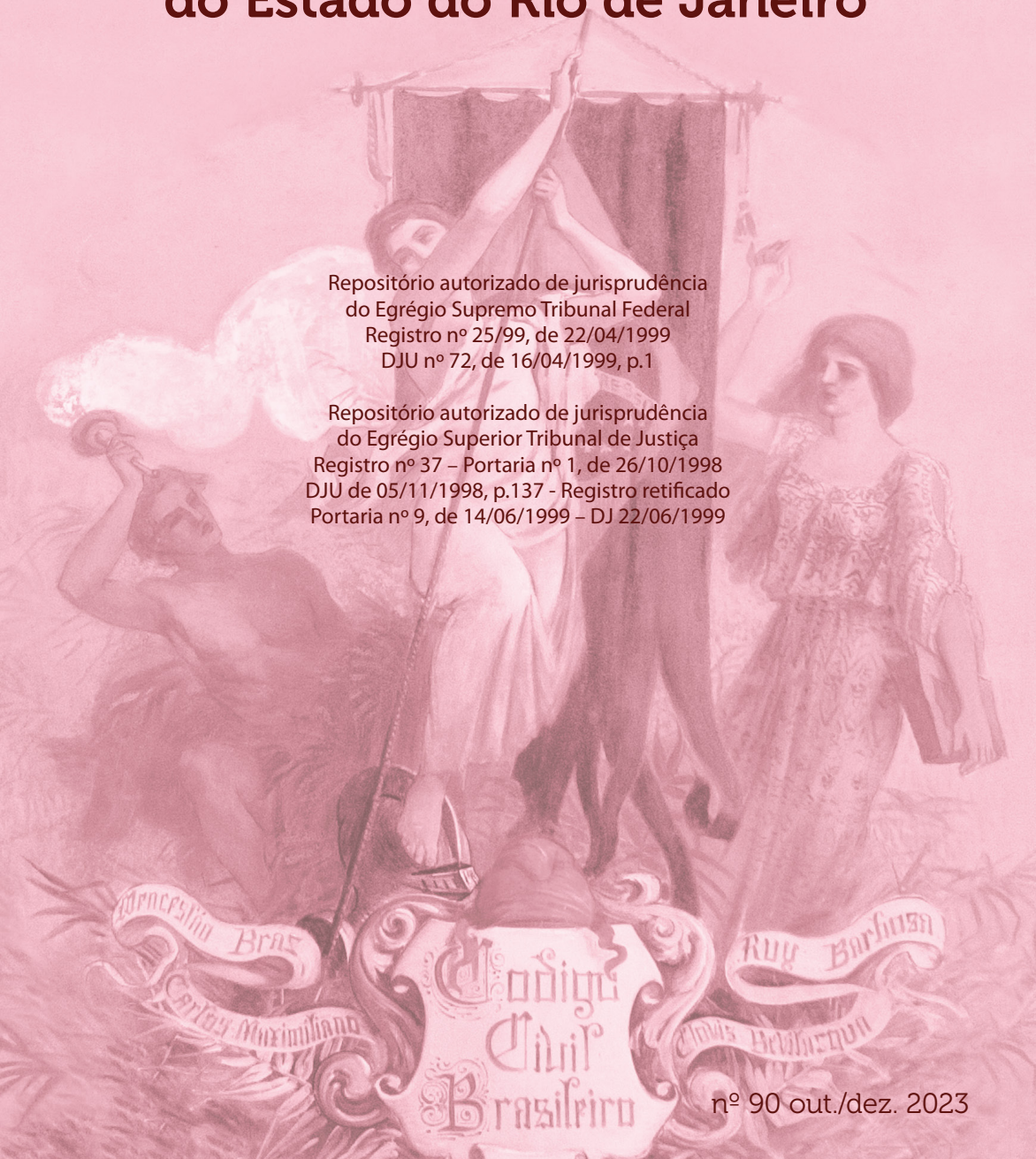


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Regulação não cooperativa: o modelo regulatório administrativo em ambiente de crise federativa

Fabício Dantas Leite*

Sumário

1. Introdução: do modelo norte-americano ao caos centralizador brasileiro. 2. A constante tensão institucional entre regulação e políticas públicas no Estado brasileiro policêntrico. 3. A crise de identidade da regulação no Brasil: descentralização na forma, centralização na essência. 4. Conclusões.

1. Introdução: do modelo norte-americano ao caos centralizador brasileiro

A experiência regulatória administrativa descentralizada no Brasil, embora tenha apresentado um tímido desenvolvimento na década de 1930,¹ somente sobrelevou as barreiras teóricas do duradouro estamento jurídico-conceitual construído em torno de um domínio do poder central, em meados da década de 1990.

Ambos os fenômenos, tanto a centralização de poder com conceitos jurídicos estanques e tendentes a dar suporte ao modelo de Estado Unitário quanto o árduo processo de aceitação teórica do modelo de agências reguladoras, com autonomia técnica e pluralidade decisória, foram, à sua maneira, tradução do sistema político-econômico de cada momento histórico e, mais precisamente, da história de formação da própria federação brasileira.

Uma comparação entre a *genealogia federativa* do Estado norte-americano, cujo desenvolvimento da regulação estatal por agências independentes remonta ao início do século passado, e *genealogia patrimonial* do Estado brasileiro, que incentivou, efetivamente, a existência da regulação independente somente no final do século

* Doutorado em andamento em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Pós-Graduação *lato sensu* (MBP) em Petróleo e Gás na Coppe/UFRJ (2009). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da FGV/EBAPE. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Assessor Especial do Secretário de Fazenda e Sócio Sênior de Vinhas e Redenschi Advogados. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Rio de Janeiro. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional São Paulo. Representante da Fazenda junto ao Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e membro permanente da Comissão de Direito Financeiro e Tributário.

