



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB

FACULDADE DE DIREITO

ALEXANDRE PEREIRA PINHEIRO

**REVERSIBILIDADE DE BENS NA CONCESSÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO
FIXO COMUTADO: UMA ANÁLISE CRÍTICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA
RESPONSIVA DA REGULAÇÃO**

Brasília

2017

ALEXANDRE PEREIRA PINHEIRO

**REVERSIBILIDADE DE BENS NA CONCESSÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO
FIXO COMUTADO: UMA ANÁLISE CRÍTICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA
RESPONSIVA DA REGULAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira.

Brasília

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO
ALEXANDRE PEREIRA PINHEIRO

**REVERSIBILIDADE DE BENS NA CONCESSÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO
FIXO COMUTADO: UMA ANÁLISE CRÍTICA NA PERSPECTIVA NA TEORIA
RESPONSIVA DA REGULAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

Aprovada em: ___ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Membro FD/UnB)

Prof. Dr. Gabriel Boavista Laender
(Membro externo)

Profa. Dra. Christiana Soares de Freitas
(Suplente)

*À Kely e ao Bernardo,
em módica reparação
pelas horas que lhes foram furtadas,
pelo apoio, pelo amor incondicional,
em Deus, dedico este trabalho, com eterna gratidão.*

AGRADECIMENTOS

Conquanto não consiga nominar todos aqueles que colaboraram para o desenvolvimento da presente dissertação e a ela serviram de auxílio indispensável, devo, por justiça, apresentar os seguintes agradecimentos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha, cujas palavras, em uma manhã de julho de 2015, foram essenciais para a feição que ganhou este trabalho e que, de fato, alçou-me de uma pesquisa de feição advocatícia à pesquisa acadêmica.

Aos meus pais, Sávio e Edda: esta, mãe carinhosa; aquele, grande pensador do setor, me estimulou a escrever sobre tema. Ambos meus apoiadores incondicionais, por todo o auxílio que me deram e por todas as lições que me deram desde a mais tenra infância, e que ficarão, indelevelmente, retidas em minha memória.

Ao meu irmão Guilherme, notável acadêmico do setor de telecomunicações, que me ajudou a compreender a importância desse momento para as nossas vidas, e me estimulou a seguir na Pós-graduação.

Ao meu irmão, Padre Daniel, modelo de dedicação a Deus e ao próximo pelo sustento nos Sacramentos e nas orientações espirituais.

À Dra. Luana Cristina Cunha, pelo imprescindível auxílio com a correção dos arquivos.

Mais uma vez, à minha esposa Kely, profissional de destaque, mas mãe e esposa de maior destaque ainda, por tornar minha vida feliz, com esperança.

Ao pequeno Bernardo, que ainda não entende esse gesto, mas que, espero, possa, um dia, superar, e muito, o que o pai fez.

A Deus Nosso Senhor e a Nossa Senhora, por todas as graças conferidas.

FICHA CATALOGRÁFICA

PINHEIRO, ALEXANDRE PEREIRA.

Reversibilidade de bens na concessão do serviço telefônico fixo comutado: uma análise crítica na perspectiva da teoria responsiva da regulação. Orientador Márcio Iorio Aranha. Brasília, 2016.

xii, 222 p., 210 x 297 mm (FD/UnB), Mestre, Dissertação de Mestrado - Universidade de Brasília, 2016.

Faculdade de Direito

1. Telecomunicações 2. Lei Geral de Telecomunicações

3. Bens reversíveis 4. Regulação

I. FD/UnB

II. Título

SUMÁRIO

RESUMO	11
ABSTRACT	12
INTRODUÇÃO	12
1 A FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DAS ORIGENS TRADICIONAIS À RECENTE ABERTURA DOGMÁTICA, COM SEUS REFLEXOS PARA A REGULAÇÃO .	17
1.1 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	17
1.2 AS NOVAS FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	22
1.3 AS INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO ADMINISTRATIVO.....	34
1.4 CONSENSUALIDADE E ATIVIDADE REGULATÓRIA	40
1.4.1. A visão de Maria Sylvia di Pietro sobre as transformações do direito administrativo	50
1.4.2. A posição de José Vicente Santos de Mendonça	52
1.4.3. Conclusão parcial: novos fundamento e forma da atuação Administrativa	53
1.5 REFLEXOS PARA A REGULAÇÃO	55
1.6 A CAMINHO DE UMA REGULAÇÃO DESCENTRALIZADA	59
2 A TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO COMO RESPOSTA À NOVA CONFORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	68
2.1 A GÊNESE DA TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO DE AYRES E BRAITHWAITE	68
2.2 OS PRESSUPOSTOS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA	71
2.3 REJEIÇÃO DA REGULAÇÃO COMO RESPOSTA AO “HOMEM MAU”	74
2.4 O <i>DESIGN</i> DAS ESTRATÉGIAS E PUNIÇÕES REGULATÓRIAS – A FIGURA DA PIRÂMIDE	77
2.4.1 O sequenciamento de instrumentos	81
2.5 A <i>BIG GUN</i> REGULATÓRIA NA TEORIA RESPONSIVA.....	84
2.6 A PIRÂMIDE VISTA COMO INSTRUMENTO DE COMBINAÇÃO DE ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS E AS PRECISÕES DA <i>SMART REGULATION</i>	87
2.7 CRÍTICAS À TEORIA RESPONSIVA E AS RESPOSTAS.....	92
2.8 CONFIANÇA E COOPERAÇÃO	98
2.8.1 Um caso concreto para posicionar o problema.....	98
2.8.2 Papel da confiança na colaboração e no cumprimento das normas	101
2.9 REGRAS-GUIA PARA UMA FISCALIZAÇÃO EFICIENTE DAS REGRAS REGULATÓRIAS	109
2.10 REGULAÇÃO RESPONSIVA E CAPTURA.....	112
2.10.1 Definindo (e limitando) os termos do problema	112
2.10.2 A solução preconizada por Ayres e Braithwaite – o “Tripartismo”	116

2.11 O MEIO DA PIRÂMIDE – A AUTORREGULAÇÃO IMPOSTA (<i>ENFORCED SELF-REGULATION</i>)	123
2.12 AS LIMITAÇÕES DA “LICENÇA REGULATÓRIA”: A LICENÇA SOCIAL E O PAPEL DAS NORMAS JURÍDICAS	126
2.12.1 A existência de outras licenças no meio ambiente das empresas	126
2.13 A AUTORREGULAÇÃO NO CONTEXTO DA TEORIA RESPONSIVA	132
2.13.1 A autorregulação – sua normatividade como “razão de ordem segunda”, à luz da Teoria de Joseph Raz	137
2.14 – CONCLUSÃO PARCIAL	141
3 A REVERSIBILIDADE DE BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: AVALIAÇÃO À LUZ DA TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO	143
3.1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	143
3.2 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE E BENS REVERSÍVEIS	150
3.3 ASPECTOS HISTÓRICOS E NATUREZA JURÍDICA DOS BENS REVERSÍVEIS.....	153
3.4 A CONCEITUAÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS	156
3.5 O CONTEXTO DOS BENS REVERSÍVEIS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES – A PRESTAÇÃO, EM REGIME PÚBLICO, NO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO .	160
3.6 O CENÁRIO REGULAMENTAR DOS BENS REVERSÍVEIS – NORMAS E DECISÕES DA ANATEL.....	164
3.6.1 Posição da Anatel sobre os bens reversíveis.....	170
3.7 QUATRO APRECIÇÕES CRÍTICAS.....	172
3.7.1 Violação do princípio da eficiência e da segurança jurídica	172
3.7.2 A crítica do TCU: baixa transparência e pouca fiscalização.....	179
3.7.3 Relação com a sustentabilidade da concessão.....	183
3.7.4 A insuficiência das críticas precedentes – a visão da regulação responsiva.....	185
3.8 UMA PROPOSTA PARA PRESERVAR A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EM REGIME PÚBLICO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA	190
3.8.1. Regulação Responsiva e Supremacia do Interesse Público	190
3.8.2. Uma modelagem proposta pela Regulação Responsiva	192
4 CONCLUSÃO	198
REFERÊNCIAS	202

RESUMO

A presente dissertação investiga as possíveis consequências de mutações paradigmáticas do direito administrativo no contorno jurídico de um instituto considerado, tradicionalmente, intrínseco às concessões de serviço de telecomunicações: a reversão de bens. O estudo evidencia a relação das alterações doutrinárias dos institutos jurídicos do direito administrativo com a persistência dos bens reversíveis nas concessões de serviços de telecomunicações. Destarte, a linha investigativa do trabalho identifica se o instituto da reversibilidade de bens na concessão de serviço público de telecomunicações é, ainda, a única ou melhor forma de se atingir os fins por ele visados, em especial a continuidade do serviço. Em relação ao marco teórico, adotou-se a teoria responsiva da regulação, tal como concebida por Ian Ayres e John Braithwaite no livro *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, de 1992, e desdobramentos de pesquisas posteriores. A pesquisa inicia com investigação sobre o novo papel a ser desempenhado pela Administração Pública em sua atuação em geral e, especificamente, no âmbito regulatório. Em seguida, propõe-se a adoção da teoria responsiva da regulação como modelagem teórica adequada para conciliar uma nova forma de atuação administrativa com a proteção dos interesses públicos. Após um aprofundamento sobre as principais proposições da teoria responsiva, foram analisados a doutrina e o arcabouço normativo sobre o tema dos bens reversíveis no setor de telecomunicações, propondo-se, ao final, uma crítica à regulamentação atual e fornecendo-se uma possível modelagem que seguisse os ditames da teoria responsiva da regulação.

Palavras-chave: Teoria Responsiva da Regulação, bens reversíveis, serviços de telecomunicações, concessão de serviços públicos.

ABSTRACT

This study investigates the possible consequences of paradigmatic changes in Administrative Law in the legal context of an institute considered, at least traditionally, intrinsic to telecommunications service in Brazil: the reversal to the public domain or to a new service provider of assets owned by the current service provider. It is intended to highlight the relationship between the doctrinal changes in the legal institutes of Administrative Law and the persistence of the reversible assets in telecommunications service. Thus, the investigative line of the work will seek to know if the institute of the reversibility of asset in public telecommunications services is still the only or the better way to achieve its goals, especially the continuity of the service, from the perspective of the theory of responsive regulation, as conceived by Ian Ayres and John Braithwaite in the book *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, 1992. The research begins with developments on the new role to be played by the Public Administration, not least in the regulatory arena. Next, the study tackles the appropriateness of the theory of responsive regulation to reconcile a new form of administrative action with the protection of public interests. After that the main propositions of the theory of responsive regulation, the doctrine and the normative framework on the subject of reversible assets in the telecommunications sector were analyzed. Finally, a critique of current state of the art of the regulation and proposals providing a possible modeling that follows the dictates of the Responsive Theory of Regulation were made.

Keywords: theory of responsive regulation, reversible assets, telecommunications services, provision of public services.

INTRODUÇÃO

É praticamente um consenso doutrinário que o direito administrativo atravessa um momento de releitura de seus institutos à luz de novos paradigmas. Alguns institutos antes considerados quase que imutáveis e perpétuos para a maior parte dos administrativistas vêm sofrendo adaptações e até mesmo rejeição (pensa-se, por exemplo, em toda a polêmica e discussão envolvendo o princípio da superioridade do interesse público sobre o privado, considerado viga-mestra desse ramo jurídico, à quase unanimidade, há até pouco tempo). Esse novo contexto, no qual fervilham ideias novas, termina por abrir um leque de possibilidades no que toca às relações que podem se estabelecer entre Administração Pública e sociedade, refletindo na diversidade de modelos a pluralidade de que passa a se revestir a própria sociedade a que ela serve.

No epicentro dessas mudanças, e como não poderia deixar de ser, encontra-se o serviço público, atividade que foi, desde os primórdios do direito administrativo, um de seus principais objetos de estudo. Na obra de Léon Duguit, chega a configurar o próprio critério definidor do direito administrativo. Dada, portanto, a inegável relevância do serviço público, inúmeras investigações já foram feitas quanto ao assunto, nas quais se examinam mudanças na prestação do serviço, o novo ambiente institucional, com a criação de Agências Reguladoras, o poder normativo dessas autarquias em regime especial etc. Nem tudo, entretanto, já foi devidamente enfrentado, dada a vastidão do campo de pesquisa à frente do estudioso. Nos últimos anos, o setor de telecomunicações, um desses setores contemplados com menções específicas na Constituição Federal, inclusive no tocante à criação de um órgão regulador para regê-lo, foi tomado de assalto por um problema até certo ponto surpreendente, envolvendo a reversibilidade de bens na concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

Pode-se resumir a questão da seguinte maneira: em 2025 chegarão ao termo as atuais outorgas de concessão de STFC. Nessa data, voltarão ao domínio público os bens reversíveis das concessionárias. Há alguns anos, como se disse, instaurou-se contenda entre as concessionárias e reguladores e TCU no que tange à qualificação jurídica a ser outorgada a determinados bens, ou seja, se seriam reversíveis ou não. Trata-se de uma disputa que foi ganhando refinamentos ao passar dos anos, quando se lidou, por exemplo, com infraestrutura

compartilhada entre diversos serviços (toda a infraestrutura seria reversível ou somente uma fração dela?).

Para que se coloque a importância da questão para além do quadrante jurídico, tenha-se em mente que, em termos econômicos, segundo relatório do Tribunal de Contas da União¹, o valor associado a eles chega à vultosa soma de mais de R\$ 105 bilhões de reais. Adicionalmente, do ponto de vista da relevância social, avulta a importância da continuidade do STFC prestado em regime público em localidades não servidas por outras prestadoras: uma paralisação súbita do serviço seria um enorme prejuízo especialmente às populações mais pobres.

Dado esse panorama, a presente dissertação pretende investigar as possíveis consequências das reconhecidas mutações administrativas no contorno jurídico desse instituto intrínseco às concessões de serviço de telecomunicações: a reversão de bens. Em rápidas linhas, o que se pretende é evidenciar a relação das alterações doutrinárias dos institutos de jurídicos do direito administrativo com a persistência dos bens reversíveis nas concessões de serviços de telecomunicações. Destarte, a linha investigativa do trabalho busca saber se o instituto da reversibilidade de bens na concessão de serviço público de telecomunicações é, ainda, a única ou melhor forma de se atingir os fins por ele visados, em especial a continuidade do serviço, e isso em relação ao marco teórico adotado, qual seja, a teoria responsiva da regulação, tal como concebida por Ian Ayres e John Braithwaite no livro *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, de 1992. O trabalho se desdobra da forma a seguir.

