação dos *players* antecede o momento de edição de ato normativo unilateral por parte da agência reguladora, reduzindo a litigiosidade e aumentando a adesão.¹⁹³

3.3.4.4. Incentivo

O incentivo decorre da concessão de benefícios na adoção de condutas desejadas pelo Estado de acordo com a política pública que deseja implementar. Nesta hipótese, os regulados podem escolher o seu comportamento diante do comando. Nesse sentido, “a conduta desejada não é qualificada como obrigatória; a conduta indesejável não é definida como proibida.”¹⁹⁴

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2014, p. 682.

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 682.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 683.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 684.

4 O *SOFT LAW* COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

4.1 *SOFT LAW*: CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA

Ao longo do tempo, a Ciência do Direito Administrativo devotou esforços para a construção de um ordenamento jurídico que limitasse ao máximo a intelecção do administrador. As subsequentes reformas no arcabouço normativo resultaram na implementação de técnicas legislativas direcionadas à ampliação da margem decisória do administrador.¹⁹⁵

Nessa empreitada falou-se, por exemplo, do poder discricionário do agente público, entendido como “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”¹⁹⁶. Sua existência derivaria da aposição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados dentro de um corpo de normas emanado do Poder Legislativo, conferindo ao administrador a possibilidade de pensar em diversas hipóteses plausíveis para a resolução de um dado problema em um dado momento.¹⁹⁷

Todavia, não obstante a realização de remanejamentos pontuais na estrutura do direito administrativo – o que, de fato, foi extremamente salutar –, nunca se buscou algo além dos comandos estatais dotados de prescrições vinculantes. Passaram-se décadas olhando-se, com indiferença a outras visões¹⁹⁸, para o direito administrativo oriundo do *hard law*, proveniente do sistema continental europeu e que, como dito no capítulo 2 deste estudo, resultou dos ideais liberais da Revolução Francesa. Com o surgimento do novo braço do direito administrativo, que é o direito regulatório, o dilema se arrasta desde o início da fase conceitual-constitucional e se arrasta até a presente fase eficaz desta nova ramificação.¹⁹⁹

¹⁹⁵ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015 p. 50.

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 53.

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 17.

¹⁹⁸ REIS, Tarcila. **Administrative policy law: a comparative institutional analysis of state reform in Chile, Brazil and Argentina**. Paris: 2013, 234 f. Tese (Pós-doutorado em Direito). Institute d'Etudes Politiques de Paris. Paris, França., p. 22. Disponível em: <<https://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/f6h8764enu2l5kk9p4c4n6506/resources/these-tarcila-reis-2013.pdf>>.

Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁹⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. **R. Opin. Jur.** Fortaleza, jan./dez. 2015, ano 13, n. 17, p. 291.

Dentre tantas características que podem ser atribuídas ao direito legislado, a principal a ser citada é a coercitividade (*enforcement*).²⁰⁰ A partir deste atributo, a estruturação do binômio hipótese-mandamento com caráter vinculante pelo Estado tornou-se o principal meio de modulação da conduta do administrado, refletindo os ideais burgueses no Estado Liberal, passando pelo Estado Social e ainda vigendo no atual Estado Regulador.²⁰¹

Destarte, é exatamente por causa do advento do Estado Regulador que o administrativista deve olhar para outras direções. A disciplina da conduta dos particulares operada apenas pelo *hard law* nem sempre é a mais adequada.

A necessidade da mudança de postura passa pela avaliação da aceitação da norma jurídica. Edvaldo Brito, citando Watzlack, Beavin e Jackson, três grandes estudiosos da pragmática da comunicação humana, relata as peculiaridades das comunicações padrão e patológica. Neste último caso, a efetividade do comando normativo está sujeita a três relações: confirmação, rejeição e desconfirmação.²⁰²

A desconfirmação resulta na ignorância da definição da norma. O direito brasileiro não aceita esta situação. Percebe-se tal posicionamento a partir do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pelo qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.²⁰³ Afasta-se, de plano esta possibilidade. Já a rejeição decorre da não aceitação do conteúdo da lei estatal. Sua consequência é clara pela própria estrutura da norma: dado o descumprimento da hipótese normativa advém a sanção. Por último, pela confirmação, o indivíduo acata o comando normativo respeitando-o e, portanto, refletindo a efetividade do comando estatal.²⁰⁴

Dadas estas premissas, a questão da dinamicidade do poder normativo das agências reguladoras brasileiras reside, então, na maior efetividade de suas normas, que podem ser avaliadas a partir da maior ou menor medida dos índices de confirmação ou de rejeição enquanto patologias da comunicação normativa.

²⁰⁰BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 92.

²⁰¹ BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 92.

²⁰² BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 19-20.

²⁰³ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁰⁴ BRITO, Edvaldo. *Op. cit.*, 1993, p. 19-20.

O fato é que o Estado não deve emitir normas apenas pretendendo sancionar aqueles que incorrem em sua rejeição. Em verdade, a maior preocupação da Administração Pública no âmbito regulatório consiste muito mais em prover seus ditos de maior confirmação, aceitação, do que refrear a conduta do *player* a partir de sanções.

A necessidade de uma relação Administração-administrado estribada num sentido *bottom-up*, que enseja maior diálogo e consenso, é premente e decorre do estado de arte das políticas institucionais do Brasil. A legitimidade das normas de *soft law* emitidas pelas agências reguladoras brasileiras passa não só pela delegação com parâmetros pelo legislador, mas também pela aceitação dos regulados em cumprir os seus comandos, uma vez que acreditam na idoneidade institucional do regulador.²⁰⁵

A questão colocada em pauta gira em torno, justamente da intensidade da regulação. Doravante, diante da maior complexidade das relações jurídicas e do próprio sistema normativo, ao *hard law* (direito duro) pode ser contraposto o *soft law* (ou direito suave). Comparativamente, ao passo em que naquele a vinculação toma conta das relações jurídicas, que estão sob ameaça coercitiva do Estado, neste o regulador busca atingir a um objetivo a partir de uma conduta a ser tomada pelo agente econômico, condicionada a aceitação deste. No direito flexível, a liberdade é um atributo fundamental da regulação. “Pode-se levar o cavalo até a água, mas não se pode forçá-lo a beber”.²⁰⁶

Instrumento mais conhecido no âmbito do direito internacional, no qual uma nação não pode impor sua soberania perante a outra, o *soft law* tem se desenvolvido como instrumento de regulação eficaz. Não se trata de instrumento com natureza de lei, muito menos dela necessita, mas exerce uma certa influencia na política comunitária ou global. Os principais exemplos são as recomendações, *guidelines* e os códigos de conduta ou de padrões, que assinalam para um determinado comportamento esperado no momento da formulação das políticas públicas e que, posteriormente, pode se tornar uma lei, portanto vinculante.²⁰⁷

Os comandos normativos contidos nos diversos instrumentos que veiculam normas de direito flexível decorrem do consenso entre as partes, ou, ao menos, levam em conta os anseios de um determinado grupo social. A escolha se dá pela necessidade da maior agilidade na tomada

²⁰⁵ ALDAY, Rafael Escudero. **El concepto de soft law**, p. 134. Disponível em: <https://www.academia.edu/12249068/El_concepto_de_soft_law>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²⁰⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 117.