¹ A doutrina norte-americana das *public utilities*, com o poder regulamentar de certas atividades econômicas nas mãos de entidades descentralizadas e especialidades – *Commissions* –, muito por conta da formação dos técnicos do antigo Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, influenciou a chamada escola renovadora Administração Pública brasileira, dando contornos às regras regulatórias que iriam povoar o sistema regulatório da época, em especial, o Código de Águas de 1934 e, inclusive, dispositivos da própria Constituição de 1934. Para um maior aprofundamento do tema, sugerimos, por todos: TÁCITO, Caio. “Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fórum, Vol. 129, jul./set. 1977, p. 21-33.

passado, evidencia que o estágio de sofisticação entre os sistemas norte-americano e brasileiro sofre distância proporcional aos anos que os separam.

Enquanto nos Estados Unidos, logo após a independência americana, a primeira reação à influência colonial inglesa foi a aversão aos mecanismos da Coroa, em especial, ao controle rigoroso da economia, no Brasil, o caminho foi inverso. Mesmo após a independência, “a antiga antinomia Metr3pole-Col3nia persistia, com novos quadros, na nova antinomia Estado-Naça3o”.²

Isto se reflete na regulaça3o estatal. Nos Estados Unidos, a teoria da regulaça3o independente se estabelece, de forma gradual, a partir da realidade f3tica do mercado,³ ganhando força e, por via de consequ3ncia, legitimidade social, como sistema de superaça3o das dificuldades decorrentes da evoluça3o da fixaça3o de preç3os.⁴

A regulaça3o estatal brasileira, por sua vez, surge a *f3rceps*, invadindo uma seara conceitual r3gida e estaiada a uma matriz francesa calcada na figura do Chefe do Poder Executivo, j3 dissociada completamente da realidade econ3mica do final do s3culo passado, que evidenciava a *crise do Estado-Administraça3o*.⁵

Aparece, portanto, *intrusa* a um direito administrativo confort3vel com seus dogmas cl3ssicos, ainda que in3teis para auxiliar no inexor3vel problema pol3tico de

² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formaça3o do patronato pol3tico brasileiro*. 5ª ed., S3o Paulo: Globo, 2012, p. 196.

³ Interessante notar que uma das primeiras ag3ncias estruturadas para a regulaça3o nos Estados Unidos, criada em 1914, foi a *Federal Trade Commission*, ressaltando uma preocupaça3o antitruste da sociedade americana que surge desde os prim3rdios, com o *Sherman Act* de 1890, e culmina com o *Federal Trade Commission and Clayton Acts* em 1914, quando a atribuiça3o da funça3o reguladora passa de um 3rg3o do Poder Executivo (*Bureau of Corporations*) a uma ag3ncia independente. Sobre a criaça3o da ag3ncia como um marco da pol3tica antitruste norte-americana, suas origens, contexto hist3rico e pol3tico, por todos, citamos o cl3ssico livro do historiador norte-americano Martin J. Sklar, *The corporate reconstruction of american capitalism, 1890-1916: the market, the law, and politics*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2004.

⁴ O direcionamento natural e volunt3rio a um modelo de regulaça3o independente pode ser notado na seguinte passagem do Presidente Woodrow Wilson, no in3cio do s3culo passado: “(...) *to provide tribunals which would distinctly determine what was fair and what was unfair competition; and to supply the business community, not merely with lawyers in the Department of Justice who could cry, ‘Stop!’*, but with men in such tribunals as the *Federal Trade Commission*, who could say, ‘Go on’, who could warn where things were going wrong and assist instead of check.” (In *The Inquiry Papers*. Manuscripts and Archives. New Haven: Yale University Library, (MS 8), p. 154).

⁵ “O Estado deixa de empreender e passa a regular e a garantir. N3o 3 mais Estado-Empres3rio nem Estado-de-Bem-Estar, mas Estado-Regulador e/ou Estado-de-Garantia.” (In MOREIRA, Egon Bockman. “Notas sobre o Estado Administrativo: de omiss3o a hiperativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 168)

se redefinir o tamanho e o papel do estado,⁶ em um cenário de crise fiscal, causado, em larga medida, por um grau elevado de ineficiência da máquina estatal.⁷

Por outro lado, o direito administrativo anglo-saxão, que teve dificuldades de ser considerado como disciplina autônoma,⁸ é construído em função da própria necessidade prática da regulação estatal e, por algum tempo, a ela se limita.⁹

Nos caminhos opostos que trilharam os Estados norte-americano e brasileiro na superação do período colonial, a teoria clássica do direito administrativo foi proporcionalmente aceita por gravitar em função de uma concepção francesa de Estado Unitário. Em ambos os contextos teóricos, no entanto, a regulação administrativa independente exerceu papel relevante.

De um lado, para se tornar a própria justificativa de um direito administrativo nascente, em um ambiente intrinsecamente averso à intervenção estatal. De outro, em uma cultura calcada pela centralização e unidade da “estrutura piramidal napoleônica”,¹⁰ para superar conceitos que até então eram defendidos com a paixão ideológica da imutabilidade.