Inicia-se, no Capítulo 1, com a ótica da modernização do direito administrativo, que passa da adoção de modelos decisórios unilaterais ou impositivos para a de abertura às novas fórmulas de atuação social, inclusive com o uso de instrumentos jurídicos típicos de direito privado, com ênfase na consensualidade e no diálogo. Para tanto, será trazida à baila a pesquisa de inúmeros administrativistas, tanto nacionais quanto estrangeiros, que se debruçaram sobre o tema.

Pretende-se deixar claro que as decantadas mudanças no direito administrativo, e em sua forma de atuação, não decorrem (ou não deveriam decorrer) de mero capricho ideológico do autor, mas sim de constatações objetivas que cedem ante a realidade colocada aos olhos do

¹ TC 024.646/2014-8

jurista: uma sociedade complexa, com polos próprios de normatividade, que muito valor atribui à participação e à democracia. Em especial, investigam-se os reflexos desses novos paradigmas para a regulação setorial, com foco no setor de telecomunicações, notadamente com as contribuições de Julia Black, com sua teorização sobre a regulação descentralizada, tão bem moldada, como se defende nesta dissertação, aos novos paradigmas subjacentes ao direito administrativo.

O Capítulo 2 conhece uma exposição e um aprofundamento da teoria responsiva da regulação. Avaliar-se-á a proposta inicial de regulação responsiva de Ayres e Braithwaite de 1992, bem como os temperamentos e qualificações posteriores que lhe foram dadas não só por seus idealizadores, mas também por outros teóricos, especialmente no campo da regulação da infraestrutura, com especial destaque à *Smart Regulation*, de Neil Gunningham. A escolha desta teoria está assentada em duas premissas: 1) há pouca difusão doutrinária sobre ela e, ainda que haja algumas menções em artigos científicos, sua utilização prática, no dia a dia da regulação, tem sido quase inexistente; 2) ela diz muito com a nova concepção do direito administrativo descrita no Capítulo 1, uma vez que busca conciliar, na sua própria modelagem, a liberdade dos atores com a intervenção estatal, incentivando a autorregulação pura e simples ou a autorregulação negociada e vigiada, mas sempre em um contexto maior de estratégias regulatórias e punitivas.

A adoção de tal teoria abre as portas, ao mesmo tempo, a inúmeras reflexões e, também, a desafios. Isso porque suas premissas tendem a colidir com os “legados recebidos” pelos reguladores, inclusive os brasileiros, segundos os quais as empresas se importam apenas com a maximização de seu lucro e, por isso, só cumpririam regras que lhe trariam custos se estas fossem, coercitivamente, impostas. Tais posições (e potenciais objeções) serão objeto de enfrentamento específico ao longo do trabalho.

No Capítulo 3, enfrentar-se-á a temática dos bens reversíveis nas concessões de serviço de telecomunicações. Preliminarmente, o tema serviço público será introduzido e debatido sob uma ótica de modernização do direito administrativo. Será feito um breve estudo histórico acerca da conceituação do serviço público no Brasil, com especial relevo sobre a passagem de uma concepção de serviço de utilidade pública para serviço público em estilo francês, sujeito a um regime especial, exorbitante do direito privado. Inerente a esse regime especial, estão uma série de princípios a guiar a prestação do serviço, entre eles o da continuidade, que tem íntima conexão com a reversibilidade de bens. Portanto, também se

discorrerá sobre esse importante princípio no cenário brasileiro e sobre os bens reversíveis, na sua visão tradicional.

Em seguida, adentra-se na concessão de serviço de telecomunicações e em toda a problemática dos bens reversíveis nesse setor, no contexto do quadro legal, regulamentar e decisório da Agência Nacional de Telecomunicações. As várias vertentes críticas à existência e/ou tratamento dos bens reversíveis serão aventadas e demonstradas sua insuficiência. Concluir-se-á, então, com a crítica dos bens reversíveis na perspectiva da teoria responsiva da regulação e com a construção de um modelo que seja responsivo e, ao mesmo tempo, respeite o princípio da continuidade.

Deve-se ressaltar, antes de se passar à dissertação propriamente dita, que muitos dos temas aqui explanados o são como instrumentos contextualizantes, sem que com isso se deseje esgotá-los, uma vez que não constituem o objeto da pesquisa. Assim, muito mais poderia ser dito sobre o assim chamado “Novo direito administrativo”, sobre o serviço público no Brasil e, também, sobre a reversão de bens em outros setores etc. Ao longo da elaboração da pesquisa proposta nesta dissertação, o que ficou claro é que a singular contribuição que se poderia fazer seria a de se introduzir, criticamente, e com a profundidade adequada, o debate sobre a adoção da teoria responsiva da regulação no debate brasileiro.

Duas últimas advertências dizem respeito aos debates sobre o tema relativo ao Projeto de Lei nº 3.453/2015, de autoria do Deputado Federal Daniel Vilela. A primeira é que, ao contrário do que possa parecer, o projeto, e sua possível conversão em Lei, não torna “letra morta” a discussão proposta nesta dissertação. E a razão é bem simples: não se trata de acabar com a concessão no setor de telecomunicações, mas sim de possibilitar uma adaptação das atuais concessões ao regime de direito privado. Portanto, em tese, persistiria a possibilidade (remota, admita-se) de prestação do STFC ainda em regime público, caso não haja adaptação de todas as concessões, ou mesmo caso haja interesse em alguma nova concessão. Ademais, e esta é a segunda e final advertência, ainda que o PL extirpasse o regime público da concessão no setor de telecomunicações, as posições levantadas neste trabalho serviriam para mostrar como o tratamento regulatório do assunto “bens reversíveis” foi desacertado por um longo período, justamente porque carente de uma modelagem regulatória apropriada. Destarte, as lições que se colhem do debate sobre a adoção da teoria responsiva quanto aos bens reversíveis no setor de telecomunicações são de todo aplicáveis não só a esses bens

especificamente, mas à regulação como um todo, e não só de telecomunicações, mas de infraestrutura de uma maneira geral.

1 A FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DAS ORIGENS TRADICIONAIS À RECENTE ABERTURA DOGMÁTICA, COM SEUS REFLEXOS PARA A REGULAÇÃO

O presente capítulo tem por principal objetivo mostrar que a regulação tradicional, com abordagem comando-e-controle dos serviços públicos no Brasil, realizada por agências reguladoras setoriais, não tem acompanhado os passos de recentes desenvolvimentos no direito administrativo no sentido de conferir maior flexibilidade na atuação administrativa e de reconhecer, de maneira mais profunda, a necessidade de colaboração das entidades privadas na construção da regulamentação.

Para tanto, considera-se, ainda que brevemente, a trajetória histórica de formação do direito administrativo, a mudança de paradigmas, inclusive com repercussões na relação com o direito privado e, especialmente, as consequências das novas concepções frente ao panorama regulatório no Brasil.

O capítulo termina propugnando a adoção da ideia de uma regulação descentralizada, mais compatível com as novas bases explicitadas e, especialmente, da teoria responsiva da regulação, como uma resposta adequada no quadro da regulação descentralizada.

1.1 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Muito já se falou acerca do surgimento do direito administrativo; modernos debates aprofundaram o tema, discutindo a centralidade democrática ou a continuidade autoritária de sua essência². Grande parte dessa discussão passa ao largo dos propósitos do presente trabalho; mas, de fato, não se pode olvidar a impossibilidade de cindir o processo histórico de formação do Estado Moderno e o surgimento do direito administrativo, com seus caracteres tradicionais. Tais caracteres vão, obviamente, delinear um *determinado* direito administrativo, ou seja, um ramo jurídico, composto de regras e princípios caudatário de uma específica visão de mundo, com relevantes consequências, como se verá, para o momento atual da regulação dos serviços públicos, especialmente os serviços de telecomunicações.

² WEIL, Prosper. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977, p. 7. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina, 2003, p. 271.

Não sem razão, se disse que a “história do direito administrativo se desdobra em fases sucessivas em paralelo com o desenvolvimento político, econômico e social”³. E Carlos Ari Sunfeld, em um livro de introdução ao direito público, mas com visões penetrantes e profundas sobre esse importante ramo do direito, já afirmava que sendo o Direito um fruto da cultura humana, criado ao longo do tempo, sua compreensão se torna impossível sem situá-lo dentro da história, ou seja, não se podem entender certos modelos ou paradigmas do Direito sem que se apreenda, corretamente, o contexto histórico ou político em que engendrados.⁴

Como se disse, a formação do Estado Moderno e a do direito administrativo estão jungidas. Por Estado Moderno, entende-se aquele que surgiu, aos poucos, após ruína da sociedade medieval feudal (1453), caracterizada pela fragmentação do poder político e que levou, lentamente, a uma configuração de distribuição do poder político diametralmente oposta, qual seja, a de concentração do poder de coordenar e conduzir a sociedade na pessoa do soberano estatal. Firmava-se, assim, no Estado Moderno, uma oposição entre soberano e sociedade, ocupando cada qual polos opostos no campo da política⁵.

Essa oposição vai se delineando mais claramente com o passar do tempo e a linha divisória vai se aperfeiçoando, delimitando-se, especialmente com o fortalecimento do capitalismo no século XIX. Nessa época, ocorre um deslocamento do eixo de poder no sentido de fortalecer a sociedade civil, que passou a imprimir mais e mais sua marca nos destinos nacionais, acarretando uma potencial crise de legitimação do soberano, que precisa de meios, tanto políticos quanto jurídicos, para ver reconhecido seu papel de autoridade, de condutor dos destinos nacionais⁶.

Diante dessa necessidade, a concepção inicial de oposição entre soberano e sociedade transmuda-se, e a “separação entre público e privado assume posição central [...]”⁷, ou seja, não mais se concebe ou formula uma oposição de cunho subjetivo (soberano *versus* povo em sociedade), mas sim uma de jaez mais objetivo (público e privado), que diz com a função

³ TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 242, Out./Dez. 2005, p. 153. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42977>> Acesso em: 27.11.2016.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ªed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31. Cf., também, DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 70 e ss.

⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 41.

desempenhada por cada um na sociedade como um todo. O soberano encarnava a posição do público, ao passo que a sociedade era reconhecida como o polo privado.

Isso engendrará importantes consequências no âmbito do direito administrativo.

De fato, à esfera pública atribuíram-se os deveres de concretizar ou atender às necessidades coletivas, o que, a um só tempo, desobrigou a esfera privada do cumprimento deste dever e legitimou o poder político conferido ao governante para a consecução do bem público, do bem comum. Essa formulação implicou, na concepção inicial da época, uma “exclusividade da consecução dos interesses coletivos” pelos poderes públicos⁸. A repercussão jurídica da ideia de que cabe ao governante (esfera pública), com exclusividade, a consecução do interesse público, se vê no papel a ser desempenhado pela categoria “interesse público” no bojo do direito administrativo. É um triplo papel: de instrumento, limite e fundamento⁹.

Em primeiro lugar, funciona como instrumento do direito administrativo, moldando as prerrogativas que a Administração Pública possui na concretização desses objetivos. Assim, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e presunção de legalidade dos atos administrativos encontram fundamento, em relação à ótica da visão tradicional, na necessidade de concretizar o interesse público.

Em seguida, vincula a atuação da Administração Pública (compreendida neste passo como poder público), estritamente, àquilo que possa ser justificado como necessário ao atendimento do interesse público. Por isso é que se diz haver uma “reserva de poder” para a Administração Pública e uma “reserva de liberdade” para o campo privado¹⁰. Daí, também, a legalidade administrativa prescreve que a Administração Pública somente pode fazer o que esteja prescrito em lei, ao passo que a legalidade civilista permite o que não seja proibido (possibilitando, por exemplo, a existência de contratos atípicos).

Por fim, serve como fundamento de legitimação da atuação estatal. A legitimidade, neste contexto, por óbvio, não consiste, somente, na legitimidade política, conseguida por meio do voto em grande parte dos países no final século XIX, mas sim na legitimidade dos poderes administrativos, como o poder regulamentar ou o poder de polícia. Assim, o art. 78 do Código Tributário Nacional, definindo o poder de polícia, encarna a visão de legitimação

⁸ Idem, ibidem, p. 42.

⁹ Idem, ibidem, p. 77.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 43.

do poder de polícia pelo interesse público, uma vez que preconiza a limitação de direito ou interesses em razão de “interesse público”.

Por conseguinte, passou a avultar em importância a concepção de interesse público como elemento central do direito administrativo, alicerce fora qual ele não poderia se sustentar, sob pena de desfigurar-se, liquefazer-se em amálgama desforme e ininteligível, e que lhe conferiria legitimidade para fazer constrições à liberdade privada em nome de um bem maior, um bem de todos, o do interesse público.

Assim, a oposição entre soberano e sociedade transformou-se em contraste entre interesse público e interesse privado, em embate entre a esfera pública e a privada. Daí a se conceber o interesse público como instituto jurídico a legitimar, especificamente, a superioridade da Administração Pública em relação aos particulares foi um passo, e passo curto.

Nessa toada, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirmou que os conceitos referentes à manutenção do papel de autoridade chegaram a tal importância estruturante que a doutrina administrativista passou a afirmar, de maneira quase unânime de que esse ramo do Direito revolve em torno da ideia fulcral de que o interesse público se identifica com o interesse estatal, o qual se contrapõe ao dos cidadãos.¹¹ No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da supremacia do interesse público é dado axiomático do hodierno direito público, cujo conteúdo declama a superioridade do interesse coletivo sobre o particular, sempre com o fito declarado de assegurar o próprio interesse individual, sendo até mesmo condição de sobrevivência deste e pressuposto da ordem social estável.¹²

Com base nesse contexto, Floriano Azevedo Marques Neto aponta, o que parece nítido, que, ao se formular o princípio, partindo-se do pressuposto da supremacia, já se adota um paradigma, de antemão, de confrontação, oposição entre o interesse público e os interesses privados, razão pela qual o primeiro deve predominar, prevalecer, superar, sobrepor, os interesses privados¹³. Essa concepção de predominância, de prevalência do interesse público em relação ao privado se reflete no ordenamento jurídico como um todo. Em interessante exemplo, o mesmo doutrinador cita o caso do crime de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal, nos seguintes termos:

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10-11.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

¹³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81.