²⁰⁷ SHAW, Malcolm M. **International Law**. 6.ed. Cambridge: Cambridge University Press, p. 118.

de decisões, sendo um instrumento de grande valia na tentativa que o direito faz de seguir o progresso tecnológico.²⁰⁸

Em geral, o processo de produção destas normas envolvem a busca da consagração de valores como segurança, meio ambiente, direitos humanos entre outros. O *soft law* no âmbito do direito internacional decorre da prática política não vinculante realizada pelos Estados, dentro e fora das organizações globais, que, por conseguinte, tomaram o lugar das prescrições normativas vinculantes. Segundo Dinah Shelton, são também exemplos de *soft law* as declarações, resoluções e os programas de ação. Uma peculiaridade é que tais normas, no âmbito interno das nações, podem resultar em leis.²⁰⁹

Apesar da adiantada pesquisa por parte do direito internacional, as normas de *soft law* não se restringem apenas à seara do direito global. Sua presença pode ser sentida em outros ramos da árvore jurídica interna dos países, notadamente no direito constitucional, administrativo, ambiental e privado.²¹⁰

Em decorrência desta constatação, para os fins que reclamam o presente trabalho, cabe analisar a utilização desta ferramenta de grande valia jurídica e econômica no direito administrativo regulatório e seus reflexos diante numa evidente dinamização do poder normativo das agências reguladoras brasileiras, resultando num aumento de confirmação e na diminuição dos efeitos da rejeição da norma por parte dos administrados e, conseqüentemente, no desenvolvimento econômico e social do Estado. Portanto, para que se atinja o adequado entendimento do assunto, cabe perquirir o que a doutrina entende por *soft law*, suas características, efeitos e impactos.

Pela múltipla e variada aplicação, o *soft law* é instrumento normativo com facetas diversificadas, o que dificulta a sua conceituação. Cabe, portanto, elencar dois dos parcos exemplos de definição trazidos pela doutrina para que se entenda a mensagem que se pretende aqui transmitir, o que não significa que o *soft law* seja o que Rafael Alday chama de “cajón de sastres”, ou seja, uma gaveta onde se deposita todo o entulho remanescente daquilo que não se

²⁰⁸ BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 92.

²⁰⁹ SHELTON, Dinah L. Soft Law. **George Washington University Legal Studies Research Paper**, n. 322, p. 5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1003387>>. Acesso em 24, out. 2016.

²¹⁰ GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. Soft Law. **University of Chicago, public law and legal theory working paper**. n. 213, p. 2-6. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 23 out. 2016.

encaixa nas demais categorias jurídicas, e sim uma opção jurídica de regulação com excelentes efeitos práticos.²¹¹ Segundo Fernando da Silva Gregório

A *soft law* pode ser definida como um conjunto de normas (standards normativos) de categoria residual cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law*, criando deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento.²¹²

Já Jacob Gersen e Eric Posner entendem o *soft law* “as a rule issued by a law-making authority that does not comply with constitutional and other formalities that are necessary for the rule to be legally binding.”²¹³

Segundo os autores, a partir desta conceituação ampla integrariam esta definição o *obiter dictum* contido na fundamentação das decisões judiciais, as resoluções emitidas pelo Poder Legislativo dos Estados Unidos, dentre outros tantos pronunciamentos que não seguissem as formalidades do processo legislativo emanadas do texto constitucional. Quanto às agências reguladoras, assinalam para a possibilidade destas entidades emitirem pronunciamentos de boas práticas, que podem induzir a adoção de condutas conformes os intentos regulatórios por parte dos agentes regulados.²¹⁴

A mudança de postura é sensível à percepção do leigo e do operador do direito. Ponha-se em mesa o seguinte caso suscitado por Gersen e Posner: uma Lei editada emana comando prescritivo de que os animais selvagens devem ser contidos dentro de cercas consideradas “estruturalmente fortes.”²¹⁵

Ao optar pelo *hard law*, o regulador hipotético, como manda a doutrina clássica, procederia a utilização de um instrumento normativo formal (portaria, resolução, instrução normativa) para denotar que a cerca “estruturalmente forte” deveria medir mais do que oito pés, ou seja, uma norma secundária viria ao mundo jurídico para minudenciar o conteúdo da norma primária e prescrever a conduta esperada pelo legislador.²¹⁶

²¹¹ ALDAY, Rafael Escudero. **El concepto de soft law**, p. 131. Disponível em: https://www.academia.edu/12249068/El_concepto_de_soft_law. Acesso em: 15 ago. 2016.

²¹² GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016, vol. 95, p. 220.

²¹³ Tradução livre: como regra emitida por uma autoridade legiferante que não cumpre com as formalidades constitucionais e com outras que são necessárias para a regra possuir caráter vinculante. (GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. *Op. cit.*, p. 6).

²¹⁴ GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. **Soft Law. University of Chicago, public law and legal theory working paper**. n. 213, p. 3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 22 out. 2016.

²¹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

²¹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

Numa segunda cogitação, caso o mesmo regulador decidisse utilizar o *soft law* para obter a conduta desejada, a situação mudaria de cor. Ele poderia emitir um simples guia de procedimento pronunciando aquilo que a instituição entende a partir da interpretação a Lei em voga, se posicionando no sentido de que apenas utilizaria o *enforcement* da norma primária contra os proprietários que construíssem cercas abaixo de oito pés.²¹⁷

Este pronunciamento, dizem os autores, não teria força de lei. O regulador teria que continuar a defender a interpretação da norma primária numa possível aplicação desta ao exercer poder de polícia sobre o particular ou num possível litígio perante o Poder Judiciário.²¹⁸ Contudo, a utilização da norma suave poderia claramente aumentar o índice de confirmação e diminuir o índice de rejeição por parte do administrado.

O exemplo é simples, contanto elucidativo. A utilização do *soft law* nada mais é do que uma nova maneira de se dar tratamento às condutas dentro de uma sociedade. Sua aplicação no âmbito do direito regulatório é mais evidente, principalmente diante de dois fatores: a necessidade da manutenção da qualidade do serviço público ou da atividade econômica fiscalizada pelo Estado e do acompanhamento das novas tecnologias que surgem ao longo dos anos e que rapidamente são substituídas.