⁶ Luis Carlos Bresser Pereira, em texto publicado em 1998, observava exatamente esta contradição entre os dogmas jurídico-teóricos da época e a necessidade de reforma ou reconstrução do Estado, diante dos contornos econômicos e sociais que se apresentavam e a inoperância administrativa, financeira e, até mesmo, governamental e política, para fazer frente a estes novos desafios: “[a] grande tarefa política dos anos 90 é a reforma ou reconstrução do Estado. (...) A reforma do Estado envolve quatro problemas que, embora interdependentes, podem ser distinguidos: (a) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar”. (In “A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle”. *Lua Nova revista de cultura e política*. n.º 45. São Paulo: CEDEC, 1998, p. 49-50)

⁷ Sobre a relação entre crise fiscal e a ineficiência estatal na década de 1990, por todos, vide: ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio. “O Ajuste do Governo Central: além das reformas”. *A economia brasileira nos anos 90*. Organizadores Fábio Giambiagi e Maurício Mesquita Moreira. 1ª ed. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p. 85-110.

⁸ No final do século XIX, início do século XX, o entendimento predominante era o de que o *rule of law* era incompatível com a dualidade de jurisdição do *droit administratif* francês, muito por influência do professor da Universidade de Oxford, Albert Venn Dicey, cuja obra é considerada uma dos marcos do constitucionalismo anglo-saxão: “*This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression droit administratif is significant; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilization from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown*”. (In *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Reprint. Originally published: 8th ed. London: Macmillan, 1915, p. 214)

⁹ “*Administrative law is the study of the roles of government agencies in the U.S. legal system, including the relationships between agencies and the other institutions of government – Congress, the Judiciary, and the President*”. (In PIERCE JR., Richard J. *Administrative Law*. Nova York: Foundation Press, 2008, p. 1). Esta visão, de certa forma simplista do alcance da disciplina foi, aos poucos, ampliando-se para abarcar outras relações entre Estado e particulares, como, os contratos administrativos. Sobre o tema, por todos, vide: DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1951; PARKER, Reginald. *Administrative Law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., Inc., 1952; ADAMS, John Clarke. “Breve exposição sobre o Direito Administrativo Norte-Americano”. Tradução promovida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas. Do original francês publicado na *Revista Internacional de Ciências Administrativas*. Vol XXIII. 1957. n.º 4. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18382/17135. Consulta 18 abr. 2018.

¹⁰ GUERRA, Sérgio. “Separação de Poderes, Executivo Unitário, Estado Administrativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 127.

De uma forma ou de outra, a superação de todas as dificuldades conceituais impostas pelo patriarcado ideológico que se arrastava no Brasil desde o final da década de 1930, permitiu que a teoria do direito administrativo se aproximasse da realidade da estrutura econômica brasileira do final do século passado.

Mais do que isto, permitiu, ainda que com significativo atraso, revisar conceitos teóricos, diante dos novos limites e possibilidades constitucionais sobre o papel do Estado na economia. As novas ideias constitucionais desafiavam o direito administrativo a superar o modelo de decisão estatal hierárquico, vertical e binário do Estado Unitário.

O texto constitucional de 1988, especialmente em relação às formas de atuação do Estado na ordem econômica, quase uma década após sua publicação, encontrava, na teoria do direito administrativo, a sustentação teórica de paradigmas revisitados. Processo este que os direitos e garantias fundamentais, por exemplo, já haviam encontrado no direito constitucional desde o início.¹¹

A habilidade estatal de encontrar respostas rápidas e eficientes diante da complexidade das relações sociais, moldadas por processos econômicos mais sofisticados e novas tecnologias disruptivas, através da regulação independente, havia ganhado escala principalmente após a Segunda Guerra Mundial¹² e estimulava o direito administrativo a encontrar uma forma mais célere e técnica para regular este feixe interativo dinâmico, com novos atores e em constante mutação. As respostas não estavam mais em paixões e apegos a dogmas construídos. Era necessário inovar.

O Estado Regulador, portanto, surge no Brasil, buscando estruturar formas de se lidar com as imposições de uma realidade econômica e social heterogênea e enredada, não raro, em uma progressão não linear e instável. É relativamente recente e foi conquistando espaço através de uma ruptura dolorosa de modelos teóricos até então dogmáticos.

Já nos Estados Unidos, apesar de consolidado há mais de um século, por lá também sofre contestação. E contestações fortes. Em especial, no campo da ciência política e, agudamente, em momentos de pressão popular, em que começa ser culpada de toda a sorte de problemas genéricos, por exemplo, as falhas do sistema político, as formas de captura pelos interesses de quem deveria regular e as decisões econômicas equivocadas.¹³

A regulação independente passa a ser encarada, principalmente através de lentes populistas, como um elemento do *liberalismo antidemocrático*, que afastaria

¹¹ Sobre os malefícios entre o descompasso evolutivo do Direito Administrativo e do Direito Constitucional no Brasil, sugerimos, por todos: BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. "Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão". *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721. p. 1938-1960.

¹² Cf. MOUNK, Yascha. "The undemocratic dilemma". *Journal of democracy*, Vol. 29, N. 2, April, National Endowment for Democracy and Johns Hopkins University Press, 2018, p. 100.