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único – Se o interesse é ilegítimo:

Pena – detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Patrocinar, nesta norma penal, tem o sentido de defender¹⁴, e a lei pune o servidor público que defenda o interesse de um particular perante a Administração, ainda que esse interesse seja legítimo, como se vê da qualificadora do crime descrita no parágrafo único. Assim, comenta Floriano Azevedo Marques, a norma penal parte do pressuposto inexorável de que é impossível que o agente público pudesse agir na concretização de um interesse público que coincida com o privado, destacando uma posição apriorística de que um seria um oposto necessário do outro.¹⁵

Sob o jugo do interesse público, o Estado Moderno, então, passou a concentrar enormes poderes e responsabilidade sobre o Poder Executivo, incumbido de prestar ou regular serviços públicos, tendo sido denominado por Franco Sobrinho de “Estado-síntese”, situação que gera preocupações que ultrapassam o âmbito meramente político e vão desbordar no jurídico, dadas as “garantias históricas e qualidades básicas que fazem a igualdade individual e coletiva de todos perante a lei e o Estado”¹⁶. Segundo seu delineamento, as Administrações modernas caracterizam-se, atualmente, por quatro aspectos¹⁷:

- a) uma infraestrutura sólida, em que os executivos seguem a orientação do possível interesse público;
- b) o domínio pleno dos meios executórios para quaisquer decisões administrativas;
- c) o controle das funções-chave para o atendimento da vontade governamental;
- d) a dominação política que se faz projetar no âmbito das variadas atividades administrativas.

Tudo servindo como instrumental apto a concretizar o interesse público.

¹⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 852.

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82.

¹⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do poder administrativo, o poder entre poderes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 119, p. 16-32, jan/mar. 1975, p. 17. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40723/39474>>. Acesso em: 28.11.2016.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 18.

Em concordância, Caio Tácito afirma que o elemento central da vida do direito administrativo no século XIX foi a subordinação do aparelho estatal ao império da Lei, ao regime de legalidade, que passou a reger tanto os indivíduos como as autoridades públicas. A lei, emanada do Legislativo, passou a traçar o limite da liberdade administrativa, sempre sob a fiscalização do Judiciário.¹⁸

Também nos dizeres de Caio Tácito, à legalização da atividade administrativa juntou-se o engrandecimento e fortalecimento do Poder Executivo, chamado a assumir diversos encargos materiais, seja como prestador de serviços, seja como mediador de interesses. Ele se refere a “conflitos intoleráveis” surgidos no seio da sociedade liberal, por um antagonismo entre grupos que se utilizaram mal de sua livre iniciativa. Daí a razão pela qual se justificou o recrudescimento da intervenção do Estado nos mercados, uma vez que o Estado moderno assumia, fosse diretamente, fosse mediante controle ou regulamentação, os serviços de ensino e até da pesquisa científica, concluindo que a linha de atuação passou a ser de intervir para preservar os mercados, em vez de adotar uma atitude de simples abstenção.¹⁹

1.2 AS NOVAS FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, depois da Idade Média, com o Renascimento, houve um reforço da concentração do poder em torno do Estado, o que “elevou a *estatalidade* à principal referência dos sistemas jurídicos desde então”²⁰. Entretanto, a referência estatal vai, aos poucos, sendo insuficiente para atender às múltiplas demandas de uma realidade social que tanto se modificou de lá para cá, e esse câmbio termina por gerar uma mudança “no enfoque justificativo da validade das normas jurídicas. [...] Portanto, não mais são válidas apenas as normas jurídicas produzidas por *centros de poder estatal*, mas, igualmente, as que dimanam de quaisquer outros *centros de poder* instituídos”²¹.

Tem ocorrido o que alguns, como Odete Medauar e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, chamam de mutações administrativas, ou mutações paradigmáticas no direito administrativo. Quando se fala em mutação de paradigma, está-se, obviamente, relacionando-se com o modelo científico de Thomas Kunh; para Kunh, os paradigmas seriam “pré-

¹⁸ TÁCITO, Caio. O ensino do direito administrativo no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 46, p. 503-507, jan. 1956, p. 33.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 33.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set/dez. 2014, p. 71.

²¹ Idem, ibidem, p. 72.

compreensões” relacionadas ao pano de fundo da linguagem científica, um “pano de fundo compartilhado de silêncio” decorrente de uma “gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebemos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar”, ou seja, que molda a forma como se vê a realidade.²²

Segundo a posição de Kuhn, ao longo da história, e por um tempo, determinadas formas de se conceber a ciência e o método de realização científica se afirmam como paradigmas. Tais paradigmas têm a função de definir o objeto do questionamento científico, selecionar as questões a serem respondidas e direcionar as respostas. Acresce que, muitas vezes, a investigação científica avança e se adapta, e as respostas passam a não ser satisfatórias, surgindo as anomalias no sistema como um todo. A profusão de anomalias pode gerar uma crise do paradigma vigente, acarretando uma possível superação do paradigma até então adotado.²³

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em estudo sobre a Teoria do Direito, faz perceber que a dogmática jurídica pode, muitas vezes, ser um entrave verdadeiro à superação de determinado paradigma. Isso porque, ao institucionalizar determinada tradição jurídica e ao atuar como agente social criador de uma realidade consensual, a dogmática delimita um campo de solução de problemas, que considera relevante, mas corta outros, “dos quais ela desvia a atenção”²⁴. Deve-se ter em mente tal ponderação quando se discute a quebra de paradigmas.

Assentada essa premissa, deve-se perceber que são variegadas as tentativas teóricas de se explicar o papel a ser desempenhado pelo Estado atualmente, o que, obviamente, termina por acarretar a construção de modelos jurídicos e institucionais distintos. Tais modelos visam, especificamente, discorrer acerca de novos fins e, também, meios necessários para atingir esses fins, das tarefas estatais. Citando Bobbio, Gustavo Oliveira afirma que “o Estado de

²² KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 93-94. Cf. CARVALHO NETTO. Menelick. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/51380/006_carvalhonetto.pdf?sequen. Acesso em 6.2.2017.

²³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 27.

²⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 59

hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante do que a de detentor do poder de império”²⁵.

Tomando como mote tal constatação, pode-se afirmar que a função mediadora do Estado está encampada na ideia ampliada de democracia, que não mais se restringe à esfera política em sentido estrito, mas se alarga para abranger as mais diversas esferas de atuação do Estado. O objetivo é fortalecer as bases de legitimação democráticas, por meio do que se chamou de “democratização da democracia”²⁶. O Estado mediador deve não só atuar para criar meios de participação popular, como quando prevê, abstrata e formalmente, consultas e audiências públicas, mas materialmente, concretamente, interagir com os indivíduos, socialmente organizados ou não, por meio de vínculos mais ou menos estáveis, a depender do contexto.

Nesse aspecto, ressaí, como uma de suas tarefas principais, a composição de interesses envolvendo o público e o privado, inserindo o particular na discussão, densificação e aperfeiçoamento do que seja interesse público, não mais visto como monopólio estatal, mas como patrimônio jurídico da coletividade²⁷.

Assim, há uma “desmistificação do Estado, como titular único do conhecimento e da capacidade de revelar e concretizar o interesse público”, o que termina por abrir uma ampla gama de possibilidades nas relações jurídicas entre Administração Pública e sociedade, refletido na multiplicidade de modelos a própria pluralidade que configura atualmente a sociedade, de quem está a serviço a Administração.²⁸

Contribui para o tema o estudo de Habermas acerca da legitimidade da coerção estatal em face da adoção de parâmetros jurídico-democráticos, o qual propiciou notável avanço na compreensão das modificações no papel do Estado e de sua atividade Administrativa, em

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 1, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53672>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

²⁶ Idem, ibidem, p. 2.

²⁷ Idem, ibidem, p. 2.

²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio. **A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 119-140, 2009, p. 120. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7959>>. Acesso em: 30.11.2016.

particular. Partindo da concepção de que o formalismo jurídico não é mais suficiente para legitimar o Direito atualmente²⁹, ele afirma que:

Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.³⁰

É nesse passo que toma relevo sua teoria discursiva do Direito, segundo a qual, para os breves fins deste trabalho, pode-se dizer que a legitimidade do Direito deve ser obtida da argumentação que decorre de um processo racional de “formação da opinião e da vontade. A teoria discursiva do Direito revelou que a cientificidade de qualquer prática argumentativa — e o direito é certamente uma prática argumentativa — reside no seu grau de intersubjetividade”³¹.

A legitimidade do direito depende, portanto, de um fluxo de comunicação em que os diversos operadores e participantes de uma maneira geral busquem uma solução construída em conjunto, ou consensual. Percebendo-se integrados e partícipes ativos das decisões com peso político na sociedade, os cidadãos aceitarão, com maior facilidade, as decisões tomadas. Segundo Habermas, o direito haure sua legitimidade com base no que ele chama de num arranjo comunicativo, ou seja, os operadores jurídicos, e todos afetados pelas normas, devem poder examinar e compreender sua *ratio* a fim de lhe dar ou negar assentimento³².

²⁹ Cf. MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

³⁰ HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p.62. Cf. também: SILVA, Felipe Gonçalves. **Entre potenciais e bloqueios comunicativos: Habermas e a crítica do Estado democrático de direito**. Cad. CRH, Salvador, v. 24, n. 62, p. 307-330, ago. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792011000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792011000200006>.

³¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GIBSON, Sérgio Armanelli. **Direito administrativo em enfoque: as contribuições da teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Fórum Administrativo – direito público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38457>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

³² CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 231.

Descabe, portanto, pensar que um único participante — tipicamente o Estado — delibere, isoladamente, sobre as decisões a serem tomadas na vida política; na verdade, elas devem sempre, na medida do possível, ser construídas pela sociedade no fluxo comunicativo mencionado acima. Esvanecem, nessa concepção, as barreiras anteriormente erguidas entre as esferas pública e privada, descabendo falar-se em posições estanques, definidas, perenes, e sem intercâmbio entre si”³³.

São muitas as alterações paradigmáticas no direito administrativo moderno, tanto referentes ao seu papel quanto às relações com a sociedade dele decorrentes; chegou-se a propugnar pela existência de um novo direito administrativo. Não por outro motivo, Odete Medauar, uma das primeiras a perceber e estudar, de forma sistematizada, as mutações administrativas, entende que a situação hodierna pede um controle da validade mesma das concepções tradicionais que embasaram o direito administrativo³⁴.

Uma das grandes influências nesse caminhar foi o ideal de gerencialismo que grassou as concepções norte-americanas de Administração Pública, “no movimento estadunidense que se chamou de ‘reinventando o governo’ por influência do homônimo livro de Osborne e Gaebler”³⁵. Por isso, Leandro Marins de Souza afirma que se consolida uma nova visão no setor público, qual seja, a de uma administração pública pós-burocrática ou uma burocracia flexível. Estariam superados, assim, os paradigmas da organização burocrática (centralização, hierarquia, autoridade, regras rígidas e divisão de trabalho). Na nova organização, ela seria caracterizada pela “descentralização, pela estruturação em rede e pelo uso intensivo de tecnologias de informação”, aderindo e absorvendo o discurso de participação cidadã na condução da coisa pública³⁶.

Não é indene de críticas, contudo, essa concepção de administração, especialmente porque, na sua essência, continuou bastante centrada em si mesma, e os cidadãos alijados dos centros de decisão. Ademais, não logrou dar uma solução ao problema fulcral da burocracia

³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GIBSON, Sérgio Armanelli. **Direito administrativo em enfoque: as contribuições da teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Fórum Administrativo – direito público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38457>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

³⁴ SOUZA, Leandro Marins de. **Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor: sistematização e regulação**. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 47.

³⁵ Idem, ibidem, p. 47.

³⁶ Idem, ibidem.

clássica: “o seu caráter formal e autorreferente”, já que, muitas vezes, não focou sua ação na eficiência, mas sim na sua própria proteção contra o administrado.³⁷

O que se quer firmar aqui é: a mudança paradigmática no direito administrativo é clara, ou seja, o papel dos particulares vai, aos poucos, se misturando com o do Estado; isso, por óbvio, deve acarretar, como corolário, uma necessidade de alteração do quadro normativo para acompanhar esse paradigma. Entretanto, a absorção dessas alterações pelo ordenamento jurídico brasileiro foi, até agora, bastante incompleta.

Um exemplo claro de tal situação é o da reforma administrativa ocorrida na Constituição Federal em 1998 e suas conseqüências. Com a absorção de novos paradigmas, houve uma alteração normativa. Por isso, Di Pietro afirma que, nesse novo quadro normativo, se deu a introdução de diversas modalidades de parceria da Administração Pública com os particulares, entre os quais as organizações sociais, das organizações da sociedade civil de interesse público, das associações da sociedade civil de interesse público, das associações e fundações de apoio a entidades públicas.³⁸ Mas o caso das Agências Executivas, com pouquíssima repercussão prática, serve para demonstrar que há muito ainda a ser feito.

É patente, contudo, que a propalada Reforma Administrativa não pode se operar de um instante ao outro, devendo ser mais bem compreendida como um processo no qual a remodelagem das estruturas, procedimentos e conhecimentos vai aos poucos progredindo para um caráter mais reflexivo do direito administrativo, a fim de colocar a Administração Pública em posição ideal para atender aos anseios sociais, prestar os serviços públicos ou regulá-los de maneira eficiente³⁹.

Por isso, Marcello Caetano afirma um dos caracteres fundamentais da moderna Administração Pública é o da organização e dos métodos, com o que se quer referir à estrutura e aos processos de ação da Administração; como a Administração Pública deve se submeter à legalidade, é necessário que o ordenamento jurídico como um todo sinta o influxo da reforma administrativa, pois o Direito é instrumento, mas também motor das transformações sociais.⁴⁰

A eficiência da Administração Pública gerencial é medida, em grande parte, pelo atingimento de metas formais. Ora, entende-se que “no Estado Social e Democrático de

³⁷ Idem, ibidem, p. 48.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade na Constituição de 1988**. 2ª ed. Editora Atlas, São Paulo, 2001, pp. 56-57.

³⁹ CAETANO, Marcello. **A reforma administrativa**. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo – Doutrinas Essenciais*. São Paulo: RT, 2012, p. 117.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 117.

Direito, a eficiência não pode ser reduzida a um princípio de cumprimento de objetivos formais”⁴¹. Assim, é possível que um ato atinja a meta desejada sem ser eficiente. Recentemente, o TCU afirmou, quanto à fiscalização da Anatel sobre as empresas de telecomunicações, que as falhas verificadas terminam por onerar tanto a Agência quanto as operadoras, por causa de um excesso de atividades, aumentando o custo regulatório sem uma clara contrapartida na qualidade percebida pelo usuário.⁴²

Ou seja, parece ser possível que a atividade administrativa atinja metas e mesmo assim não seja eficiente, se as metas destoam da realidade perseguida socialmente, por exemplo, ou se os objetivos inicialmente formulados não mais satisfazem às demandas sociais. Dito de outro modo, não basta adotar a “eficiência” como referencial de gestão da Administração Pública, se esse novo modelo de gestão continua repetindo os velhos procedimentos unilaterais e pouco participativos.