Entendendo pelo caráter complementar do *soft law* ao *hard law*, Fernando da Silva Gregório demonstra que, quanto ao direito flexível, a doutrina divide-se em três correntes de pensamento: (i) a visão positivista-jurídica; (ii) a visão construtivista; (iii) a posição institucionalista racional.²¹⁹

Pela primeira concepção, os estudiosos entendem que o direito flexível rivaliza com o direito duro quanto à vinculação do conteúdo normativo. O *soft law* não seria direito, uma vez que para eles o direito tem, por definição, a obrigatoriedade da conduta. Ademais, tais normas não ortodoxas teriam um papel inferior no direito, uma vez que seriam inferiores à Lei. Uma parte desta doutrina entende que o *soft law* é um instrumento codificado apto a exercer autoridade ou persuasão no campo do direito global e nacional, mesmo que não seja formalmente jurídico e obrigatório.²²⁰

²¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

²¹⁸ GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. *Soft Law. University of Chicago, public law and legal theory working paper*. n. 213, p. 3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 22 out. 2016.

²¹⁹ GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016, vol. 95, p. 220-221.

²²⁰ *Ibidem, loc. cit.*

Os construtivistas se debruçam no estudo do *soft law* como parte de um processo de coesão social que enseja a modulação do comportamento. Ele colaboraria com entes estatais e não estatais para a sedimentação de ideias correntes no âmbito negocial internacional, devido a flexibilidade do instrumento, que se adequa às incertezas dos negócios pactuados.²²¹

Por fim, aqueles que compõem a escola institucionalista racional possuem uma concepção um tanto cética quanto ao caráter vinculativo do direito internacional, mas entendem que as normas de *soft law* poderiam tornar-se importantes na medida em que o seu descumprimento acarretasse em custos na reputação do Estado ou do *player*, justificando até represálias por outros Estados ou privados não envolvidos na elaboração da norma. Esta escola sente uma certa dificuldade em apontar a relação entre os instrumentos de *hard law* e *soft law* como alternativos e complementares uns aos outros.²²²

Diante de toda a guerra doutrinária instaurada no âmbito do direito internacional, mas que reflete na teoria do direito, entende-se que o *soft law* age em complementariedade à lei, dando ensejo à sedimentação de ideias correntes no âmbito negocial mundial. Isso quer dizer que cada uma das visões acima elencadas não podem prevalecer sobre as demais. E assim não poderia ser diferente. No que pertine ao direito administrativo, se é fato que o administrador não deve se limitar a fazer apenas aquilo que a lei manda, também não seria correto falar que que ele poderia agir fora das trincheiras do legislador.

In medium virtus. A utilização do *soft law* decorre da delegação parametrizada feita pelo legislador. Nesse sentido, a reinterpretação do princípio da legalidade/juridicidade deve ser realizada. A partir de então, o uso do direito suave se faz possível, desde que atinja os fins previstos na legislação delegante.

No âmbito regulatório a criação de subsistemas normativos de onde emanam normas não estatais é extremamente salutar. Na medida em que o avanço tecnológico mexe com as estruturas de um dado mercado e, até mesmo, com a vida em sociedade, a plasticidade do direito deve se adequar às novas tendências do mundo pós moderno.

Quanto às características do *soft law* podem ser elencadas as seguintes: (i) são normas; (ii) possuem adesão voluntária e conseqüente caráter não vinculante; (iii) são feitas apenas por agentes dotados de capacidade normativa; (iv) está marcado pela informalidade.

²²¹ *Ibidem, loc. cit.*

²²² GREGÓRIO, Fernando da Silva. Conseqüências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016, vol. 95, p. 220-221.

O direito flexível é norma. A justificativa reside no caráter geral e abstrato dos comandos formulados. Estes são editados no intuito de disciplinar a conduta dos sujeitos que a eles se submetem. Segundo Daniel Sarmiento, o *soft law* possui caráter dual, podendo conter regras e princípios de direito flexível.²²³

Outra característica do *soft law* é a adesão voluntária e o seu caráter não vinculante na medida em que os agentes regulados assentem em participar de um projeto de uniformização e implementação de condutas salutares, que levarão ao desenvolvimento ou, ao menos, à organização de determinado setor da economia. A cooperação, a participação e a integração são marcas deste elemento característico²²⁴. A sanção é elemento a ser afastado do direito flexível, uma vez que o seu intento é apenas o de fomentar uma dada conduta. Apesar desta constatação feita por Rafael Alday, muitos autores falam sobre o caráter sancionatório difuso do *soft law*.²²⁵

A elaboração de normas de *soft law* decorre de agentes dotados de competência regulatória, sejam eles estatais ou privados (autorregulação). A concentração da capacidade normativa nestas entidades é medida que beneficia a todos aqueles que no futuro se submeterão aos novos desígnios da norma, promovendo a segurança jurídica.²²⁶

Por último, fala-se do caráter informal das normas de soft law. Isso porque os instrumentos veiculadores de tais comandos suaves não seguem as formalidades estabelecidas pela Constituição para o tramite do processo legislativo, muito menos devem obedecer ao rol de elementos que, segundo a Lei, devem constar em um regulamento. Muito pelo contrário. O *soft law* aparece como via alternativa àquilo previsto cirurgicamente pela pirâmide de Merkel/Kelsen. É resultado da visão do ordenamento jurídico como uma rede.²²⁷

²²³ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. **Cuadernos de derecho público**. mai./ago. 2006, n. 28, p. 225 Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²²⁴ ALDAY, Rafael Escudero. **El concepto de soft law**, p. 133. Disponível em: <https://www.academia.edu/12249068/El_concepto_de_soft_law>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²²⁵ *Ibidem*, loc. cit.

²²⁶ GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. Soft Law. **University of Chicago, Public law and legal theory working paper**. n. 213, p. 6. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 23 out. 2016.

²²⁷ LOSANO, Mario G. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. **DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho**. 2003, n. 28, p. 180.

Neste ponto é interessante fazer uma consideração acerca das formas como as normas de *soft law* podem ser introduzidas no mundo jurídico. Pela doutrina de Daniel Sarmiento percebe-se que o *soft law* pode ser introduzido por atos normativos típicos e atípicos.²²⁸

Segundo o autor, a forma mais tradicional de incorporação de tais normas no sistema se dá a partir da sua inclusão dentro de um texto de *hard law*. Neste caso, geralmente o instrumento normativo possui um apartado, geralmente denominado de “anexo”, no qual estão veiculados procedimentos, ritos e entendimentos do órgão regulador. No Brasil, a Portaria nº 50/2001 do CADE²²⁹ é um grande exemplo de implementação do *soft law* no direito brasileiro, inclusive com resultados excepcionais no âmbito do direito concorrencial.