¹³ Sobre as críticas ao sistema de regulação independente norte-americano, por todos, vide: MCCRAW, Thomas K. *Prophets of regulation*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1984, especialmente o Capítulo 8 ("Regulation Reconsidered"), p. 300-309.

a vontade popular das políticas públicas relevantes.¹⁴ O que era aceito como elo indiscutível da *democracia liberal* enfrenta as críticas de perpetuar a concentração de poder pela elite e de afastar a participação popular em processos decisórios importantes, sob o argumento de serem complexos e técnicos.

Por mais que haja, no plano teórico, um constante movimento pendular em considerar graus mais elevados ou não de eficiência da regulação independente, as recaídas centralizadoras ainda são pontuais e dependentes do momento político, mas vistas como exceção.¹⁵

Ainda, é distante se pensar em uma defesa da centralização absoluta nos Estados Unidos. E, mais ainda, há um forte movimento liberal de parte expressiva do pensamento acadêmico norte-americano,¹⁶ que reputa como maléfica qualquer forma estruturada de regulação, mesmo que descentralizada e independente, por conta da captura do regulador e da conseqüente diminuição da competitividade. Em momento algum, no entanto, sequer se imaginou a centralização de poder como solução.

No Brasil, muito por conta da nossa forte tradição de verticalização do Poder,¹⁷ o modelo de regulação administrativa está inserido em um ambiente de crise federativa.

As agências reguladoras, tais como concebidas, e que haviam, com maior ou menor desenvoltura, a depender do subsistema regulado, atuado nas últimas duas décadas, ultrapassando as barreiras teóricas iniciais e sobrevivido a, pelo menos, uma grande mudança de orientação política desde o seu surgimento, agora se veem diante de dois grandes desafios em sua relação com o poder central: separar a legítima escolha “Política” de mudança de rumo na atividade regulada, da indesejável interferência “política” na regulação técnica.

Esta questão se torna mais aguda na problemática fronteira entre regulação e políticas públicas, em que a relação da regulação independente com o poder central encontra uma zona cinzenta perigosa e propícia à interferência “política” na regulação técnica.

¹⁴ “The rise of populists who champion illiberal democracy may, in turn, reflect popular dissatisfaction with preexisting systems that suffered from the inverse defect: undemocratic liberalism. Such systems are liberal, yet fail to live up to democracy’s promise to let the people rule. Although they (mostly) respect the rule of law and (largely) protect the rights of minorities, they fail to translate popular preferences into public policy”. (MOUNK, Yascha. Idem.)

¹⁵ Como é o caso, de forma exemplificativa, no campo doutrinário, da *non-delegation doctrine*, utilizada pela Suprema Corte Americana até meados da década de 1930, e, no campo prático, da *Executive Order* nº 12.291, de 17 de fevereiro de 1981, editada no início do Governo Reagan, que passou para um órgão central, o *Office of Management and Budget*, o controle do custo-benefício de decisões de agências com custo superior a US\$ 100 milhões.

¹⁶ A chamada teoria econômica da regulação, cuja origem foi o pensamento liberal da Escola de Chicago, inaugurada por George Joseph Stigler em 1971 e mais adiante desenvolvida por Peltzman, Becker e outros expoentes. Para um aprofundamento maior sobre o tema, vide: MAJONE, Giandomenico. “As transformações do Estado regulador”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, Vol. 262, jan./abr. 2013, p. 11-43.

¹⁷ “O povo brasileiro, como nação ou nas camadas mais politizadas, não conheceu, nunca, o governo autônomo. [...] O *self-government* não estava nos hábitos e nos costumes, mas nas doutrinas e nas teorias. A tradição fizera-se no regime centralizador, com a herança da monarquia portuguesa, muitas vezes secular. A ordem liberal, com o autonomismo, aparecia como um corpo estranho, trazido pela revolução, importado.” (In FAORO, Raymundo. Ob. cit., p. 65)

O presente artigo visa a mergulhar um pouco nas razões e consequências da regulação na ambiência caótica do federalismo brasileiro, especialmente porque, em última análise, envolve a própria crise das instituições democráticas. Quanto maiores os problemas, sejam econômicos ou políticos, maior a tentação de centralização que, ao largo de ser democrática, reflete uma crise de identidade que tensiona permanente as instituições, numa dinâmica perigosa entre o paradoxal movimento de *descentralizar centralizando*.

2. A constante tensão institucional entre regulação e políticas públicas no Estado brasileiro policêntrico

O *novo perfil* de intervenção do Estado no Brasil que exigiu uma forma mais rápida para regular complexas relações sociais e econômicas estressou sobremaneira as capacidades institucionais dos organismos do Estado, da forma como concebidas pela visão tradicional da separação funcional de poderes.

Nesse novo contexto social dinâmico, a acepção histórica da clássica divisão tripartite do poder, com centros de poder estanques, não cooperativos e, por vezes, sobrepostos, não mais dá conta de delimitar as funções e o alcance dos poderes do Estado.¹⁸

Para melhor compreensão do atual cenário brasileiro quanto à relação da regulação, por agências estatais independentes, principalmente no plexo das políticas públicas, é importante investigar quais as influências da conformação do desenho institucional da Administração Pública brasileira, situando o papel das agências reguladoras em nosso modelo de Estado Administrativo.

Na evolução político-institucional brasileira, “podemos afirmar que a ideia de Estado Administrativo foi criada com o intuito de restringir e vigiar os poderes públicos”,¹⁹ em contraposição ao modelo do Executivo Unitário, com regime hierárquico entre os órgãos executivos, e protagonizando uma máquina administrativa caracterizada pela centralização e unidade. Com esta estrutura burocrática “piramidal, napoleônica, isto é, centralizada na figura do Chefe do Poder Executivo (Executivo Unitário) sob a teoria tripartite da separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)”,²⁰ o Estado brasileiro unitário viveu o seu apogeu.