Assim é que, por vezes, se afirma que as agências reguladoras se legitimam pela sua eficiência, à guisa do voto popular para o Poder Legislativo: ou seja, na medida em que a Agência é eficiente, ela é legítima. Obviamente, trata-se de leitura superficial e perigosa para o ordenamento jurídico. As agências submetem-se, hoje, a um ambiente democrático, e sua legitimação advém, antes de tudo, da legitimação dos governantes que indicaram seus membros e, não menos importante, de sua independência e maneira de condução do processo regulatório. Todos os entes submetem-se a controles e devem agir para que suas decisões sejam efetivas na medida em que há cooperação, consenso e participação da sociedade e dos regulados.⁴³

Victor Cravo, em pesquisa que contribui, *inter alia*, para a discussão sobre a legitimação das agências reguladoras, mostra, com base nas doutrinas francesas da política e do Direito, que a concepção do Poder Regulamentar do Poder Executivo como mera execução das leis do parlamento, e sempre com subordinação a ele, é leitura incorreta, até mesmo porque desconectada da realidade, vez que desde a Revolução Francesa a prática contrariou a teoria. Por isso, ele propõe uma releitura das relações entre Legislativo e Executivo, com o

⁴¹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo, Dialética, 2002, p. 143

⁴² Acórdão 2333/2016 – TCU – Plenário Processo: 023.133/2015-5 Sessão: 14/9/2016.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 378

reconhecimento de espaços institucionais a serem ocupados por ambos sob o pálio das regras constitucionais⁴⁴.

Para tanto, precisar-se-ia de uma mudança de mentalidade, persuadindo-se, a Administração, de que não mais detém o monopólio do interesse público e que deve ceder parte do espaço por ela ocupado a outros atores sociais que, juntamente com a Administração Pública, serão os responsáveis pela construção de novos arranjos institucionais⁴⁵. Leandro Marins de Souza sinaliza dois pontos relevantes nessa discussão:

- a) fronteiras entre o público e o privado: público e privado se interpenetram, este sendo chamado a participar e a assumir tarefas públicas;
- b) o interesse geral como construção multiforme, aberta e permanente: o conceito de governança rompe com a ideia de que o interesse público é monopólio estatal, redefinindo-o como um compromisso constantemente negociado pelas partes interessadas.

Outra razão para a dificuldade à abertura e ao consenso, diga-se *en passant*, é o modelo de gestão patrimonialista tão caro à gestão brasileira, que tem suas raízes na ideia de “cordialidade”, contida em *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, para quem o homem cordial é refratário à ideia de impessoalidade, empecilho claro à transparência⁴⁶. Assim, a cordialidade tradicional — que diria respeito ao coração, à emoção, ao afeto — dificultaria bastante o trato impessoal nas relações sociais, especialmente no desempenho da função pública. Por isso que se constata o paradoxo: a burocracia brasileira, criada para combater, justamente, a corrupção e o nepotismo, terminou por fomentar essas duas chagas sociais.⁴⁷

Também se pode verificar uma mudança de paradigmas quando se observam muitas das razões invocadas para criação de entidades estatais destinadas à prestação de serviços

⁴⁴ TEIXEIRA, Victor Eptácio Cravo. **A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil**: um olhar para além dos manuais jurídicos. Dissertação de Mestrado (Direito). UnB, 2012, p. 150. Disponível em: <http://www.docs.ndsr.org/dissertacao2012VictorEptacioCravoTeixeira.pdf>. Acesso em 8.2.2017.

⁴⁵ SOUZA, Leandro Marins de. **Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor: sistematização e regulação**. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 51.

⁴⁶ NETO, Pedro Thomé de Arruda. **Reforma do Estado e evolução dos modelos de gestão pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamentos de uma nova administração pública constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 133-158, abr. 2013, p. 137.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 137.

públicos e que não mais se sustentam na atualidade. De fato, as razões que levaram à criação dessas entidades foram as seguintes⁴⁸:

- a) foram criadas para tempo de guerra, quando o interesse privado deve subordinar-se às necessidades de planejamento, operação e controle centrais;
- b) para fins de emergência, em período de depressão;
- c) a longo prazo, para objetivos ligados a interesse nacional, como quando certo governo conservador da Grã-Bretanha estabeleceu, em 1926, uma rede de eletricidade de âmbito nacional porque energia barata significa conquistas de mercados;
- d) por temor de certos monopólios privados;
- e) considerações de lucro – ou se estatiza a empresa quando deixa de dar lucro, ou o governo a encampa quando o lucro é tão grande que irrita o consumidor;
- f) porque o vulto do serviço não permitiria a sua exploração por capital privado ou o risco que representava o investimento, apresentando a iniciativa privada.

Tais mudanças paradigmáticas levam alguns a colocar em cheque a classificação mesma do direito administrativo como ramo puro e simples do direito público. Por isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto fala em uma transformação de disciplina referente ao Estado para um “direito comum voltado à realização de interesses transindividuais juridicamente relevantes”, e cita Sabino Cassese para reforçar: “o direito administrativo não é, em nenhum país, parte do direito público, consistindo, ao contrário, em uma combinação das normas e princípios publicistas e das normas e princípios privatísticos, sem uma (unitária) hierarquia entre as duas”⁴⁹.

Essa seria, no seu entender, a consequência mais importante dos efeitos da globalização sobre o direito administrativo, que se transmuda para fazer face a um Estado também em mutação. Nesse giro, Diogo de Figueiredo critica com veemência a ineficiência estatal, que era tolerada passivamente por conta de uma cultura de “subordinação do privado ao público, como remanescente do conceito absolutista da supremacia realenga que adentrou

⁴⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 128, p. 1-26, abr./jun. 1977.

⁴⁹ CASSESE, Sabino. **Le Basi dei Diritto Amministrativo**, Milão, Garzanti, 2000, 5ª edição, p. 120 apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A globalização e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 265-280, out./dez. 2001, p. 269.

o Estado nação contemporâneo disfarçadamente, travestida como o perigoso postulado da supremacia do interesse público”⁵⁰.

Nessa toada, Diogo Moreira Neto entende que a redefinição dessa concepção de supremacia do interesse público engendra um “novo conceito operativo para a administração pública”, ou seja, uma nova maneira de se conceber sua forma de atuação, muito mais focada na satisfação das demandas da sociedade que preocupada com o sujeito que deve satisfazê-las, pouco importando que sejam atores públicos ou privados. Também, em sua concepção, surge uma nova forma de se compreender o público, não mais como algo próprio e exclusivo do Estado, como outrora se pensou, mas como um “espaço decisório compartilhado com a sociedade, rompendo o *monopólio estatal* sobre variadas *funções de interesse transindividual*”⁵¹.

Bruno Miragem vai referenciar, em contexto semelhante, o compartilhamento da autoridade do Estado como uma mudança paradigmática, por meio do qual o Estado passa a agir em acordos de colaboração com entidades privadas na realização de interesses públicos. Há um claro abrandamento da noção hierarquizada do Estado em relação ao particular, relação esta que passa a privilegiar a legitimação da atuação administrativa, remodelando uma série de instrumentos de atuação mais colaborativos.⁵²

Obviamente, não se tem a visão ingênua de que há somente aspectos positivos nessa retomada de espaço de poder pela sociedade. Mas tudo poderá ser devidamente absorvido se corrigido com uma “serena apreciação dos fatos e de suas consequências, engajada a um mínimo de valores tradicionalmente estabelecidos como essenciais às sociedades humanas organizadas, como a liberdade e o respeito pela pessoa”⁵³. Por isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que:

Ora, se a *função administrativa* se volta, em última análise, à *disciplina do espaço público*, nele compreendidos todos os *interesses transindividuais*, sem que importe qualificá-los de públicos ou privados, ela deve ter características que possibilitem reunir racionalmente as vantagens críticas das disciplinas privada e da pública, que confluem para regrá-lo, como o são, destacadamente, as da *subsidiariedade* e da *flexibilidade*. A *subsidiariedade*, para definir a exata responsabilidade originária de atuação do Estado em relação a cada tipo de problema, e a *flexibilidade*, para manejar a alteração dos órgãos e das funções com vistas a alcançar os melhores *resultados*, o que acarreta uma reversão do que a tradição organicista até agora nos tem

⁵⁰ Idem, ibidem, p. 270.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 273.

⁵² MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 33.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A globalização e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 265-280, out./dez. 2001, p. 273.

legado, ou seja: o *resultado* precedendo a definição da *função* e, esta, a do *órgão*.⁵⁴

Cabe, portanto, ao Estado delimitar com a maior precisão possível, o seu campo de atuação, circunscrever as situações nas quais atuará com imperatividade, mas fazendo-o, paulatinamente, por meio da cooperação, consensualidade e da colaboração, ampliando-se, sempre que possível, o debate e a negociação de acordos individuais, com flexibilização do interesse público, que não pode ser mais confundido com o interesse estatal.⁵⁵

Conforme ensina Alexandre Aragão, tem-se afirmado que o estágio atual da sociedade é de uma devolução de poderes, ou seja, uma retomada do espaço de atuação pública pela sociedade, em divisão com o Estado.⁵⁶ Vanice Regina Lírio do Valle mostra como a divisão dual da realidade jurídica em pública ou privada é uma simplificação da realidade que a época pós-moderna parece ter descartado. A clara dicotomia entre esfera privada, individualista e fundada na livre iniciativa, e esfera pública, condensando o papel de gerir e ditar os rumos sociais por meio da autoridade e da coerção, perdeu muito de sua força, tudo isso a engendrar importantes reflexos na função administrativa e na disciplina jurídico-administrativa.⁵⁷

Obviamente, o Estado, enquanto Administração Pública, ainda tem importante papel a desempenhar. Não se trata de descartá-la. A mutação que ocorre é que não mais sua importância e seu papel giram em torno da extensão de sua presença, mas na intensidade dela (regulação, fiscalização), mesmo que presente em menos campos da vida social, e mais ainda, na qualidade de sua presença (legitimidade, participativa). Assim, são novos papéis do Estado “promover a articulação da solidariedade, abrir-se à dimensão da governança, garantir a horizontalidade de direitos fundamentais por intermédio dos deveres especiais de proteção”⁵⁸.

A mutação no âmbito do direito administrativo também ocorreu como uma reação ao perigo de engessamento que antigas fórmulas podem causar, impedindo o progresso de novos negócios de interesse público, o que implicaria uma “sobrevalorização dos meios sobre os

⁵⁴Idem, ibidem, p. 274.

⁵⁵Idem, ibidem, p. 277

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Administração pública pluricêntrica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 227, p. 131-150, jan./mar. 2002.

⁵⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio. **A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 119-140, 2009, p.120. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7959>>. Acesso em: 30.11.2016.

⁵⁸Idem, ibidem, p. 120.

fins”⁵⁹. Isso é o que Vanice Valle denomina de “cultura de conservação”, para em seguida ponderar que o Direito deve se abrir às novas concepções para trabalhar um equilíbrio entre novo e velho, sempre com respeito à Constituição e à juridicidade⁶⁰.

Obviamente, exige-se que a liberdade seja temperada por mecanismos de controle administrativo ou fiscalização, seguindo a lição de Dromi: “Governo e controle é a fórmula orgânica da moderna estrutura de poder, para que, aos que mandam não falte poder, e aos que obedecem, não falte liberdade”⁶¹. Deve-se, ademais, ter em mente que o desafio da fiscalização resulta muito mais da complexa atuação administrativa hodierna do que propriamente da abertura à consensualidade ou da flexibilização dos modelos administrativos, uma vez que a realidade atual exige conjunto de saberes metajurídicos que, pressupondo a disciplina jurídica, crescem sobre ele novas visões e valores⁶².

A importância da fiscalização e do *compliance* no processo regulatório é bem vista quando se tem em mente um seccionamento formal das atividades regulatórias, nos moldes propugnados por Vital Moreira; o autor português trata de três etapas que considera essenciais para a regulação: (a) a aprovação do arcabouço normativo pertinente (leis, regulamentos etc.); (b) aplicação concretas das regras; (c) fiscalização e punição por infrações.⁶³ Trata-se, como se vê, de elemento essencial à boa regulação.

Além da intersecção do Direito com outros ramos do saber, como economia e administração, a atuação e o controle administrativos, também, são guiados por outros vetores, como:

- O princípio da realidade, pedindo um cuidadoso exame do entorno e dos fenômenos sociais como “etapa indispensável a um agir administrativo que pretende sobre ela interferir e provocar a mudança”.
- A abertura à experiência, corolário de um mundo complexo e do fato de que as políticas públicas devem se beneficiar de um aprendizado empírico que pode envolver erros e acertos;

⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 121.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 121.

⁶¹ DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madrid-México: Editorial Hispania Libros, 2005, p. 37.

⁶² VALLE, Vanice Regina Lírio. **A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 119-140, 2009, p. 129. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7959>>. Acesso em: 30.11.2016.

⁶³ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Almedina: Coimbra, 1997, p. 36-37.

- Exercício do chamado pensamento compatível, dotado de flexibilidade para conciliar “o pessoal e o coletivo, o estatal e o civil, a liberdade e a ordem, o mercado e a regulação político-econômica”.⁶⁴

Grande foi, e ainda tem sido, a resistência dogmática à abertura do direito administrativo a um maior diálogo com a sociedade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto trata afirma que este sempre foi o ramo “mais conservador do Estado, sempre o mais impérvio a modificações, o que mais se beneficiou com o período de hipertrofia estatal, e porque veio a ser justamente aquele em que as conquistas liberais foram mais demoradas e penosamente absorvidas”⁶⁵.

E, contudo, graduais aberturas vêm ocorrendo, muito com base na visão de que, como se deve buscar uma solução consensual e não meramente unilateral para os problemas, o natural é que se recorra a alguns elementos ou institutos do direito privado, cuja figura central, o contrato, se assenta justamente, na maior parte das vezes, na consensualidade, na negociação entre as partes.

1.3 AS INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

O propósito do presente tópico consiste em mostrar como administrativistas tradicionais entenderem, muito antes de se tratar dos fenômenos de que se ocupa agora, a relação entre direito privado e direito administrativo. A premissa deste tópico é de que, seguindo Cretella Júnior, a autonomia do direito administrativo não significou uma emancipação total em relação ao direito privado. O fato é que o direito civil continuou a ser importante e, às vezes, necessário referencial teórico para os institutos administrativistas. Ele argumenta que isso se vê, muita vez, na própria definição do direito administrativo de mestres

⁶⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio. **A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 119-140, 2009, p. 129. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7959>>. Acesso em: 30.11.2016.