Por outro lado, a incorporação pode se dar por referencia. Nesta hipótese a norma de *hard law* a partir da técnica de “reenvio” direciona a interpretação normativa a um ato de *soft law*. Recentemente, o art. 6º da Lei nº 13.334/2016, que disciplina o Programa de Parceria de Investimentos faz uma remissão expressa do dever de adoção de normas de *soft law* pelo agente regulador²³⁰.

Em que pese os atos veiculadores de normas de *soft law* não tenham de seguir uma formalidade, é necessário fazer uma preciosíssima ponderação. É que, para que tenha efeitos perante terceiros, os postulados normativos do direito flexível devem ser publicados pela imprensa oficial²³¹. Ou seja, tal como o *hard law*, o *soft law* deve obedecer ao princípio da publicidade contido no *caput* do artigo 37 CRFB/88.

O *soft law* pode ser veiculado de forma unilateral ou pactuada. Pode também ser veiculado por atos e instrumentos típicos (circulares, portarias, resoluções) ou atípicos, sem norma que descreva os procedimentos seguidos e a sua finalidade.²³²

²²⁸ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. **Cuadernos de derecho publico**. mai./ago. 2006, n. 28, p. 231. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²²⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

²³⁰ BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parceria de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

²³¹ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. **Cuadernos de derecho publico**. mai./ago. 2006, n. 28, p. 227-228. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²³² *Ibidem*, p. 231-232.

Daniel Sarmiento formula uma classificação acerca do *soft law*. Segundo o autor existem três tipos de normas de direito flexível: o *soft law* público *ad extra*, o *soft law* público *ad intra* e o *soft law* público privado.²³³

O primeiro possui natureza pública e tem como finalidade a regulação dos *players* de um dado mercado. O segundo possui a mesma natureza e um objeto voltado para a organização interna da Administração Pública. Por fim, o *soft law* público-privado pode ser entendido a partir de uma mescla de normas de direito público com elementos contratuais, estes afetos às relações particulares.²³⁴

Como exemplo de *soft law* público *ad intra* tem-se os diversos atos normativos *interna corporis* expedidos para a auto-organização das agências reguladoras enquanto pessoas jurídicas de direito público. Na modalidade unilateral, são expedidos atos como circulares, diretrizes e outros que ordenam a prestação do serviço que a elas competem. Por atos derivados de pactuação pode-se citar acordos firmados entre dois ou mais entes da federação brasileira no intuito de coordenar atividades a partir do estabelecimento de planos, consensos, enfim, de qualquer alinhamento para que haja um sincronismo no exercício das atividades regulatórias.²³⁵

O *soft law* público-privado, deriva da possibilidade de delegação da competência regulatória a um agente privado para que este possa promover a adoção de tais normas e também aplicá-las.²³⁶ A aplicação prática deste instrumento pode ser exemplificada nos casos em que a Ordem dos Advogados do Brasil passasse a adotar códigos de boas práticas da advocacia, como cartilhas para sustentação oral em tribunais, boas práticas de gestão de escritórios de advocacia etc. Outro exemplo bem conhecido da adoção de normas de *soft law* público-privado pode ser conferido a partir das normas estabelecidas pela certificação ISO.²³⁷

A International Organization for Standardization (ISO) é uma entidade internacional de normalização. Seu maior intuito é estabelecer padrões mundiais de excelência para as diversas áreas profissionais. Em consulta ao seu sítio eletrônico verificam-se as seguintes codificações populares da instituição: (i) ISO9000: *quality management*; (ii) ISO1400: *environmental*

²³³ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁵ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. **Cuadernos de derecho público**. mai./ago. 2006, n. 28, p. 238. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²³⁶ *Ibidem*, p. 244.

²³⁷ *Ibidem*, p. 245.

management; (iii) ISO3166: *country codes*; (iv) ISO2600: *social responsibility*; (v) ISO 50001: *energy management*; (vi) ISO31000: *risk management*; (iv) ISO22000: *food safety management*; (viii) ISO27001: *information security management*; (ix) ISO45001: *occupational health and safety*; (x) ISO 13485: *medical devices*.²³⁸

Em terceiro lugar, e que mais interessa ao objeto de pesquisa, a Administração Pública pode emitir normas de *soft law ad extra* a partir de condutas unilaterais nos casos em que o mercado demanda um baixo nível de regulação, tendo como exemplo os códigos de governança corporativa e as recomendações das agências reguladoras. Já por atos pactuados pode-se entender aqueles que derivam do diálogo e consenso entre reguladores e regulados. Neste caso, a Administração dedica-se a ouvir os anseios e expectativas dos *players* de um dado mercado no intuito de atingirem soluções criativas e que levem ao desenvolvimento daquele setor.²³⁹

Até pouco tempo atrás qualquer estudioso do direito regulatório poderia dizer que havia dúvidas sobre a possibilidade da aplicação do *soft law* como instrumento dinamizador do poder normativo das agências reguladoras. A doutrina entrou num ferrenho embate jurídico – e de certa forma ideológico – por anos quanto à diferenciação dos signos “regulamentação” e “regulação”. Como já foi sustentado anteriormente neste trabalho, existe, sim, uma distinção entre estes termos, sobretudo a partir da interpretação do texto sob a ótica da pragmática da comunicação normativa, que demonstra que o legislador possui intentos diferentes ao se referir às ambas as palavras.

Se em algum período houve uma situação de perplexidade no âmbito acadêmico e prático acerca da possibilidade do administrador público autônomo lançar mão desta ferramenta, o atual estado de coisas da Administração Pública brasileira dá “pano para manga” para a discussão aqui iniciada.

No dia 12 de maio de 2015, no primeiro dia do então governo provisório de Michel Temer, foi adotada a Medida Provisória nº 727/2016, que instituiu o Programa de Parceria de Investimentos ente o Poder Público e a iniciativa privada.²⁴⁰ Segundo Carlos Ari Sundfeld,

²³⁸ Disponível em: <<http://www.iso.org/iso/home.html>>. Acesso em: 27 out. 2016.

²³⁹ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. **Cuadernos de derecho público**. mai./ago. 2006, n. 28, p. 240. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁴⁰ BRASIL. **Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016**. Cria o Programa de Parceria de Investimentos – PPI e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/mpv/mpv727.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

este programa dá continuidade ao Programa Nacional de Desestatização, iniciado pelo governo de Fernando Collor de Mello pela Lei nº 8.031/1990,²⁴¹ ao qual se tem dado continuidade até hoje.²⁴²

A antiga Medida Provisória foi convertida na Lei nº 13.334/2016, de 13 de setembro de 2016²⁴³. Para o que aqui interessa, é importante analisar as consequências do conteúdo do *caput* do artigo 6º, *verbis*:

Art. 6º Os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, independentemente de exigência legal, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, inclusive:

A partir do mecanismo da delegação com parâmetros mencionado acima e já adotados pelas leis instituidoras das agências reguladoras brasileiras, a possibilidade da adoção de práticas nacionais e internacionais concernentes a cada setor da economia regulado no Brasil é uma possibilidade clara e salutar. Pensar de maneira contrária é relegar ao direito a característica de objeto cultural ao qual a melhor doutrina sempre se referiu.