¹⁸ A acepção histórica da divisão de poderes já vem sendo questionado há tempos na academia norteamericana. Como afirma Bruce Ackerman: “[a] pesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório” (in: “Adeus, Montesquieu”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014, p. 14). Sobre o tema, vide, ainda: ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”. *Harvard Law Review*. Vol. 113, n.3, 2000, p. 633-725.

¹⁹ In MOREIRA, Egon Bockmann. “Notas sobre o Estado Administrativo: de omissão a hiperativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 155.

²⁰ In GUERRA, Sérgio. “Separação de Poderes, Executivo Unitário, Estado Administrativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 127.

Nesse sentido, aos poucos se construiu um “modelo de governança que se denominou Estado Administrativo (*Administrative State*)”,²¹ com forte influência norte-americana, em contraponto ao modelo francês do Executivo Unitário.

Em um ambiente econômico de desestatização, ao longo da década de 1990, o Estado Administrativo prospera no Brasil principalmente com a adoção do modelo de regulação descentralizada, através de agências reguladoras, autarquias ditas especiais. As agências reguladoras aparecem, portanto, como necessidade de um *Estado-Administração* em crise.

E também como necessidade de evitar a concentração de poder no Chefe do Executivo, como consequência das interações sociais dinâmicas para trazer para a realidade econômica as decisões que impactam as atividades reguladas.

A existência de agências reguladoras com poderes normativos²² no ordenamento jurídico pátrio está em linha com a concepção de Estado Policêntrico,²³ no atual cenário da estrutura administrativa brasileira, ou seja, sem uma unidade orgânica e centralizada.

Por outro lado, as escolhas no campo das políticas públicas envolvem um desafio teórico não só adstrito à ciência política. O engajamento do direito,²⁴ da economia²⁵ e de outros ramos das ciências sociais têm apresentado resultados notáveis

²¹ In ob. cit. p. 128.

²² Parte significativa da doutrina sustenta a autonomia normativa das agências reguladoras, com base em construção doutrinária da Europa continental *deslegalização* ou *deslegifcação*. “[T]udo concorre para que, pouco a pouco, substitua-se um monopólio legislativo ineficiente por um sistema de comandos normativos descentralizado e polivalente, remanescendo, todavia, com as casas legislativas nacionais, apenas o monopólio da política legislativa, que vem a ser a competência para firmar princípios e baixar as normas gerais, a serem observadas pelas demais fontes intraestatais” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 117). Sobre a recepção do fenômeno da *deslegalização* no ordenamento jurídico nacional, vide: ADI 4568 (salário-mínimo) e AC nº 1193 QO-MC/RJ (Decreto de Licitação da Petrobras). Contra, por todos, vide: BINENBOJM, Gustavo. Ob. cit., p. 292-310, e a polêmica doutrinária em torno da decisão do STF na ADI nº 1193 (Dispositivo da Lei Geral de Telecomunicações que confere à ANATEL poderes para dispor sobre o regime das licitações aplicável ao setor).

²³ “A superação da oposição público/privado se conjuga com a ‘despolitização’ de uma série de funções estatais, levando ao que Jacques CHEVALLIER denomina de ‘ruptura do monolitismo de uma Administração que evolui para a adoção de um modelo *policêntrico*, caracterizado pela coexistência de vários centros de decisão e de responsabilidade” (In ARAGÃO, Alexandre. Ob. cit. p. 134).

²⁴ Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho defendem categoricamente que há razões muitas para se afirmar o valor do Direito nas políticas públicas, de forma que “[o] sucesso da ação governamental – talvez outro nome para política pública –, tanto no plano normativo como no fático, depende, intrinsecamente, do Direito e de variáveis a ele ligadas”. Em primeiro lugar, porque “o DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos”. Em segundo lugar, porque, “[o] Direito, além de fornecer a estrutura básica das políticas públicas, também *condiciona seu método de definição* – ou seja, os trâmites processuais e os requisitos procedimentais que guiarão sua execução. Ademais, as normas jurídicas também atribuem a organizações específicas a tarefa de implementá-las, no todo ou em parte.” Por último, apontam os autores como fator de destaque do Direito no debate das políticas públicas o fato de o controle exercido ser de caráter eminentemente jurídico. (In “Direito e Política: dois mundos?”. *Direito da regulação e políticas públicas*. Carlos Ari Sunfeld, organizador... [et al.], São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47-49.

²⁵ Como afirma Gustavo Binenbojm, baseado em conceitos de *behavioral economics*: “Uma das vantagens do método econômico é o uso de dados empíricos e da linguagem matemática, o que torna mais objetivas as discussões e refutáveis as teses defendidas. Assim, além de orientar a política regulatória no sentido da maximização dos resultados pretendidos pela deliberação democrática, a análise econômica presta

para ambos os lados, ou seja, tanto para a ampliação do universo teórico das ciências sociais, como para a concepção e execução das políticas públicas.²⁶

Estabelecidas em linhas gerais as premissas de introdução e admissão das agências reguladoras, no Estado Administrativo brasileiro, o problema, principalmente no campo da tensão institucional em aspectos referentes às políticas públicas, tais como definição, implementação, custeio e fiscalização, concentra-se em saber em qual polo situar as agências reguladoras nestas funções e em quais pontos afastar suas decisões independentes para seguir uma diretriz imposta pelo Poder Central. Em outras palavras: *qual a medida da autonomia das agências reguladoras, em um campo tradicionalmente político, mas hoje permeado por critérios técnicos?*

E mais: esta autonomia pode ir de encontro a diretrizes estabelecidas para as políticas públicas? Ou ainda: pode a autoridade reguladora substituir o legitimado democrático para tomar decisões políticas pelo fato de ser dotada de expertise técnica?²⁷

A estas questões, com foco na tensão entre escolhas administrativas regulatórias e escolhas Políticas no campo das políticas públicas, nos dedicaremos no tópico que se alinha.