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11.

franceses, que o fazem considerando-o como um ramo exorbitante e derogatório do direito comum.⁶⁶

Segundo Cretella Júnior, foi a distinção entre “Estado-poder” e “Estado-sociedade”, trazida pelo Estado de Direito, que permitiu a formação do direito administrativo. Segundo Jorge Miranda, o Estado absoluto, entendido como aquele em que se concentra, de forma máxima, o poder nas mãos do rei, possui duas características particulares: 1ª) a vontade do rei é a lei; e 2ª) as regras jurídicas definidoras do poder são poucas e parcimoniosas, ambíguas e vagas.⁶⁷ Fácil perceber que o Estado de Polícia absolutista não reconhecia a divisão alinhavada, e somente quando foi suplantado pelo Estado de Direito “o direito administrativo começou a desabrochar”⁶⁸.

Também Cretella Júnior afirma que como o direito civil “tem atrás de si milenar elaboração doutrinária”, ou, mais poeticamente, o direito civil se alimenta de um tesouro elaborado lentamente pelos gênios dos séculos⁶⁹, ao passo que “o direito administrativo nem bem ensaia os primeiros passos da primeira centúria de vida”, é fácil perceber que a influência a ser irradiada pelo direito privado sobre todos os outros ramos jurídicos será enorme e fundamental⁷⁰. Mas, a reforçar a imbricação entre os dois ramos, ele afirma que unidade do Direito, cuja divisão entre público e privado, preconizada por Ulpiano, seria tolerável somente para fins didáticos, mas aceita com crescentes reservas hodiernamente⁷¹.

Na evolução dos ramos jurídicos, tem-se utilizado o direito comum ou civil como o ramo paradigmático, sendo apodado de derogatório tudo quanto ultrapasse as fronteiras ou limites impostos pelo direito comum. É certo que, aos poucos, o direito administrativo, ganhando autonomia, forjou regras e princípios próprios, mas os resquícios do direito privado aparecem a todo instante, “demonstrando que os setores se separam, mas se interpenetram, porque nenhum deles, como dissemos, constitui compartimento isolado”⁷².

⁶⁶ CRETILLA JR., José. **Direito Administrativo Comparado de acordo com a Constituição de 1988**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 58

⁶⁷ Cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 29.

⁶⁸ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 213-239, maio/ago. 2011, p. 215.

⁶⁹ LAFERRIÈRE, M. **Introduction à l'histoire des institutions administratives: discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif**. Bureau de la Revue de Législation et Jurisprudence. 1838. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k94639g>. Acesso em 16.1.2017.

⁷⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **As categorias jurídicas e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 85, 1996, p. 28.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 33.

⁷² CRETILLA JR, José. **Esquemas privatísticos no direito administrativo**. Revista e Informação Legislativa. Brasília, v. 24, n. 96, out./dez. 1987, p. 254

Comentando acerca da relação entre o direito administrativo e o Direito Civil, Hariou, em interessante estudo, observa que muitos preceitos do primeiro ramo foram tomados do direito privado, especialmente do Direito Civil. A distinção que, na visão dele, é a que melhor traduz os campos próprios de cada ramo jurídico é a seguinte:

O direito privado é disciplina impregnada de *justiça comutativa*, ao passo que o direito administrativo é impregnado de *justiça distributiva*. A justiça comutativa, sabe-se, é uma justiça entre partes iguais, estabelecida de grupo para grupo, ou de indivíduo para indivíduo e sem preocupação de um interesse superior ao das partes. Os gregos denominavam *diké* essa justiça igualitária. A justiça distributiva, ao contrário, é aquela que é inerente a um grupo social e que, por esse motivo, tem em grande apreço os interesses do grupo; ela implica, em benefício daquele que a aplica, grande reserva de poder disciplinar, e não se preocupa senão muito pouco com a igualdade entre as partes.⁷³

Para o autor francês, é inegável que há estreita relação entre direito privado e Direito, e isso se deve a várias razões. A primeira, e antes de tudo, é que, na ciência jurídica, existem princípios gerais, aplicáveis a todos os ramos do Direito, ainda que de diferentes modos. Ademais, ele observa que o direito administrativo foi elaborado tardiamente quando comparado com o Direito Civil, em um meio jurídico fortemente “impregnado de tendências e de tradições civilistas, graças à ação de administradores, de juízes, de membros do Parlamento ou de autores, formados, eles próprios, na escola do direito civil e do direito romano”⁷⁴.

Como ocorreu a transposição de princípios civilísticos para o direito administrativo? Segundo Hariou, podem-se identificar três fases: 1) a primeira, de transferência pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou de uma regra de direito privado; 2) movimento de reação provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas; e 3) adaptações da regra de direito privado fazendo-a experimentar as transposições necessárias⁷⁵.

Tratando da imbricação do Direito Civil com o direito administrativo, Ruy Cirne Lima afirma que não é incomum que o Código Civil (ele comentava sobre o de 1916, mas o mesmo raciocínio vale para o atualmente vigente) atribua efeitos jurídicos a determinados fatos ou institutos regidos pelo direito administrativo. Enumera, entre outros exemplos interessantes, os seguintes: fim da incapacidade para os menores, pelo exercício de emprego público efetivo; o início da existência legal das pessoas jurídicas de direito privado dependentes de

⁷³ HAURIU, Andre. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 465-473, jan. 1945, p. 467/468.

⁷⁴ HAURIU, Andre. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 465-473, jan. 1945, p. 469.

⁷⁵ HAURIU, Andre. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 465-473, jan. 1945, p. 470.

autorização do Poder Executivo; a determinação do domicílio civil do funcionário público, pela sede da função permanente; a suspensão da prescrição a favor dos ausentes do Brasil em serviço público ou que estiverem servindo das Forças Armadas em tempo de guerra, etc.⁷⁶

Alertando sobre possíveis conflitos que possam surgir desse relacionamento, Cirne Lima afirma que é papel do Poder Judiciário resolver esses conflitos de acordo com as funcionalidades postas pela Constituição Federal. Descabe, assim, fazer confusão entre conceitos de Direito Civil e de direito administrativo, ainda que um surja do tratamento dado pelo outro. Assim, “ainda que o direito administrativo possa ser encontrado dentro do Código Civil, e o Direito Civil nos corpos de leis administrativas, todos os ramos do direito positivo devem ter o seu conceito dado, suposto ou receptível pela Constituição”⁷⁷.

Também é caudatária dessa interpenetração entre público e privado aquilo que F. H. Mendes chamou de “Administração Pública no direito privado”. Com essa expressão, ele quer designar negócios jurídicos que, entabulados entre particulares, por lei, só têm validade com a intervenção da Administração Pública em sentido estrito, formal e material e, outrossim, negócios jurídicos que, realizados igualmente por particulares, precisam de uma espécie de “assistência da Administração Pública” sob a forma de órgãos de fé pública⁷⁸.

A posição de preeminência das instituições de direito privado, quando analisadas sob o aspecto cronológico do Direito, é explicada, historicamente, por Seabra Fagundes. Segundo esse autor, a estrutura do Estado Absolutista levou o poder público à “fuga da disciplina jurídica”, ao mesmo tempo em que trilhava um caminho de regulação das relações interpessoais, privadas, como o fez tipicamente o Direito Romano. Considerando esse pano de fundo, Seabra Fagundes afirma isso fez com que o direito administrativo tomasse da legislação privada (civil) a origem de muitos de seus institutos importantes, como a teoria das nulidades do ato administrativo e do funcionário de fato, cujas raízes estão na gestão de negócios do Direito Civil.⁷⁹

Seabra Fagundes encerra afirmando que, apesar do desenvolvimento recente do direito administrativo, o fenômeno da “dependência” em relação ao direito privado ainda era uma

⁷⁶ LIMA, Ruy Cirne. **O Código Civil e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 62, p. 1-15, jan. 1960, p. 13.

⁷⁷ LIMA, Ruy Cirne. **O Código Civil e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 62, p. 1-15, jan. 1960, p. 15.

⁷⁸ ALMEIDA, F. H. Mendes de. **Administração pública no direito privado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 67, p. 388-391, jan. 1962, p. 388.

⁷⁹ FAGUNDES, M. Seabra. **Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 78, p. 1-25, jan. 1964, p. 1.

realidade que seria um “traço marcante na vida do direito administrativo” por ainda muito tempo⁸⁰. Isso porque um ramo do Direito em formação não basta em si mesmo e, também, porque o direito administrativo continuava longe de atingir a plenitude de princípios que se constatava em ramos jurídicos mais antigos. Assim, o direito administrativo continuaria a sorver vários institutos do Direito Civil, mas transmudando-os de acordo com seu espírito peculiar⁸¹.

Também, nas palavras de Oswaldo Aranha, o direito administrativo como ramo autônomo do direito público, embora seja de recente formação, em termos científicos, sempre existiu no ordenamento jurídico, uma vez que sempre houve alguma norma voltada para regular as relações entre Estado e sociedade e as atividades prestadas pelo Ente público⁸². Por isso, segundo o autor, já no *Digesto* se encontram livros e normas difusas que depois constituiriam objeto do direito administrativo. Como exemplo, cita o caso de textos tratando dos poderes do Fisco, ordenando o uso de rios e vias públicas, entre outros.

Esse entendimento bifurcado da realidade social e política transpõe ao mundo jurídico uma visão de mundo também. A citação a seguir, conquanto longa, serve para bem ilustrar essa dicotomia que se julga existir entre interesse dos particulares e do Estado:

As relações entre particulares são baseadas na igualdade jurídica. Nenhuma vontade privada é, por natureza, superior a outra, a tal ponto que se imponha a esta contra sua vontade, o que ocorre porque o ato que caracteriza as relações privadas é o *contrato*, ou seja, o acordo de vontades. A Administração, entretanto, que deve satisfazer ao interesse geral, não poderia atingir tal objetivo se estivesse no mesmo pé de igualdade com os particulares. As vontades dos particulares, impulsionadas por móveis puramente pessoais, entrariam em choque com a vontade da Administração, toda vez que esta lhes impusesse coações e sacrifícios exigidos pelo interesse geral. A Administração recebeu, então, o poder de vencer tais resistências. Suas decisões obrigam, sem que ela tenha de obter a aquiescência dos interessados. Além disso, a Administração tem o direito, não obstante a recalcitrância dos particulares, de persegui-los pela execução. Sob o nome, muito mal escolhido, mas tradicional, de *puissance publique*, é preciso entender o conjunto de *prerrogativas* de que é detentora a Administração para efetivar o interesse geral.⁸³

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 1.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 2.

⁸² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Evolução científica do direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 83, p. 1-31, jan. 1966, p. 1.

⁸³ RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 3. ed., 1965, p. 11 apud CRETELLA JR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan. 1971, p. 17.

Daí a criação de um regime de derrogação como apanágio da atuação estatal: “Os atos praticados pela Administração, em virtude de seu poder de mando, a colocam fora do direito comum, porque não existem atos semelhantes, praticados por particulares”⁸⁴.

O fato de o direito administrativo se utilizar de instrumentos e institutos jurídicos de direito privado deve ser visto na lógica da unidade do Direito. Manoel Franco Sobrinho já afirmava “os regimes jurídicos se caracterizam pela unidade ou pela integração de todos os fenômenos que afetam e desafiam o direito comum”⁸⁵. Nesse passo, ele pondera que, analisando-se a realidade, pode-se afirmar que, muitas vezes, a proximidade entre institutos desses ramos é tão próxima que “chegam a confundir”. Assim, ele afirma que se deve “aproximar princípios que levem a objetivos finalísticos”, concluindo que “passou o tempo em que se avaliavam os fenômenos jurídicos sob aspectos estanques, como se os diferenciados ramos fossem compartimentos fechados, e não abertos às soluções de natureza social, global, de unidade pública de interesse geral”⁸⁶.

Entre os exemplos desse inter-relacionamento, ele cita os quatro seguintes: a) quando o direito administrativo toma do direito civil os elementos dos fatos, dos atos jurídicos e dos contratos; b) quando o primeiro aceita do segundo as regras definidoras de responsabilidade; c) quando se equacionam questões relativas a bens, domínio público e matéria expropriatória; d) quando se formalizam as obrigações e a extinção delas⁸⁷.

Por fim, pode-se concluir, com a judiciosa observação de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que a simples transposição de regras e princípios de Direito Civil para o direito público não pode levar a preconceitos privatísticos que prejudicam o entendimento dos institutos no âmbito do direito administrativo, sob pena de ocorrer um fechamento do Direito.⁸⁸

Arretamando esse tópico, traz-se à colação a posição de Maria Sylvia di Pietro. Segundo a administrativista, no ordenamento jurídico pátrio a Administração Pública sói, utilizar-se de vários tipos de institutos: 1) os que estão sob a égide exclusiva do direito administrativo, sem paralelo no direito privado (desapropriação, por exemplo); 2) outros que,

⁸⁴ BERTHÉLEMY, Henri. **Traité de droit administratif**. 9. ed., 1920. p. 1.008 apud CRETELLA JR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan. 1971, p. 17.

⁸⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Da obrigatoriedade das leis administrativas nas práticas governamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 118, p. 12-33 out./dez. 1974.

⁸⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Da obrigatoriedade das leis administrativas nas práticas governamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 118, p. 12-33, jan. 1974, p. 30.

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 31.

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 31.

apesar de encontrar paralelo no direito civil, possuem grandes especificidades que o fazem destoar do direito privado (contrato administrativo); e 3) os que são regulados pelo direito privado, com maior ou menos influxo do direito público (contrato de locação).⁸⁹

Ou seja, na sua visão, o regime jurídico privado, com as idiosincrasias do direito administrativo, pode ser aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto de estudo do direito administrativo: na Administração Pública como sujeito (com pessoas jurídicas de direito privado na estrutura administrativa), na Administração Pública como atividade (função administrativa do Estado, quando atua em atividades empresariais, como a bancária), nas relações jurídicas de que é parte (contratos privados da administração) e nos bens que integram o seu patrimônio (utilização de instrumentos privados para melhor uso dos bens públicos, por exemplo)⁹⁰.

Vista, então, a possível interpenetração entre direito privado e direito administrativo, resta saber como este pode atuar com alguns elementos que são as características do primeiro, a fim de fazer frente às novas demandas sociais.