Em verdade, a oposição do comando normativo supracitado, que estabelece a obrigatoriedade da adoção de normas de *soft law* por parte da Administração Pública não seria nem mesmo necessária, conforme o que veio sendo exposto até então. A partir de um regime jurídico de direito administrativo caracterizado pelo ii) pragmatismo; (iii) nas capacidades institucionais e nos efeitos dinâmicos; e na (iv) reflexividade, saindo do mundo hermético e perfeitamente estruturado em França, e a partir da distinção de conceitos basilares do direito regulatório, a interpretação do ordenamento jurídico levaria tranquilamente à possibilidade da escolha de outra via.

Contudo, o artigo evidencia a premência da adoção destas normas. Nos últimos anos o *soft law* foi esquecido pela doutrina administrativista e a postura governamental quanto à atuação das agências reguladoras preteriu este tipo de instrumento do panorama gerencial do regulador.

²⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁴² SUNDFELD, Carlos Ari; BAPTISTA, Patrícia. Novas configurações do estado administrativo. *In*: LETACI. Encontro nacional sobre estado administrativo: crise e perspectivas institucionais, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EqTyBmtJg3M>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁴³ BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parceria de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

4.2 PROBLEMÁTICA: A COMPLEXIDADE DA MATÉRIA REGULADA E A INEFICIÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO

4.1.1 O tecnicismo inerente ao campo da regulação

As agências reguladoras, como visto anteriormente, foram criadas com objetivos claros: promover o enxugamento da máquina estatal a partir da retirada do Poder Público da intervenção direta da economia, que se dava por meio da operação dos serviços público. Por vezes, a obrigação do Estado enquanto ordenador econômico entrou em conflito com os interesses do Poder Público enquanto pessoa jurídica prestadora de serviços.²⁴⁴ Isso resultou, durante muito tempo, na insegurança da iniciativa privada, que se deparou com a mudança repentina da conduta do Estado na organização do mercado.²⁴⁵

A partir do advento do projeto de criação das agências reguladoras o panorama mudou. Estas autarquias especiais, concebidas como órgãos de Estado, tinham como característica essencial o deslocamento do eixo central do poder para o exercício de uma atividade dotada de tecnicidade. No registro histórico de até então constavam medidas endorregulatórias insuficientes ou por demais restritivas, que não condiziam com a realidade dos mercados objeto de normatização.²⁴⁶

A dificuldade de uma regulação direta pelo governo decorre não só do alto grau político, mas também da necessidade de estudos técnicos e do profundo conhecimento da área objeto da regulação.

Cabe, então, uma exemplificação simples. A Resolução nº 384 da ANAC, de 28 de junho de 2016,²⁴⁷ trata do seguinte tema:

Condição Especial a ser incorporada à base de certificação dos projetos de tipo dos aviões Embraer EMB-550 e EMB-545, aplicável à instalação de sistema de Head Up

²⁴⁴ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. *Revista digital de direito administrativo*. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2016, n. 1, vol. 3, p. 164.

²⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.24.

²⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁷ Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução nº 384, de 28 de junho de 2016**. Aprova Condição Especial a ser incorporada à base de certificação dos projetos de tipo dos aviões Embraer EMB-550 e EMB-545, aplicável à instalação de sistema de Head Up Display (HUD), conjugado com os sistemas Enhanced Flight Vision System (EFVS) e Synthetic Vision System (SVS). Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-384-28-06-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0384.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

Display (HUD), conjugado com os sistemas Enhanced Flight Vision System (EFVS) e Synthetic Vision System (SVS).

Por óbvio, esta questão não deve ser submetida ao crivo do Poder Legislativo, muito menos ficar ao encargo de uma única empresa pública, como ocorreu em outros setores à época em que prevaleceu a intervenção direta do Estado na economia.

A delicadeza, a sensibilidade destes assuntos merecem um trato especial. Apenas o agente regulador possui conhecimento acerca da matéria. Olhando por este prisma, é inadmissível a sua estrita vinculação à legalidade nos moldes clássicos, quando o administrador deveria fazer apenas e tão somente aquilo que a Lei manda.²⁴⁸ Até porque nem mesmo os legisladores possuem conhecimento acerca da matéria.

A questão que se coloca em pauta é a da releitura dos princípios que regem a Administração Pública na tarefa de análise das decisões tomadas no seio das agências reguladoras a partir do permissivo dado pela lei para o exercício da atividade reguladora.²⁴⁹ O correto é verificar se a posição adotada pelo órgão respeitou, efetivamente, os princípios mestres da Lei que instituiu o órgão regulador.

A análise do comando decisório é realizada pelo Poder Judiciário. Segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto, os tribunais brasileiros possuem duas funções: (i) atuar como árbitro nos conflitos entre agências reguladoras e outras instituições do Poder Público; e (ii) definir a moldura da atividade regulatória por parte destas autarquias especiais²⁵⁰. Quanto à segunda tarefa, que cabe ser estudada neste trabalho, o autor traz exemplos de análise realizadas pelas cortes estadunidenses.

Como definidor da moldura da atividade regulatória, o Poder Judiciário se encarrega de revisar as decisões emanadas das autarquias. Segundo o autor, com o advento do Estado Regulador em 1990 houve um movimento em direção à deferência ao conhecimento técnico e específico detido pelos órgãos reguladores setoriais.

²⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30.ed. rev., atual. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20.

²⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e seu poder normativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

²⁵⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. O diálogo institucional das agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 165.