3. A crise de identidade da regulação no Brasil: descentralização na forma, centralização na essência

As escolhas regulatórias, principalmente na esfera normativa, devem não só respeito às escolhas políticas normativas, da qual inclusive sua delegação tira seu fundamento de validade, como também servem para ratificar e proteger estas escolhas políticas, valendo-se da técnica para afastar arbítrios casuísticos. A atividade regulatória, portanto, visa a proteger o ambiente sistêmico na qual está inserida.

também a diagnosticar as *falhas de regulação*, assim entendidas aquelas medidas inaptas a alcançar os resultados pretendidos ou cujos efeitos – desejados ou não – sejam contrários a eles”. (In *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 240-241).

²⁶ Um exemplo interessante é o do prêmio Nobel de economia concedido, em 1986, ao economista norte-americano, James McGill Buchanan Jr., pelos avanços no tema da escolha pública, dando início inclusive a uma teoria econômica da escolha pública, medindo os graus de politização da escolha econômica e seu reflexo nas execuções das políticas públicas. Vide BUCHANAN JR., James M, TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy* [1962], The Online Library of Liberty. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf. Consulta em 17.03.2018.

²⁷ A expertise técnica absoluta como forma de subclassificação da discricionariedade administrativa não é bem aceita por parte da doutrina. Sérgio Guerra, por exemplo, refuta a ideia de que o exercício de uma expertise técnico-científica das agências seja apta a ensejar uma subespécie específica da *discricionariedade administrativa* a ser denominada de *discricionariedade técnica*. Para o autor: “O termo discricionariedade técnica visa apenas (*sic*) uma limitação jurisdicional do controle do seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz. Não se identifica no ordenamento nenhum instituto juridicamente aplicável à discricionariedade técnica como uma pseudoespécie da discricionariedade administrativa.” (In “Normatização por entidades reguladoras independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade”. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 207, *apud* GUERRA, Sérgio. “Poder normativo das agências reguladoras”. *Revista de direito administrativo*, v. 252, p. 158-159).

A regulação administrativa brasileira, entretanto, surgiu com ambições maiores. Não bastou se limitar a uma atitude passiva garantista da lógica sistêmica posta, herdada das origens norte-americanas. Ao revés, perseguiu desde os seus primórdios “objetivos de interesse público, traduzidos em *inputs* extrassistêmicos que são a um só tempo impostos pelo poder público (via políticas públicas) e filtrados e absorvidos por ele (via atividade regulatória)”.²⁸

Este é um ponto fundamental na diferenciação entre a regulação administrativa norte-americana, *primordialmente*²⁹ passiva e garantista, da regulação administrativa brasileira, ativa no sentido de, além da fiscalização, auxiliar na função de *implementação* das políticas públicas.³⁰

Este, de certo modo, *ativismo regulatório* brasileiro, apesar de ser, em determinados subsistemas regulados, saudável para a nossa realidade econômica e social, tensiona ainda mais os limites entre as funções de *definição*, política por excelência, da função de *implementação*, que convive com escolhas políticas e escolhas regulatórias.

Diante deste cenário de sobreposição aparente de funções, estabelecer os limites de atuação é fundamental para a própria existência da regulação administrativa. Inclusive porque, por conta da nossa herança hierárquica e vertical, em momentos de choque institucional, o impulso centralizador é muito presente, com o risco de a descentralização regulatória ser mitigada por uma tendência *lógico-histórica*³¹ de centralização de poder.

²⁸ In MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista eletrônica de direito administro econômico*. Nº 4, Salvador, nov./dez. de 2005/janeiro de 2006, p. 4. Disponível em: https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf. Consulta em: 18 mar. 2018.

²⁹ A expressão *primordialmente* se justifica, porque, como vimos há exemplos de atitudes mais ativas da regulação perante o subsistema econômico regulado, como é o caso, por exemplo, da EO nº 12.291, de 17 de fevereiro de 1981.

³⁰ Vejamos alguns exemplos, em subsistemas regulatórios de atividades econômicas de alta relevância e complexidade e que antes eram monopólio do Estado: (i) a Lei nº 9.478/97, com modificação introduzida em 2005, pela Lei nº 11.097, destaca como uma das funções precípuas atribuídas à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP a de “*implementar*, em sua esfera de atribuições, a *política nacional* de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos” (art. 8, inciso I. Grifos nossos); (ii) a Lei nº 9.427, através de modificação instituída pela Lei nº 10.848/2004, estabelece para a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL atribuição semelhante: “I - *implementar as políticas e diretrizes do governo federal* para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”; e (iii) a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por sua vez, criada pela Lei nº 9472, possui a atribuição legal de “I - *implementar*, em sua esfera de atribuições, a *política nacional de telecomunicações*” (art. 19, inciso I).