1.4 CONSENSUALIDADE E ATIVIDADE REGULATÓRIA

Modernamente, repisando o quanto dito, o direito administrativo passa “a transitar da preponderância monológica rumo a padrões dialógicos” e isso implica a “adoção de modelos decisórios menos unilaterais ou impositivos, consideradas simplistas as soluções voltadas a doses enormes e, não raro, de infrutífera repressão”⁹¹. Nesse contexto de abertura do direito administrativo às novas fórmulas de atuação social, Odete Medauar fala em “florescimento de módulos contratuais”⁹² no âmbito do direito administrativo, em detrimento do uso de fórmulas unilaterais e imperativas.

Obviamente, não se desconhece que, mesmo na doutrina tradicional, os particulares não eram aliados da Administração Pública. Almiro do Couto e Silva ilustra bem essa

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **direito privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **direito privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

⁹¹ AITA, Luana. **Protestos de rua e “rolezinhos” prenunciam o novo papel dos administrados na evolução da administração consensual?**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, p. 24-32, jun. 2014, p. 24. Cf. também, ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12-13.

⁹² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

situação quando discorre em um artigo sobre atos jurídicos de direito Administrativo⁹³. Assim, ele traz exemplos de atos administrativos que dependem claramente da vontade dos destinatários para adquirir eficácia, no que a doutrina alemã chama de atos administrativos que necessitam de cooperação dos interessados, tais como a nomeação de funcionário público, a aposentadoria voluntária, a autorização que a lei subordinou a requerimento.⁹⁴

Fica claro, portanto, que um particular sempre teve, dentro de certos limites, poder de influenciar a situação jurídica de certos atos administrativos “por meio de manifestação ou declaração unilateral de vontade”, conferindo eficácia ao ato que já existia ou fazendo surgir um dever ao Estado por conta de sua manifestação, do que são exemplos, respectivamente, a nomeação e a aposentadoria do servidor público. Mas o fato é que o que antes se considerava como uma exceção à regra, passou a ser considerado essencial.

Uma das manifestações dessa nova forma de atuação da Administração Pública foi o que Jean Pierre Gaudin chamou de “expansão de uma política de contratualização, a qual ensejaria a contratualização da ação pública”⁹⁵. A expressão *governar por contrato* haure seu significado do quanto já exposto, uma vez que “evocaria a necessidade de o Estado continuamente estabelecer vínculos com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações”⁹⁶. Outro aspecto jacente à noção de contratualização é o da consensualidade, implicando mitigação de formas tradicionais de atuação da Administração Pública, o que foi constatado por José Nabais, quando afirmou que “a ideia de que o direito público, nas relações entre o indivíduo e o Estado, tem como campo de aplicação os actos de autoridade (actos em que o Estado manifesta o seu *imperium* e impõe a sua autoridade ao administrado) está, desde há muito tempo, ultrapassada”⁹⁷.

Também, nessa toada, Jean Rivero alude a uma mudança de paradigma na Administração Pública, pela qual “o acordo contratual ganha um lugar crescente”⁹⁸; ademais, sem desconsiderar os potenciais problemas que daí advêm, como rebaixamento do interesse

⁹³ SILVA, Almiro do Couto e. **Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 95, p. 19-37, jan. 1969, p. 19.

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 19.

⁹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, abr. 2008, p. 309.

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 310.

⁹⁷ Idem, ibidem, p. 311.

⁹⁸ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 131. Apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, abr. 2008, p. 313.

público, é fato, como postula Enzo Roppo, que a busca do consenso aumenta a eficiência dos procedimentos administrativos, uma vez que, fomentando a participação ativa e consciente das pessoas, fortalece a democracia e as decisões tomadas em seu contexto⁹⁹.

Nesse sentido, o contrato livremente negociado adquire um *status* simbólico, representando, de maneira ampla, toda forma de atuação estatal que represente essa concepção mais moderna de “relação entre autoridade e liberdade”¹⁰⁰. Por isso, Jacques Chevallier afirma que, de um modo geral, a contratualização significa uma substituição de “relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso”, visão essa tributária do reconhecimento do pluralismo no âmbito do direito administrativo, e seu consectário reconhecimento de que os administrados são dotados de autonomia e capacidade de ação para cooperar com a ação estatal de concretizar o interesse público.¹⁰¹

De maneira geral, são citadas como instâncias consensuais no ordenamento jurídico pátrio¹⁰²:

- a) o art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, segundo o qual “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente [...]”;
- b) o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no §6º do art. 5º da Lei Federal nº 7.347/1985 (Ação Civil Pública);
- c) os acordos no âmbito da execução dos contratos administrativos, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993, 8.987/1995, 11.079/2004 e 11.107/2005;
- d) o compromisso de cessação de prática sob investigação, nos processos em trâmite na órbita do CADE (art. 9º, V, da Lei nº 12.529/2011); e

⁹⁹ RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981. p. 346-347 apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, abr. 2008, p. 313.

¹⁰⁰ RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981. p. 346-347 apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, abr. 2008, p. 313.

¹⁰¹ CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980. Paris: L’Harmattan, 1999. p. 397-414. p. 403.

¹⁰² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, abr. 2008, p. 318.

- e) o contrato de gestão, previsto no §8º do art. 37 da Constituição de 1988 (preceito inserido com a EC nº 19/1998).

É claro que, em muitos desses casos, há assinatura de contratos cujos termos não são plenamente negociáveis entre o poder Público e o particular. Mas o ponto que se quer ressaltar é: a tendência, ao longo dos últimos anos, foi de valorizar, cada vez mais, a vontade privada, ainda que a abertura à consensualidade não tenha sido tão grande nem tão veloz como se poderia desejar.

Alexandre Aragão, baseando-se em diversos apoios doutrinários, fornece as seguintes motivações para celebração de acordos pela Administração Pública¹⁰³:

- a) recrudescimento do número de atividades reguladas pelo Estado. Isso porque, quanto mais atividades e serviços são oferecidos, maior a potencialidade de colisão de direitos, sem falar no grau de complexidade cada vez maior dos interesses, públicos e privados, envolvidos. A consensualidade, aqui, visa a fornecer segurança de atuação;
- b) eficiência da intervenção estatal. O Estado passa a moldar a realidade jurídico-social não mais sozinho, unilateralmente, como se fosse o único a deter o saber acerca do cerne do interesse público, mas em conjunto com os particulares que, colaborando nos meios, colaborarão, também, mais eficazmente nos fins que eles próprios ajudaram a construir;
- c) a crise fiscal do Estado, conjugada com a enorme expansão dos anseios sociais. Assim, por um lado, restrições fiscais, econômicas e também sociais, no presente contexto, restringiriam a atuação do Estado; por outro, incumbe a ele atuar, jurídica e socialmente, para que os interesses sociais sejam satisfeitos e concretizados. A solução, então, é construir uma forma de atuação junto com o particular que, sem implicar atuação direta do Estado, conjugue interesses os mais amplos para satisfazer os interesses da população.

Como expõe Francesco Manganaro, a escolha entre um ato emanado da pura autoridade e um ato derivado da consensualidade dependerá do contexto, ou seja, se a vontade do particular se coloca como obstáculo à consecução do interesse público, é dever da Administração Pública agir mesmo sem a colaboração do administrado; por outro lado, se a

¹⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 294.

Administração encontra no agente privado um verdadeiro colaborador, a busca pelo consenso se impõe, visto ser vetor de legitimidade substancial das decisões administrativas.¹⁰⁴

É nessas bases que se assenta a ideia de Administração Pública consensual; a legitimação de sua atuação não mais deflui pura e simplesmente da lei, mas da prestação de serviços públicos de forma a atender aos interesses sociais. E, para que esse interesse seja atendido da melhor maneira, entende-se, hodiernamente, que não deve ser um resultado de mera ação unilateral do Estado, mas sim resultar, como disse Alexandre Aragão, “de um processo dialético, no qual confluem os diversos pontos de vista dos sujeitos interessados na decisão”¹⁰⁵.

Obviamente, há riscos nesse proceder que devem ser devidamente tratados pelo ordenamento jurídico, e que serão discutidos mais adiante, quando se tratar da captura regulatória, por exemplo. De toda forma, é impossível desconsiderar o direcionamento dado pela consensualidade e seus consectários. Um deles, por exemplo, a flexibilização na organização e atuação administrativa, tão bem explicitada por Castells. Segundo esse autor, sem adoção de um “Princípio da Flexibilidade na organização e atuação da administração”, o Estado, dificilmente, conseguirá atuar eficazmente num mundo em que o fluxo da mudança é contínuo e fora do alcance direto do Estado. Assim, ele entende que se deve passar de um Estado “decretador” a um Estado “negociador”, de um Estado que pretende tudo controlar a um Estado cuja missão seja intervir de forma mais leve.¹⁰⁶

Quanto a esse ponto, deve-se deixar bem vincado que a atividade Administrativa não poderá desvincular-se dos princípios e regras constitucional e legalmente propostos, uma vez que criam e moldam a atuação estatal. O que se propugna, contudo, é que deve haver uma ordem gradativa de vinculação das atividades às normas. Assim, por exemplo, “em um patamar de extrema vinculação identifica-se o desempenho de funções de soberania, em

¹⁰⁴ MANGANARO, Francesco. Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 139-141 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 294.

¹⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 295.

¹⁰⁶ CASTELLS, Manuel. **Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação**. Tradução de Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.); WILHEIN, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: UNESP, 1999, p. 166.

outro, como na atuação empresarial estatal, vê-se menor influência. Todavia, não há como se falar em qualquer atuação pública que não observe esses limites”¹⁰⁷.

Nesse passo, Alexandre Aragão pondera que flexibilidade e a instrumentalidade não são ilimitadas ou tão amplas como poderiam existir na iniciativa privada; ou seja, ela não se traduz em “simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado”¹⁰⁸. É preciso que a atuação privada seja sempre monitorada, fiscalizada e aperfeiçoada a fim de atender aos reclamos constitucionais e legais de organização dos serviços públicos. Correlaciona-se a isso o princípio do *trial and error* das políticas públicas, explicitado por Castells, para quem o princípio da retroação na gestão permite que se volte atrás após uma tomada de decisão administrativa, e isso com o fito de assegurar os benfazejos efeitos de aprendizagem e correção de erros, necessários a uma organização que deve se adaptar constantemente, avaliando, criticamente, os resultados das medidas e seus próprios erros e acertos.¹⁰⁹

Em outras palavras, seguindo Aragão, pode-se afirmar que a Administração Pública tem o dever de monitorar as práticas adotadas, seja para rechaçá-las ou aperfeiçoá-las, “não sendo de se espantar que, em determinada conjuntura, tenha a sua aplicação afastada e, depois, em um outro momento, volte a ser aplicada em razão de, nessa realidade, ser um meio eficiente de realização dos interesses públicos”¹¹⁰.

Por isso, Lucio Iannotta entende que a fase histórica atual pede por profundas mudanças de perspectivas e novas formas de atuação, ainda que seja para conservar muitos dos valores tradicionais da sociedade. Propugna por grandes doses de audácia e criatividade para arrostar o árduo, mas instigante percurso, que é o da transformação do Direito pela sociedade e a transformação da sociedade pelo Direito.¹¹¹

Uma das principais noções subjacentes à noção de consensualidade é a de democracia substantiva. Inclusive, se se toma esse conceito à luz do momento histórico, os autores que

¹⁰⁷ CARVALHO, Gabriela. A nova Administração Pública e o direito administrativo. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 298.

¹⁰⁹ CASTELLS, Manuel. **Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação**. Tradução de Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.); WILHEIN, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: UNESP, 1999, p. 168.

¹¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 299.

¹¹¹ IANNOTTA, Lucio. **Principio di legalità e amministrazione di risultato in atti del convegno amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamento**. Milano: Giuffrè, 2000, p. 51 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 299.

tratam do tema veem na redemocratização trazida pela Constituição Federal de 1988 uma “nova ordem da cidadania”, mais participativa, sendo a consensualidade destacada como um apanágio quase consubstancial dessa nova Administração Pública¹¹².

Ademais, destaque-se que o debate sobre a contratualização na Administração Pública, correspondente ao crescente uso que se faz de instrumentos bilaterais na consecução de seus fins, também alça a consensualidade a novos patamares. Isso porque a contratualização se faz, cada vez mais, em detrimento da atuação unilateral ou direta do Poder Público, sendo certo que a “contratualização corresponde a um termo amplo que abrange os contratos administrativos ao lado da concertação administrativa”¹¹³.

Como se deve dar essa nova atuação administrativa? Bernardo Strobel advoga a flexibilidade, que “é representada por um manifesto pragmatismo e pelo abandono dos esquemas clássicos (lógica dual preceito/sanção) em detrimento de estruturas que se importam mais com o atingimento de determinados objetivos, valendo-se de termos vagos e consagrando valores, ao invés de fórmulas prévias de atuação (regras)”. Isso significa pouco formalismo e abertura de formas¹¹⁴.

A complexidade da vida social também leva a mesmas conclusões. Jacques Chevallier cita duas que são do interesse do presente trabalho e impactam suas conclusões:

- a) *pluralismo*, especialmente talhado a quebrar o monismo estatal na esfera do interesse público, que termina por influenciar o fenômeno jurídico como um todo, seja na elaboração de normas, seja na resolução de conflitos. O ordenamento jurídico, assim, passa a ser “produto de uma rede de vários agentes, importando destacar que a regulação não incumbe mais, apenas, ao Estado”¹¹⁵; e
- b) *aumento da consensualidade* como fundamento de legitimação das normas e impulsora de sua eficácia, demandando, obviamente, ativa participação dos mais variados agentes. Assim, lida-se com um ambiente complexo “por meio da adoção

¹¹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 82-83.

¹¹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **O contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira**. Tese de Doutorado defendida na USP, 2005, p. 323.

¹¹⁴ GUIMARAES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 58.

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 59.

de esquemas negociais, onde as partes definem o conteúdo e extensão dos seus direitos de modo a precaverem-se da complexidade”¹¹⁶.

Chevallier também aponta como consequências da flexibilidade as seguintes características de atuação do Estado:

- a) *suavidade*, ou seja, atuação mais preocupada em fomentar, induzir comportamentos, e não coagir o particular;
- b) *adaptabilidade*, consequência lógica da complexidade social, que não mais admite soluções prontas e fechadas, mas sim adaptáveis a cada contexto, devendo ser “construída procedimentalmente”, por meio de “experimentação acerca da solução adequada a ser tomada, rompendo-se com a estatuição de comandos definitivos, prontos e acabados”¹¹⁷.