No entanto, atualmente surgem algumas doutrinas que buscam sistematizar a cognição do magistrado nos casos que envolvem a análise de decisões arrimadas na discricionariedade técnica. Destacam-se neste ponto duas: a *Chevron Doctrine*²⁵¹ e a *Hard Look Doctrine*.²⁵²

A *Chevron Doctrine* presta deferência às decisões emanadas dos órgãos reguladores, justamente por compreender a sua capacidade técnica. No caso, o controle realizado pelo Poder Judiciário é mais permissivo, homenageando o conhecimento técnico do regulador, que pode analisar os termos das leis, desde que tal análise seja entendida como razoável pelo julgador.²⁵³

Surgida a partir do precedente *Chevron v. Natural Resources*, seus defensores entendem que o rito de análise dos atos discricionários do regulador deve ocorrer em duas fases: (i) as Cortes devem identificar se o Congresso, ao promulgar a lei, determinou o sentido do uso de uma determinada expressão; (ii) caso positivo, o Judiciário verifica a possível arbitrariedade da decisão do regulador; em caso negativo, o entendimento deste é razoável e, assim, deve prevalecer.²⁵⁴

Por outro lado, com um viés mais restritivo, foi desenvolvida a *hard look doctrine*. Por meio dela são estabelecidos parâmetros para que o Judiciário avalie as decisões proferidas pelas agências reguladoras, sobretudo a partir da motivação dos atos.²⁵⁵ Nesta caso, segundo a Suprema Corte americana, o Poder Judiciário deve ser o guardião do devido processo legal. Por conseguinte, as agências devem justificar as suas decisões com argumentos razoáveis e racionais.²⁵⁶

O fato é que o Brasil não possui um modelo definido até o momento presente. Contudo, o comedimento do Poder Judiciário é de extrema relevância. A questão brasileira exige uma certa deferência. Segundo o autor, o controle judicial poderia pautar-se em três diretrizes: (i) exercer a cognição voltada para a constitucionalidade e legalidade dos atos; (ii) realizar a avaliação da motivação dos atos, havendo uma racionalidade procedimental que justifique os

²⁵¹ Tradução livre: doutrina Chevron

²⁵² Tradução livre: doutrina do olhar rígido

²⁵³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. O diálogo institucional das agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 176.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 177.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 179.

²⁵⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. O diálogo institucional das agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 180.

fundamentos da decisão regulatória; (iii) prestar deferência aos provimentos de caráter técnico que estejam devidamente fundamentados e que sejam proporcionais.²⁵⁷

Não se permitem, no momento, maiores considerações acerca do tema. O fato é que o Poder Judiciário, a partir de um diálogo com as agências reguladoras, deve adaptar a sua atuação à realidade fática que envolve esta nova estrutura institucional. O Brasil, mesmo importando a doutrina europeia, até então sempre prestou deferência aos entendimentos do administrador quando derivados de atos discricionários. Entretanto, entende-se que para a uma devida atividade jurisdicional é necessária a criação de um método racional de interpretação dos atos emanados dos órgãos reguladores, levando em consideração, sobretudo, as novidades do direito regulatório.

4.1.2 A lentidão do processo legislativo x A rapidez tecnológica: tempo é dinheiro (público)

A partir das mudanças ocorridas no devir histórico, cabe ao direito a adoção das providências necessárias para a ordenação da vida em sociedade. O “limbo jurídico” é algo indesejável. A sociedade clama pela adequação do tecido normativo ao estado de fato das coisas em busca de justiça, mesmo que esta seja uma utopia a ser alcançada.

O processo legislativo é moroso. E tem razão de ser. A ideia é que toda a ritualística esculpida no texto constitucional seja seguida, ensejando o amplo debate pelos representantes do povo, que, ao final, promulgarão um texto normativo resultante de um amplo consenso. Daí se falar na presunção de constitucionalidade da Lei.²⁵⁸

Sucedem que, a série de inovações na área tecnológica, seja ela cibernética ou procedimental, não pode ficar refém da formalidade legislativa, assim como também é indesejável a sua permanência no âmbito do esquecimento.

A utilização do processo legislativo para incorporar ao âmbito da regulação inovações passageiras demanda tempo e, conseqüentemente, dinheiro público. A utilização do *soft law* geralmente possui o mesmo efeito comportamental que o tradicional instrumento veiculador

²⁵⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. O diálogo institucional das agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 185.

²⁵⁸ CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 180.

do direito, além de ser mais barato.²⁵⁹ Pode-se até se dizer que, talvez, o direito flexível aumente o índice de confirmação da comunicação normativa e diminua o indicador de rejeição por parte dos *players*, uma vez que estes participam do processo de aprovação da norma, seja diretamente, seja apenas opinando.²⁶⁰ A mudança de postura e a potencialização dos resultados é o reflexo do modelo de relação Administração-administrado no sentido *bottom-up*.²⁶¹

4.3 DINAMICIDADE DO PODER NORMATIVO

4.3.1 *Signaling*

Dentre algumas outras justificativas para a utilização do *soft law* como elemento dinamizador do poder normativo das agências reguladoras brasileiras, derivadas da sua ampla autonomia normativa, conferida mediante delegação com parâmetros pela Lei instituidora da autarquia especial, cumpre tecer alguns comentários acerca da capacidade de utilização do direito flexível para sinalizar determinado entendimento que o regulador tenha acerca de aspectos do mercado regulado em conjunto com a leitura da Lei.

Como também é necessária a comunicação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e as agências reguladoras, estes também poderão exprimir seus entendimentos diante de assuntos polêmicos colocados na “ordem do dia” do tema regulação, seja ela setorial ou transversal.

A consequência do *signaling* (sinalização) a partir da utilização do *soft law* pelas instituições do Poder Público a partir da demonstração de uma postura sólida, que tem como consequência a recepção da mensagem transmitida aos três Poderes e um consequente alinhamento de condutas.²⁶² A diferença se torna relevante a partir do momento em que a opinião de um mero

²⁵⁹ GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. *Soft Law. University of Chicago, public law and legal theory working paper*. n. 213, p. 14. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 23 out. 2016.

²⁶⁰ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. *Cuadernos de derecho publico*. mai./ago. 2006, n. 28, p. 240. Disponível em: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁶¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. As transformações da regulação jurídica na sociedade contemporânea: a governança como paradigma. *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2016, vol. 12, p. 252.

²⁶² GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. *Soft Law. University of Chicago, public law and legal theory working paper*. n. 213, p. 14. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 23 out. 2016.

membro de um dos Poderes ou da agência reguladora passa a não refletir o entendimento da instituição.

4.3.2 *Soft law* como instrumento epistêmico

O *soft law* também pode ser utilizado como instrumento epistêmico a partir do qual o órgão pode mostrar a sua visão de mundo. Diante do estado de arte de determinada matéria, a agência reguladora pode se posicionar, ressaltando os valores que entendem ser de essencial conservação para o desenvolvimento da atividade econômica.

À exemplo do que ocorre no direito internacional, cuja declaração universal dos direitos humanos de caráter não vinculante – que tem tido atualmente alto grau de autoridade – e que veicula alguns comandos de caráter moral,²⁶³ as agências reguladoras brasileiras podem expressar por meio destes documentos aquilo que entende como boas práticas num determinado setor, práticas estas que refletem valores essenciais, à exemplo da defesa do meio ambiente.