³¹ Uma das vertentes mais interessantes do movimento lógico-histórico, defendida pelo filósofo russo Pável Kopnin, reside na compreensão de que totalidade do objeto está nos pares dialéticos: todo conhecimento contém visões entre o passado e o futuro, recheadas de angústias, medos, aflições, ousadias, avanços e retrocessos. A compreensão do objeto é mutável de acordo com as necessidades sociais, ao contrário das leis da física: “o mundo objetivo e suas leis interessam ao homem, não por si mesmos, mas enquanto meio de satisfação de determinadas necessidades sociais”. (In KOPNIN, P. V. *A dialética como lógica e teoria do conhecimento*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 61)

Se, de um lado, o texto constitucional não comporta abertura semântica que permita ao Estado-agente, normativo e regulador, da atividade econômica³² a possibilidade de substituir o legitimado democraticamente ungido para tomar decisões políticas, de outro, os limites da atuação desta regulação ativa, diante de uma moldura histórica centralizadora, ganham uma complexidade prática, passível de gerar graus de insegurança jurídica, com notórios e péssimos resultados econômicos e sociais.

A regulação brasileira, descentralizada na forma, ainda guarda fortes resquícios centralizadores na sua essência.

Os atos do Estado-agente regulador, normativos ou não, devem se basear em critérios técnicos, mas com o objetivo precípuo de efetivar e defender as decisões a ele imputadas por àqueles a quem cabe democraticamente exercer as escolhas determinantes para a implantação de determinada política pública.

Isto não importa afirmar que há *deficit democrático* na concepção em tese do poder normativo das agências reguladoras,³³ mas sua atuação em concreto pode gerar falhas que se contrapõem ao princípio democrático.

O problema pode ser resumido na seguinte indagação: após a definição de regras e critérios de *implementação* pelo regulador, com base estrita nas *definições* políticas, até que ponto pode o poder central subverter estas regras episodicamente?

Da análise de casos levados recentemente ao Supremo Tribunal Federal que enfrentam essa temática,³⁴ um se destaca pela sua relevância federativa e econômica.

A definição de critérios para a fixação do preço mínimo de referência do petróleo contrapôs recentemente uma resolução válida e recém-editada pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, a um ato posterior e

³² Cf. Art. 174 da Constituição da República: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

³³ Sobre o tema, por todos, vide, entre os que defendem a *legitimação pelo procedimento* como forma de superar o *deficit democrático*: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p. 235; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 310. Em sentido contrário, negando a legitimação pelo procedimento, mas sustentando não haver *deficit democrático*, vide: JUSTEN FILHO. Agência reguladora e democracia: existe um *deficit democrático* da ‘regulação independente’?. In: *O poder normativo das agências reguladoras*. Alexandre Santos de Aragão, coordenador... [et al.]. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 227-250.

³⁴ Outro caso interessante resultou na contraposição entre a normatividade legal e a normatividade regulatória, em um processo de apelo popular e midiático: a fosfoetanolamina (a conhecida “pílula do câncer”). O caso deu ensejo à propositura da ADI 5501 MC / DF pela Associação Médica Brasileira – AMB, com pedido de liminar, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016, que, em breve síntese, autorizava o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, e, portanto, sem a autorização da ANVISA. O Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar, enfatizando o papel técnico da agência reguladora, como corolário do princípio da separação de poderes: “Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. A Constituição incumbiu o Estado, aí incluídos todos os respectivos Poderes, do dever de zelar pela saúde da população. No entanto, considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis, foi criada, nos termos do art. 37, inciso XIX, do Diploma Maior, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, à qual compete, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar a distribuição de substâncias químicas (...)”.

episódico do Conselho Nacional de Políticas Energéticas – CNPE, em exemplo que personifica singularmente as contradições do modelo brasileiro.

Em outras palavras, através da interferência do *poder central* na regulação técnica, houve consequências federativas diretas, contrapondo a União, de um lado, a Estados e Municípios produtores, de outro.

Ao longo da Ação Civil Originária nº 2.865, o Estado do Rio de Janeiro sustentou a defasagem dos atuais “critérios para a fixação do preço mínimo do petróleo, produzido mensalmente em cada campo, a ser adotado para fins de cálculo das participações governamentais”, estabelecidos na Portaria ANP nº 206/2000.

Para revisão desses critérios, foi instaurado processo administrativo, junto à ANP. O pleito estava em regular tramitação no interior da agência, em fase de designação de audiência pública, que seria realizada em 10/03/2016.

Antes da realização da audiência e posterior deliberação da referida agência, foi editada a Resolução nº 01, de 20 de janeiro de 2016 do Conselho Nacional de Políticas Energéticas – CNPE, órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energias (MME), determinando que a ANP “mantenha a atual sistemática de apuração dos preços mínimos do petróleo, considerados para o efeito do cálculo dos valores a serem pagos a título de *royalties* ou de Participação Especial”.

O Ministro Luiz Fux, relator do caso, proferiu decisão em pedido de tutela antecipada, concluindo que o ato emitido pela CNPE constituiu *indevida intromissão na autonomia e independência funcional da agência reguladora*:

(...) uma indevida intromissão realizada pelo Conselho Nacional de Política Econômica – CNPE nas atribuições autônomas e independentemente asseguradas pela Lei nº 9.478/97 e pelo Decreto nº 2.705/1998 à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Como já discorrido no início do presente *decisum*, tais diplomas normativos destinam à ANP a competência para fixação dos valores mínimos, bem como do preço de referência, relativos aos critérios para o cálculo das compensações financeiras.