Essa nova concepção acerca da consensualidade e da complexidade social acarreta uma revisão da concepção do ordenamento jurídico tradicional. De fato, na senda de Julios-Campuzano tem-se afirmado que a estrutura piramidal do ordenamento jurídico, que representa a hierarquia da Constituição, seguida das leis e dos diplomas normativos secundários deve ceder ante a realidade. Com essa ideia calha a de Pietro Sanchís, para quem a pluralidade de fontes é um golpe mortal ao legalismo estatista e à ideia mesma de unidade do sistema jurídico; já que essa unidade não é mais alcançada por meio de um sistema legal hierárquico; a unidade, agora, viria de um quadro de consenso emanado com base em vetores constitucionais e seria material e não formal, baseada na substância da norma e na processualidade legitimadora.¹¹⁸

Com o crescimento da consensualidade como importante etapa procedimental no direito administrativo, cunhou-se a expressão “administração concertada”, como sendo a Administração Pública que privilegia a participação de terceiros na construção de soluções jurídicas de interesse comum. Sua vantagem, além do quanto já visto, consistente num incremento de legitimidade de atuação estatal, propicia maior e melhor fluxo comunicacional,

¹¹⁶ Idem, ibidem, p. 59.

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 59.

¹¹⁸ DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **La Transición Paradigmática de la Teoría Jurídica. El Derecho Ante la Globalización**. Dykinson; Madrid, 2009, p. 20-21 apud REYNA, Justo. *Globalización, pluralidad sistémica y Derecho Administrativo: Apuntes para un Derecho Administrativo Multidimensional*, A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 13-40, abr./jun. 2011, p. 23-24.

fazendo que as decisões tomadas sejam mais acertadas ou, ao menos, reflitam melhor a realidade¹¹⁹.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto possui uma relevante formulação acerca dessa problemática, e que muito ajuda a esclarecer e iluminar pontos que serão aqui trazidos posteriormente. Segundo suas ponderações, atualmente se vive em um momento, na relação entre Estado e sociedade, de transição da ideia de supremacia para uma relação de ponderação, em que os valores da sociedade, simbolizados pelos direitos fundamentais, representam o eixo no qual gira essa relação, descabendo a invocação da supremacia do interesse público, em abstrato, para atropelar direitos fundamentais¹²⁰.

Sobre os benefícios do consenso, ele afirma ser inegável que o consenso represente uma alternativa à ação estatal unilateral tanto para a Política e quanto para o Direito, trazendo uma renovação desejável, contribuindo para aprimorar a governabilidade (eficiência), frear abusos e desvios morais, proporcionar decisão administrativa mais sábia e prudente (legitimidade), desenvolver a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornar os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).¹²¹

O consenso se manifesta de diversas formas. Um meio para tanto é o que ele denomina de “delegação atípica”, por meio da qual o ordenamento jurídico reconhece e atribui efeitos jurídicos a atos que emanam da colaboração entre privados e o público. Sua natureza jurídica, no seu entender, é de “descentralização social”. Mas aqui, ao contrário de outras descentralizações, está-se diante não de transferência de funções pura e simplesmente, mas sim atribuição de *status* jurídico relevante, com efeitos jurídicos de interesse público, a atos emanados de entidades privadas, como associações de moradores, de universidades particulares e de clubes de serviço¹²².

Isso não retira o fato de que o interesse público é próprio do Estado; apenas se afirma que não é exclusivo dele o concretizá-lo. Abre-se, assim, vasto leque de atuação da sociedade em concorrência com o Estado, no que ele denomina de *administração privada associada de interesses públicos*. E arremata: “de modo especial, a execução associada apresenta, entre outras virtudes, uma notável característica sinérgico-sociopolítica de potenciar a capacidade

¹¹⁹ Cf. PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Interesse público e administração concertada**. Revista de Direito Municipal, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34726>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 142.

¹²¹ Idem, ibidem, pp. 145.

¹²² Idem, ibidem, pp. 148-149.

de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores públicos e privado”¹²³.

Mesmo com a primazia dos direitos fundamentais desde a Constituição Federal de 1988, ele observa um “atraso na aceitação das vias negociais administrativas”¹²⁴, invocando, para tanto, a predominância, no País, da visão clássica dos tratadistas franceses, de quem se herdou uma rígida concepção de predomínio do interesse públicos sobre o privado, sendo essa a influência hegemônica por anos¹²⁵.

A seguinte citação de Jean Rivero parece corroborar esse entendimento:

Pode-se [...] discernir entre os Direitos Administrativos continentais traços comuns? Há um que me parece essencial. Todos procedem do mesmo princípio fundamental, que os opõe ao direito privado: o reconhecimento, em benefício da Administração, de um conjunto de poderes que a colocam, frente ao administrado, em situação de superioridade. Puissance publique ou Herrschaft, a expressão francesa e a palavra alemã [...] denotam substancialmente a mesma ideia: enquanto os Direitos Privados organizam as relações de pessoas juridicamente iguais, os Direitos Administrativos continentais [...] procedem de uma relação desigual: consagram os poderes da Administração. Mas os delimitam e, por isso mesmo, os limitam.¹²⁶

Em relação aos benefícios da consensualidade, Diogo Figueiredo Moreira Neto enumera os seguintes¹²⁷:

- a) *eficiência quanto ao conteúdo*, pela proximidade da norma com a realidade, sendo mais técnica e menos vaga, mais precisa, e, assim, menos controvertida, acarretando mais segurança jurídica aos jurisdicionados;
- b) *eficiência quanto ao tempo*, porquanto mais célere, tanto na sua elaboração, quanto na sua alteração;
- c) aumento de *legitimidade da norma*, pois que originada de entendimento bilateral;

¹²³ Idem, ibidem, p. 150.

¹²⁴ Idem, ibidem, p. 154.

¹²⁵ MOREIRA NETO, 2003.

¹²⁶ RIVERO, Jean. Hacia un derecho común europeo: **nuevas perspectivas en derecho administrativo**. In: *Páginas de derecho administrativo*. Temis: Bogotá, 2002. p. 202 apud CORVALÁN, Juan Gustavo. **Transformações do “regime de Direito Administrativo”**: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da administração pública. A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 41-47, jan. 2015, p. 46.

d) menor resistência da sociedade, pois a norma é fruto da participação do interessado.

E arremata: “Em síntese: na elaboração da norma; na sua execução político-administrativa; na fiscalização da sua boa aplicação e na sua execução contenciosa, em todas as fases, a *consensualidade* é sinal de celeridade, de precisão e de acerto — numa palavra de *eficiência* — que se espera do direito em tempos de mundialização”¹²⁸.

Essa discussão levou alguns a propor que se estaria diante de um novo direito administrativo, radicalmente distinto do anterior¹²⁹. A fim de enriquecer o debate, necessário se faz trazer à baila o pensamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro e de José Vicente Santos de Mendonça sobre o novo direito administrativo, a primeira representando uma posição mais tradicional e cautelosa diante das mudanças e trazendo o segundo, por assim dizer, sua visão crítica sobre os críticos.

1.4.1. A visão de Maria Sylvia di Pietro sobre as transformações do direito administrativo

No seu clássico livro de direito administrativo, Maria Sylvia elenca algumas transformações do direito administrativo. Citem-se algumas:

- Constitucionalização do direito administrativo, entendida como tratamento constitucional de matérias legais e influxo dos efeitos de princípios constitucionais nas regras e na atuação administrativa;¹³⁰
- Democratização da Administração Pública, com a chamada “democracia participativa”, facilitada pela previsão de inúmeros meios de participação dos cidadãos na vida pública;¹³¹
- A pretensa “crise na noção de serviço público”, ocasionada pela privatização de atividades antes atribuídas exclusivamente ao Estado;¹³²

¹²⁸ Idem, *ibidem*, p. 47.

¹²⁹ Cf. SILVA, Suzana Tavares da. **Um novo Direito Administrativo?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 35.

¹³¹ Idem, *ibidem*, p. 37.

¹³² Idem, *ibidem*, p. 40.

- Movimento de agencificação, ou seja, de criação de agências reguladoras;¹³³
- Aplicação do princípio da subsidiariedade, com as seguintes consequências: privatização de empresas estatais, privatização de atividades antes consideradas serviços públicos, ampliação da atividade de fomento, ampliação das formas de parceria do setor público com o setor privado, crescimento do terceiro setor.¹³⁴
- Reforma Administrativa tendo por norte a concepção de Administração Pública Gerencial, implicando, essencialmente, a substituição do controle de formalidades legais e burocráticas pela obtenção de resultados (eficiência).¹³⁵
- Consensualidade, com: a) utilização de novos métodos de relacionamento entre Administração Pública e particulares (por exemplo, parcerias público-privadas, consórcios públicos etc.); b) substituição da hierarquia por acordo de vontade, mesmo nas relações internas da Administração Pública; c) fomento à participação dos interessados nas decisões administrativas; d) atuação voltada à prevenção de litígios.
- Centralidade da dignidade da pessoa humana como princípio primaz, em contraposição ao princípio da supremacia do interesse público;¹³⁶

Privatização ou fuga do direito administrativo ou fuga para o direito privado, isto é, ampliação no âmbito do direito público, da utilização de institutos do direito privado. Nesse item específico, ela comenta que essa tendência não pode se realizar em extensão total, dadas as limitações constitucionais a que está submetida a Administração Pública.¹³⁷ Esse último ponto é deveras importante. Para a jurista portuguesa Maria João Estorninho que popularizou, ao menos no Brasil, essa expressão trata-se de uma fuga perversa, pois reaproximaria o Estado democrático do Estado autoritário, que não se submeteria ao império da Lei.¹³⁸ Gaspar Ariño Ortiz afirma que a fuga para o direito privado não pode se caracterizar como a fuga do Direito; argumentos como o da busca por eficiência não devem servir como cortina de fumaça para simplesmente se fugir da obediência às regras jurídicas¹³⁹.

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 41.

¹³⁴ Idem, *ibidem*, p. 43.

¹³⁵ Idem, *ibidem*, p. 44.

¹³⁶ Idem, *ibidem*, p. 47.

¹³⁷ Idem, *ibidem* p. 49.

¹³⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos. – Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 125.

¹³⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica.** 3ª ed. Albolote: Granada, 2004, p. 52-53.

1.4.2. A posição de José Vicente Santos de Mendonça

Segundo o pensamento José Vicente de Mendonça, a verdadeira mudança de paradigma no direito administrativo não se operou com a relativização da ideia de supremacia de interesse público sobre o privado (que tem, obviamente, sua importância), mas sim com o que ele denominou de “ascensão dogmática e prática do novo estilo de direito administrativo”¹⁴⁰.

Para entender seu pensamento, é preciso apresentar seus critérios. Ele afirma que o direito administrativo tradicional tem quatro características notáveis:

- a) europeizante, baseada, sobretudo, em autores da Europa;
- b) conceitualista, ou seja, procura entender a natureza jurídica, a essência dos institutos;
- c) sistematizador, ou seja, possui uma pretensão, seja por meio de manuais ou tratadísticas, de apresentar uma síntese, tão atual e completa quanto possível, das opiniões e do panorama jurídico do direito administrativo;
- d) “acredita na essencialidade central do direito como explicação para a vida econômica e social. Ele é juristocêntrico”¹⁴¹.

Na visão dele, “na forma como usualmente é ensinado e praticado em nosso país, o chamado novo paradigma do direito administrativo é, na essência, uma atualização e uma sofisticação do estilo tradicional”¹⁴².

Por outro lado, e em contraste com o direito administrativo tradicional, o que ele denomina de “novo estilo do direito administrativo” também possui quatro características básicas:

¹⁴⁰ 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, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014, p. 189.

¹⁴¹ Idem, ibidem, p. 184.

¹⁴² Idem, ibidem, p. 185.

- a) proximidade maior com os métodos americanos, sendo “filho direto do realismo e da análise econômica do direito, mas sem se comprometer com todos os seus compromissos fundacionais”;
- b) pragmatista e empiricista, preocupando-se, por exemplo, com a opinião pública, fazendo análises estatísticas etc.
- c) assistematizador. No novo estilo do direito administrativo, tem-se consciência de que a realidade com a qual se lida é complexa demais para que ele tenha pretensões de sistematização. Obviamente, deseja-se a racionalidade possível nas decisões e normas administrativas, mas sempre reconhecendo-se sua própria limitação;
- d) descrente na centralidade do direito para a explicação da vida econômica e social, dando mais espaço e importância para argumentos estatísticos, econômicos e jurídicos¹⁴³.

Obviamente, trata-se de debate aberto e que não se pode esgotar no âmbito deste trabalho, servindo as reflexões acima como elementos enriquecedores da compreensão da linha propugnada nesta pesquisa.

1.4.3. Conclusão parcial: novos fundamentos e forma da atuação Administrativa

Analisando as características das prerrogativas da Administração Pública, Corvalán anota as seguintes: (i) são instrumentos técnico-jurídicos, e não fins em si mesmos; (ii) são caracterizadas pelo *imperium* estatal; (iii) fundamentam-se em regime jurídico exorbitante — de direito público, ou seja, que refoge à órbita do direito privado; (iv) sua finalidade é a realização do bem comum, o que tornaria a utilização desses privilégios inadmissíveis em direito privado, pois este visaria ao interesse privado, tão somente; (v) são poderes abstratos, gerais e irrenunciáveis; (vi) posicionam o cidadão em “situação de sujeição, pois ele deve suportar o seu exercício”¹⁴⁴.

A descentralização de poder, pela maior participação da sociedade na deliberação sobre o interesse público, deve ser visto como um movimento espontâneo, na sua visão, ou

¹⁴³ Idem, *ibidem*, p. 189.

¹⁴⁴ CORVALÁN, Juan Gustavo. **Transformações do “regime de Direito Administrativo”**: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da administração pública. A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013, p. 62.

seja, suas normas podem ser vistas como impositivas somente até o ponto em que decorrem da consensualidade (e não da hierarquia) entre as partes interessadas, dando existência a um novo ordenamento, com regras específicas.¹⁴⁵

Segundo seu entendimento, o Estado Constitucional de Direito dá novos contornos às prerrogativas da Administração Pública. Nesse novo paradigma, “o fundamento e a construção do ‘regime de direito administrativo’ não podem ter exclusiva sustentação na equação ‘soberania-*imperium*-prerrogativa — interesse público’”¹⁴⁶. Dito de outra forma, a prerrogativa administrativa não deve ser validada *per se*, automaticamente, abstratamente. É fato que ela exerce um papel essencial para o exercício do poder público, mas não um poder desvinculado dos direitos fundamentais.¹⁴⁷

Qual a configuração, nesse quadro, a regulação estatal? Obviamente, a regulação econômica pressupõe uma mistura, em graus maiores ou menores, de liberdade de iniciativa com dirigismo estatal. Em sistema de mercado puro, “indivíduos e grupos desfrutam de liberdade para atingir seus objetivos, estando submetidos a regras do direito privado. No sistema coletivista, o Estado direciona comportamentos que não ocorreriam sem sua intervenção”¹⁴⁸. A regulação, ao mesmo tempo em que procura preservar a existência do mercado, procura, também, corrigi-lo de seus possíveis excessos que o desviem do interesse público, com o objetivo de atingir finalidades que, em princípio, não seriam perseguidas por um mercado deixado ao seu livre alvedrio.