A ANAC emitiu recentemente um plano de ação para a diminuição da emissão de CO₂ no transporte aéreo e o apresentou perante a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI). Do documento elaborado pela ANAC, pela Secretaria de Aviação Civil, pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo e por entidades do setor privado expressam o entendimento destes agentes acerca da importância da valorização do meio ambiente, principalmente a partir do desenvolvimento da atividade que a eles lhes compete.²⁶⁴

4.3.3 Informalidade e rapidez da evolução tecnológica

Pelo seu caráter informal, o *soft law* é instrumento de grande valia para o acompanhamento da evolução tecnológica. A partir do diálogo entre regulador e regulado podem ser adotadas

²⁶³ GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. *Soft Law*. **University of Chicago, public law and legal theory working paper**. n. 213, p. 16. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 23 out. 2016.

²⁶⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Brazil's action plan on the reduction of greenhouse gas emissions from aviation**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/publicacoes/brazil_actionplan.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

soluções criativas para a disciplina da atividade econômica que sofre com as inovações constantes.

A não vinculação, característica descrita acima, é extremamente útil para o alcance dos fins visados pelas partes, qual seja, uma regulação satisfatória, que importe no máximo de ganho para o administrado-consumidor e o mínimo de perdas para o administrado-regulado.

Ademais, o fato de, a partir de uma configuração da relação entre regulador e regulado no sentido *bottom-up*,²⁶⁵ marcada pelo diálogo, resulta na potencialização da confirmação dos novos comandos normativos, mesmo que estes não possuam sanção definida. Uma vez que o particular participa da rodada de negociações ou da simples reunião à qual é convocado para opinar acerca de um determinado assunto, resulta na diminuição do índice de rejeição na comunicação normativa.

²⁶⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. As transformações da regulação jurídica na sociedade contemporânea: a governança como paradigma. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2016, vol. 12, p. 252

5 CONCLUSÃO

O direito administrativo brasileiro sofreu abalos sísmicos de amplas proporções ao longo dos últimos vinte anos. A estrutura do Estado brasileiro, que anteriormente era grande e onipresente, faliu. O tempo mostrava que a máquina pública precisava se reinventar. Nessa empreitada, as agências reguladoras tomaram o papel de protagonistas de uma guinada institucional. Surge o Estado Regulador, deixando para trás o Estado Liberal e o Estado Social.

Entretanto, a Ciência do Direito Administrativo manteve suas bases teóricas do modelo francês, que casava com o Brasil industrial dos anos 1930-1980. Os pequenos ajustes realizados na estrutura teórica da matéria mostraram-se insuficientes para acompanhar tantas inovações.

Houve um esfacelamento do direito público. Surgiram com força áreas nunca antes tão bem exploradas no Brasil, como o direito regulatório e o direito da concorrência. Em que pese cada campo tenha se desenvolvido a passos largos, a matriz da disciplina restou abandonada por anos e anos.

O estudo desenvolvido neste trabalho busca, realmente, chamar a doutrina administrativista para discutir o relacionamento com a ciência que tanto ama. É necessária uma mudança de postura frente a matéria, que mostra sinais cada vez mais claros de que irá se desenvolver a passos largos nos próximos anos para o sentido apontado durante esta investigação: o pluralismo jurídico.

O método lógico-dedutivo do Direito serve para apanhar das situações mundanas aquilo que de mais comum e mais problemático ocorre nas relações intersubjetivas travadas numa dada sociedade. As mudanças históricas refletem na elaboração das leis. Com o Brasil não foi diferente. Com o fenômeno do *new state activism* experimentado pelo Brasil na implementação do seu modelo regulatório a partir dos anos 1990, Estado e Mercado se aproximaram a níveis nunca antes vistos, viraram parceiros de negócios. Quem ganhou foi o cidadão, que passou de relegado para consumidor.

Todavia, o direito administrativo ensinado nos livros básicos da graduação em Direito ainda passa a visão da necessidade de contenção do gestor público a partir de uma dicotomia maniqueísta entre o Poder Público e a iniciativa privada que não mais se sustenta. Além disso,

sabe-se de cor que a ideia de um mundo hermético, unitário e coerente, que domaria o gestor público com um cabresto é uma visão inocente e por demais ultrapassada.

A análise da questão não passa por um posicionamento político, liberal. Muito pelo contrário. O intuito do estudo é examinar de maneira sóbria a incorporação de um instituto de grande valia no direito administrativo da regulação.

Para tanto, a proposta foi estruturar um novo regime jurídico de direito administrativo. Abandona-se o regime de regras e princípios ensinados magistralmente até os anos 1980. Verdades tidas como absolutas foram desconstruídas ao longo do texto para depois serem reconstruídas com roupagens totalmente diferentes. Aspectos históricos e o advento do movimento direito e desenvolvimento buscaram explicar a necessidade de uma mudança de postura. Chegou-se a uma outra visão.

O novo regime buscou abrir o sistema, sair da característica hermética, unitária e coerente, que distinguiu o direito administrativo das demais matérias. Pensou-se ao longo do estudo na estruturação teórica a partir da postura de decisor que o administrador possui no seu labor diuturno.

O intento é um verdadeiro ato de empreendedorismo: é arriscado e não se sabe onde vai dar. Críticas são bem vindas. O intuito é o de apenas o de chamar a todos para debater soluções inovadoras. O que acabou de ser lido resultou de um mero *insight*, de ideias maturadas ao longo de algum tempo, da vontade de contribuir para o desenvolvimento da disciplina.

Sendo assim, um regime jurídico pautado no pluralismo jurídico, no pragmatismo, na capacidade institucional de interpretação do ordenamento e na reflexividade abre demasiadamente o campo para que o brasileiro dedicado à máquina pública possa exercer a sua criatividade.

Os reflexos mais sensíveis desta estruturação teórica é sentida no âmbito do direito regulatório, que vive a sua fase eficaz, como diz José Vicente Santos de Mendonça. Nos últimos anos as agências reguladoras, entidades de Estado, sentiram-se presas ao esquema proposto pelo direito estatal.

Como visto, a doutrina especializada sinaliza desde há muito que neste habitat convivem subsistemas, que sempre devem estar à disposição dos técnicos que desenvolverão a regulação para que possam ser efetivados os direitos fundamentais à boa administração e ao desenvolvimento.

Buscou-se então rever alguns conceitos do direito regulatório para reafirmar as bases da fiscalização estatal sobre setores estratégicos da economia. A distinção entre os signos “regulamentação” e “regulação” são premissas inquestionáveis. Com a devida vênia aos entendimentos em sentido contrário, restou demonstrado que a diferenciação é imprescindível para o entendimento das posturas que podem ser tomadas pelas agências reguladoras brasileiras. Com isso conclui-se pela possibilidade da utilização do *soft law* como elemento dinamizador do poder normativo das agências reguladoras.