O papel errático e invasivo do Poder Central, em relação à regulação independente no Brasil, buscou um protagonismo técnico que vai de encontro aos objetivos legais das próprias agências reguladoras.³⁵ Até porque, na análise da relação

³⁵ Um exemplo esclarecedor desta situação pode ser encontrado no caso da delimitação entre os regimes público e privado dos portos, em um ambiente normativo então novo – Lei nº 12.815/2013 – que, em última análise, contrapôs o TCU à ANTAQ, em uma questão fundamental para a infraestrutura nacional. O Acórdão TCU nº 989/17 foi resultado de uma Auditoria de Conformidade realizada pelo Tribunal com o objetivo de examinar e avaliar os atos e procedimentos adotados pela extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e pelas Autoridades Portuárias para a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamentos portuários. Ao longo da fundamentação e das determinações, fica clara a intenção da Corte de impor sua própria metodologia de avaliação da

regulatória, a atuação do Poder Central é sempre parcial, denotando uma *captura da regulação pelo poder concedente*.

Não se pode pretender que a maior autonomia das agências reguladoras sempre prevaleça em campos teóricos complexos. Há, por certo, que se analisar as circunstâncias de cada caso concreto. Vale dizer, não é possível afirmar de forma abstrata e absoluta que a competência regulatória das agências deva sempre prevalecer sobre quaisquer interferências externas nos eventuais embates com os poderes políticos.

Podemos afirmar, entretanto, que, em termos de regulação das políticas públicas, subverter casuisticamente as delegações normativas conferidas por lei às agências reguladoras, cria uma ambiência regulatória de insegurança jurídica, a não recomendar, *a priori*, que haja derrogações de suas competências para atender a interesses políticos transitórios e arbitrários – *interferência “política” na regulação técnica*.

Por outro lado, admitir que, em nível regulatório, haja definições da *Política* da atividade regulada, reflete um *deficit democrático* insuperável, ao retirar do ator político, legitimamente responsável, o papel decisório que a Constituição lhe atribui – *decisão “Política” de mudança de rumo na atividade regulada*.

Não raro o critério da necessidade de *expertise* técnica é usado para justificar um maior grau de autonomia das agências reguladoras. Diante da dificuldade em se delimitar o conteúdo jurídico de políticas públicas, entretanto, abre-se um leque – maior do que o desejável – de possibilidades para o controle político da regulação pelo órgão ao qual a agência reguladora se vincula.³⁶

A discussão apresenta reflexos extrassistêmicos. No campo do controle externo da atividade regulatória, por exemplo, em especial, o realizado pelo Poder Judiciário, cabe-lhe resguardar o seu regular exercício, como forma de se efetivar as políticas públicas e contra o casuísmo e o arbítrio, em prol da segurança jurídica.

E, em sentido diverso, limitar as eventuais ultrapassagens dos limites legais da autonomia das agências, em busca de uma estabilidade regulatória fundamental para dar certeza, segurança e previsibilidade normativas em um campo dominado por vultosos e estratégicos investimentos, tanto públicos como privados.

4. Conclusão

A regulação administrativa no Brasil, descentralizada na forma, ainda guarda, em sua essência, fortes resquícios centralizadores.

A matriz norte-americana, que sem dúvida alguma foi exemplo para o avanço da regulação brasileira da década de 1990, apesar de ter influenciado um novo modelo

matriz de planejamento e de fiscalização, a despeito da existência de normativas da agência reguladora, com delegação legislativa e especialização técnica para decidir questões acerca do cálculo de eficiência dos modais portuários (Resolução ANTAQ nº 3.220/2014 e Resolução ANTAQ nº 4.877/2016).

³⁶ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 (*Tratado de direito administrativo*: v. 4, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, coordenadora), p. 662.

teórico descentralizado, dialógico, célere e técnico de regular atividades econômicas de alta complexidade, em campos dotados de alta especialização e necessidade de investimentos, encontra hoje barreiras históricas cunhadas na própria genealogia do Estado brasileiro: patrimonialista, centralizador, hierárquico e vertical.

A crise de identidade regulatória, muito mais do que um simples jogo de poder entre centralização e descentralização, apresenta resultados nefastos para setores importantes da infraestrutura nacional, como o setor energético, o setor de transportes e o setor de telecomunicações. Os múltiplos centros de poder trazem insegurança jurídica a setores que precisam do maior grau de previsibilidade possível para mitigar o risco regulatório em uma matriz de investimento de longo prazo.

No campo das políticas públicas, em que se admite uma postura mais ativa da regulação administrativa, em especial, na função de *implementação*, esta zona de aparente sobreposição das esferas central e setorial apresenta-se mais aguda. Em épocas de crise institucional então, o impulso da solução centralizadora surge como uma tendência *lógico-histórica* da genealogia do estado patrimonialista.

A crise regulatória brasileira, portanto, decorre desta ambivalência regulatória, com ímpeto centralizador. E, acima de tudo, decorre da *interferência "política" na regulação técnica*, de forma casuística e tendenciosa.

Mudar velhos hábitos reivindica um processo aflitivo. Pressupõe reviver o passado, duvidar de certezas e, acima de tudo, apostar nas incertezas de um novo cenário. Porém, sem este processo dinâmico, os erros inerciais tendem a perpetuar estruturas teóricas completamente dissonantes de uma sociedade plural, heterogênea e disruptiva.