O legislador brasileiro foi claro desde 1996 com a criação da Lei da ANATEL. Os termos utilizados de modo cirúrgico evidenciavam a cruzada que o Brasil empreendeu na seara econômica para não ficar atrás dos outros países. Parece que assim não foi entendido. Foi necessário mais um sinal no ordenamento jurídico brasileiro: o art. 6º da Lei nº 13.334/2016.

Deve-se ressaltar que regulação mexe com a economia. Este é o seu instrumento de trabalho. Para que possa ser eficiente, efetiva e eficaz a regulação deve ser dotada de um arsenal de armas que, de certo modo, não podem estar nas mãos do comum administrador público que chefia o Poder Executivo. A tarefa é mais refinada. No campo da regulação o administrador e o administrativista são grandes formuladores de políticas econômicas.

O regulador tem o dever de ouvir os regulados e de pesquisar no mundo inteiro as tendências procedimentais e as tecnologias desenvolvidas. As melhores práticas, os melhores métodos para o exercício da atividade regulada. São inadmissíveis atos administrativos autistas, estribados numa relação *top-down* desenvolvida pelo direito administrativo clássico. Dá-se lugar a um esquema *bottom-up*, em que quem está embaixo tem o direito de influenciar na tomada de decisões do Estado.

Diante da abertura para o diálogo e a necessidade de constante disciplina da inovação na regulação setorial, surge o *soft law*. Sendo ele unilateral ou pactuado, o fato é que o administrado pode influir direta ou indiretamente na formulação de normas voláteis e não vinculantes. E isso é um fator importante para aumentar o índice de confirmação do comando normativo, melhorando o ambiente regulado e sendo um verdadeiro fator de desenvolvimento das instituições do Estado democrático de Direito e das suas instituições.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ALDAY, Rafael Escudero. **El concepto de soft law**. Disponível em: <https://www.academia.edu/12249068/El_concepto_de_soft_law>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, vol. 3.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Brazil's action plan on the reduction of greenhouse gas emissions from aviation**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/publicacoes/brazil_actionplan.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Resolução nº 384, de 28 de junho de 2016**. Aprova Condição Especial a ser incorporada à base de certificação dos projetos de tipo dos aviões Embraer EMB-550 e EMB-545, aplicável à instalação de sistema de Head Up Display (HUD), conjugado com os sistemas Enhanced Flight Vision System (EFVS) e Synthetic Vision System (SVS). Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-384-28-06-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0384.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, vol. 3.

CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr.2015, vol. 268.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parceria de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016.** Cria o Programa de Parceria de Investimentos – PPI e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/mpv/mpv727.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário.** São Paulo: Atlas, 2011.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1970, t. I.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e seu poder normativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59-69.

_____. **Manual de direito administrativo**. 30.ed. rev., atual. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CEPEDA, Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda. **Metodología jurídica**. México D.F: Oxford University Press, 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. (trad. Pedro Maia Soares). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 9, jan./jun. 2009, p. 217-268.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JÚNIOR. **A ciência do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** Barueri: Manole, 2007.

_____. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GERSEN, Jacob E; POSNER, Eric A. Soft Law. **University of Chicago, public law and legal theory working paper.** n. 213. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1113537>>. Acesso em: 22 out. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2014.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de direito constitucional e internacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016, vol. 95, p. 299-320.

GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras e supervisão ministerial. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 359-382.

_____. **Discrecionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** 3.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição.** (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LOSANO, Mario G. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. **DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho**. n. 28, 2003, p. 159-182.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do estado regulador. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2013, vol. 262, p. 11-43.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. **ABAR**. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 72-99.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2014, vol. 265, p. 179-198.

_____. As fases do estudo sobre regulação na sensibilidade jurídica brasileira. **R. Opin. Jur.** Fortaleza, jan./dez. 2015, ano 13, n. 17, p. 284-301.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 131-166.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 107-139.

MOREIRA, Joao Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, set./dez. 2014, vol. 267, p. 67-83.

NOBREGA, Mailson da. Brasil: um novo horizonte. ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de Oliveira. **Estado regulador e serviço público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

_____. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista digital de direito administrativo**. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2016, n. 1, vol. 3, p. 163-183.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Privatización, liberalización y desregulación: balance de un proceso (1989-2010). **Revista brasileira de direito público**. Belo Horizonte, out./dez. 2014, ano 12, n. 47, p. 9-32.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. O diálogo institucional das agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 140-185.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Plano Brasil Maior**. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/paginas/pdp.aspx>>. Acesso em: 12 out. 2016.

REIS, Tarcila. **Administrative policy law: a comparative institutional analysis of state reform in Chile, Brazil and Argentina**. Paris: 2013, 234 f. Tese (Pós-doutorado em Direito). Institute d'Etudes Politiques de Paris. Paris, França. Disponível em: <<https://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/f6h8764enu2lskk9p4c4n6506/resources/these-tarcila-reis-2013.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. **Cuadernos de derecho publico**. mai./ago. 2006, n. 28. Disponível em:

<<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>>. Acesso em: 29 out. 2016.

SHAMIR, Hila. **The public/private distinction now: the challenges of privatization and of the regulatory state**. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426166>. Acesso em: 17 out. 2016.

SHAW, Malcolm M. **International Law**. 6.ed. Cambridge: Cambridge University Press.

SHELTON, Dinah L. Soft Law. **George Washington University Legal Studies Research Paper**. n. 322. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1003387>>. Acesso em 24, out. 2016.

SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladoras. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2015, vol. 268, p. 153-185.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Fundamentos de direito público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____; BAPTISTA, Patrícia. Novas configurações do estado administrativo. *In*: LETACI. Encontro nacional sobre estado administrativo: crise e perspectivas institucionais, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EqTyBmtJg3M>>. Acesso em: 29 out. 2016.

SUSTEIN, Cass R. Paradoxes of the regulatory state. **University of Chicago law review**. iss. 2, article 4, vol. 57. Disponível em:

<<https://chicagobound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/4>>. Acesso em: 17 out. 2016.

TAMANAH, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. Trad. Tatiane Honório Lima (trad. Fábio Luiz Lucas Carvalho). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 9, jan./jun. 2009, p. 187-216.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law and society review**. vol. 17, p. 239-285. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896509>>. Acesso em: 15. out. 2016.

TRUBEK, David M. Law and development: 40 years after scholars in self estrangement – a preliminary review. **University of Wisconsin legal studies research paper**. n. 1255. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2435190>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario Gomes. Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. **University of Wisconsin legal studies research paper**. n. 1207. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2144939>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina “direito e desenvolvimento”. (trad. José Rodrigo Rodriguez e José Rafael Zullo). **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, jul./dez. 2007, p. 261-304.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. As transformações da regulação jurídica na sociedade contemporânea: a governança como paradigma. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2016, vol. 12, p. 251-259.