A regulação, assim, deve, constantemente, trabalhar a tensão de livre mercado e autonomia de agentes privados, por um lado, e diretrizes públicas por outro. Trata-se, assim, de fenômeno amplo, que deve delimitar, legalmente, o mercado regulado e engendrar normas diretivas, tanto da Presidência da República, Ministérios quanto, especialmente, das Agências Reguladoras, de índole coletivista com vistas à conformação de determinado setor aos ditames constitucionais de livre mercado e função social da propriedade. Trata-se, assim, de noção vasta, englobante e dinâmica.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 65.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 68.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 68.

¹⁴⁸ LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios Jurídicos e Regulação**. (Tese Pós-Graduação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 60.

¹⁴⁹ LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios Jurídicos e Regulação**. (Tese Pós-Graduação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 60. .

1.5 REFLEXOS PARA A REGULAÇÃO

Seguindo os ditames de Marçal Justen Filho, pode-se dizer que o modelo de intervenção estatal na economia está em aberto num constante processo de mutação e evolução. Isso porque a complexidade e a dinâmica da vida social impõe ao Estado um dever de, permanentemente, renovar e (re)criar instrumentos e soluções.¹⁵⁰ Nos últimos anos, a importância do Direito da Regulação cresceu no Brasil a partir de três fatores básicos: (a) a falência do Estado prestador universal de serviços públicos; (b) mesmo com o fim do Estado prestador universal de serviços públicos, subsiste (ou aumenta) a necessidade de controlar determinadas atividades econômicas e sociais; e (c) esse controle, ou mais amplamente, essa regulação, passa a ser executada por uma pessoa jurídica que faça parte da estrutura do Estado, mas que, ao mesmo tempo, esteja tanto mais livre quanto possível de ingerência política sobre suas decisões, fortalecendo, portanto, o caráter técnico de seu processo decisório, assegurando mais fortemente a persecução do interesse público. Isso calha com a visão de governança regulatória apontada por Nara Carvalho, para quem o sistema regulatório deve funcionar para restringir a discricionariedade regulatória e impedir que políticos ajam oportunisticamente.¹⁵¹

Ocorre que, como ensina Calixto Salomão Filho¹⁵², nunca houve no Brasil uma tentativa de sistematizar uma teoria geral da regulação, e isso apesar de sua importante afirmação, segundo a qual a teoria da regulação poderia ser a “contribuição mais útil” da ciência jurídica ao Estado que se retira da atividade econômica e passa a fiscalizar as atividades dos particulares.¹⁵³ Deve-se, portanto, investigar, ainda que brevemente, os delineamentos gerais da regulação.

Fazendo um arremate geral sobre as características do Direito da Regulação, Carlos Ari Sundfeld afirma que se trata de um conjunto de técnicas de ordenação estatal da economia que, ao menos em sua gênese, não tinha, necessariamente, compromisso com o princípio da

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da Atividade Administrativa de Fomento no Direito Administrativo Brasileiro: Novas Tendências. In Mello, Celso Antônio Bandeira de. et al. **Direito Administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 545.

¹⁵¹ PAVÃO, Nara de Carvalho. **Instituições, credibilidade e governança regulatória no Brasil - um estudo de caso do desenho da regulação nos setores de telecomunicações e eletricidade**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. Malheiros Editores, 2001, p.13.

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. Malheiros Editores, 2001, p.14.

livre concorrência.¹⁵⁴ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a regulação é técnica decisional que supera dois relevantes inconvenientes: ao mesmo tempo em que prescinde de novos, reiterados pronunciamentos do legislador, a cada circunstância que exigisse uma adaptação da norma, (concretizando a presteza necessária para a boa resposta regulatória), adota também a processualização aberta da decisão administrativa, “reduz, sensivelmente, os costumeiros inconvenientes da unilateralidade, da parcialidade e do arbítrio nas decisões burocráticas”.¹⁵⁵ Por isso, a regulação permite uma atuação administrativa que conjuga máxima flexibilidade e máxima segurança.¹⁵⁶

A transformação da atuação estatal, com sua retirada da prestação de serviços público, determinou não um enfraquecimento de seu papel, como querem alguns, mas um fortalecimento de sua “atuação pública”, ou seja, representou um “aumento dos campos sujeitos à forte regulação”¹⁵⁷. O que se deve ter em mente quanto a este ponto é que o Estado obtém a sua força material que lhe é atribuída pelas relações sociais; assim, os limites do Estado, e a mudança de seu papel, devem ser pesquisados numa mudança do próprio pensamento dominante sobre o Estado.¹⁵⁸

Fernando Herren Aguillar traz importantes delineamentos teóricos para se compreender melhor a retirada do Estado da prestação de serviços públicos, por um lado, e um recrudescimento da ação regulatória, por outro. Para tanto, ele utiliza um modelo que denomina de concentração regulatória, a fim de avaliar o mecanismo de ação do aparato estatal.¹⁵⁹ A concentração regulatória pode ser tanto normativa quanto operacional. Esclareçam-se os termos.

Concentração regulatória normativa se refere à intensidade de atuação do Estado na confecção de normas para regular a atividade econômica. Assim, intuitivamente, quando a liberdade de atuação privada é maior, tem-se menor concentração normativa, ao passo que um setor fortemente regulado é concentrado normativamente.¹⁶⁰ Já a concentração regulatória operacional diz respeito à intensidade de atuação estatal na prestação material dos serviços públicos ou atividades econômicas em geral. Destarte, a privatização significou uma grande

¹⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Regulação de telecomunicações e direito da concorrência**. Mimeo, p. 1.

¹⁵⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Poder, Direito e Estado – O Direito Administrativo em tempos de Globalização**. Belo horizonte: Fórum, 2011, p. 148.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 148.

¹⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 14-15, 2002, pp 14 e 15.

¹⁵⁸ DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos – As Ações do Estado na Produção Econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 28.

¹⁵⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Max Limonad, 1999, p. 211.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, pp. 211-212.

desconcentração regulatória operacional, pois confiou à iniciativa privada o papel de empreender e prestar os serviços; o Estado empresarial, por outro lado, concentra a regulação operacional.¹⁶¹

O modelo hoje em voga prega uma desconcentração operacional. Assim, Aguillar afirma que o contraponto é a concentração regulatória normativa. Ou seja, é mister que haja concentração normativa para que haja desconcentração operacional.¹⁶²

Mas é claro que a regulação, entendida como “toda atividade do poder público no campo da economia que não implique assunção da exploração direta da atividade econômica por ente estatal, mesmo que em regime de mercado”¹⁶³, encontra limites.

Em primeiro passo, há limites de ordem externa e interna. Os limites de ordem externa refletem “a indispensável harmonia como o sistema jurídico vigente, seja de hierarquia superior (supraordinado) ou de igual (equiordinado)”¹⁶⁴; já os internos impelem a submissão da norma oriunda da atividade regulatório aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante”.

Esse segundo ponto é de fundamental importância. Comunga-se do entendimento de que o sistema constitucional então vigente não permite uma regulação desprovida dos balizamentos contidos na lei e na Constituição, uma vez que, do contrário, se afastaria o inafastável Estado Democrático de Direito. A norma decorrente da regulação não difere, em absoluto, na submissão imperiosa ao controle de adequação com o ordenamento jurídico que lhe outorga validade e lhe confere efetividade. A regulação, sob a forma de norma, desde que produzida *contra legem* ou *praeter legem* afrontaria o princípio fundado na opção democrática da sociedade que reservou a si própria a orientação planejada da economia, no momento em que tal orientação restou compreendida na esfera de competência dos três poderes.¹⁶⁵

Destarte, os atos normativos das agências reguladoras e, em especial, os da Anatel, não teriam o condão de inovar na ordem jurídica. A lei, e só a lei, inova, primariamente, no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 212.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 213.

¹⁶³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de direito público da Economia Fórum**, Belo Horizonte, V. 1, nº 1, 2003, p. 71.

¹⁶⁴ GOMES, Guilherme Lemos Sant’Anna. Contornos jurídicos da regulação normativa. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (org.). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 191 e ss.

¹⁶⁵ Idem, ibidem, p. 209.

norma regulatória¹⁶⁶. Ocorre que, como visto, dada a complexidade da sociedade contemporânea, “emerge a necessidade de edição de normas específicas, aderentes às peculiaridades de cada segmento da economia sujeito à regulação, dando origem ao surgimento de subsistemas jurídicos dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprio) [...]”¹⁶⁷.

É nesse âmbito que se inserem as normas reguladoras, produto do poder normativo inerente¹⁶⁸ à função reguladora. Para atender com maior eficiência aos ditames de cada segmento econômico, tais normas devem possuir grande densidade técnica. E aqui, enfim, o cerne filosófico da atribuição de poder normativo às agências reguladoras: tecnicidade *versus* politização das decisões. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, corroborando esse entendimento, averbrou que devem prevalecer, na agência, as escolhas técnicas, distantes de disputas partidárias.¹⁶⁹

A norma reguladora cumpre, portanto, um papel de efetivação das normas políticas. Valemo-nos, nesse passo, da lição de Marcos Juruena para quem, em contraste com a lei genérica e muitas vezes distante da realidade dos fatos, a norma regulatória tem o papel de ligação entre lei e administrado, envolvendo a implementação mais concreta da Lei, mas sempre por meio de atuação despolitizada.¹⁷⁰

Não se confunda, ademais, a função regulatória com o poder regulamentar atribuído ao chefe do Executivo para dar fiel cumprimento à lei. Este é “função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento à norma legal [...]”¹⁷¹. Já a regulação é uma função administrativa, “que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da

¹⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. A função regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (org.). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 191 e ss.

¹⁶⁷ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. **A nova regulação dos serviços público**, in RDA, Rio de Janeiro, nº 228, 2002, p. 17.

¹⁶⁸ E nisso estamos de acordo com Jose Gustavo Athayde quando diz que “Ademais, decorre da própria idéia de função reguladora a atribuição normativa. Seria uma contradição a criação de agências com o objetivo de cumprir a função reguladora do Estado sem que fosse a elas atribuída capacidade e editar normas referentes às suas diversas áreas de atuação”. ATHAYDE, José Gustavo. **As Agências reguladoras – independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988**, in Fórum administrativo, Belo Horizonte, abril de 2003, p. 2144.

¹⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

¹⁷⁰ SOUTO, Marcos Juruena, Villela. **Função regulatória**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADAE), Salvador, Instituto Brasileiro de direito público, nº. 13, fevereiro/março/abril, 2008, p. 2-3. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 de novembro de 2016..

¹⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 132.

abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos”¹⁷².

Classicamente, afirma-se que as estratégias regulatórias inserem-se no espectro de uma das quatro formas de atuação, quais sejam: a) comando e controle, b) competição, c) consenso, d) incentivo¹⁷³. Resta saber qual a forma que melhor captura o atual estágio de desenvolvimento do direito administrativo e das concepções sobre democracia e direitos fundamentais subjacentes à sociedade.

1.6 A CAMINHO DE UMA REGULAÇÃO DESCENTRALIZADA

A atuação do Estado regulador foi, desde os primórdios, pautada por uma visão de mundo determinada, e que justificou a atividade; assim, foi ela voltada a enfrentar conhecidos problemas do livre mercado, que levariam a falhas cuja correção deveria se dar por meio de ação estatal. Segundo Robert Ahdieh, nessa visão, problemas sobre bens públicos e *free riders*, ação coletiva e falhas de informação, tragédia dos comuns e externalidades negativas constituem o que ele denominou de “estado de natureza”, ou seja, eram esses os problemas que assolavam os mercados em estado bruto, sem a atuação do Estado. Diante disso, a resposta estatal foi certa: seguiram-se medidas de comando e controle destinadas a alterar os incentivos dominantes de indivíduos e instituições que se afastassem do equilíbrio socialmente ótimo. Seja no direito ambiental, na proteção ao consumidor, na regulamentação da segurança no local de trabalho, e em outros domínios abarcados pelo Estado Administrativo Moderno, este foi, em geral, o discurso motivador da regulação setorial¹⁷⁴.

Para um número cada vez maior de estudiosos, no entanto, as exigências de ordem social e econômica na moderna vida social tornam essa visão ultrapassada, porque não mais representativa da sociedade como um todo. A compreensão monolítica da regulação, fortemente pautada pelo Estado, que era visto como seu quase único e exclusivo autor, está se esvaindo, como amplamente visto. A compreensão acerca da natureza da regulação vem

¹⁷² Idem ibidem, p. 132-133.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da Atividade Administrativa de Fomento no Direito Administrativo Brasileiro: Novas Tendências. In Mello, Celso Antônio Bandeira de. et al. **Direito Administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 542-543.

¹⁷⁴ AHDIEH, Robert. **The new regulation**: from command to coordination in the modern administrative state Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_ahdieh/1>. Acesso em: 30 jun. 2016, p. 2.

sofrendo importantes mutações, que estão a emergir desde pelo menos a década de 1980 tanto em círculos académicos quanto na sua prática, na sua aplicação concreta.

A ideia precípua, aqui, é superar a clássica dicotomia entre Estado e mercado (intervenção, por um lado, e completa desregulação, por outro), dando azo ao surgimento de uma terceira via regulatória, qual seja, uma que continue a proceder sim do Estado, mas de forma seletiva, em conjugação com outras soluções baseadas no mercado e também hauridas do direito privado.¹⁷⁵ Tem-se, destarte, que a satisfação dos interesses coletivos não é tarefa exclusiva do Estado, mas deve ser partilhada entre agentes públicos e atores privados. Fala-se, nesse passo, em “partilha de responsabilidades”, de “governança público-privada”, de “governança colaborativa ou de interdependência entre atores públicos e privados”.¹⁷⁶ Obviamente, isso deve ser realizado de forma a ser evitar o que Jerry Marshaw chamou de sinergia negativa, referindo-se à situação na qual Poder Executivo e Poder Legislativo adotam posições contrárias, um adicionando procedimentos burocráticos e outro eliminando-os¹⁷⁷.

Anteriormente, apenas a atuação estatal era vista como concretizadora do interesse público; aos cidadãos, atribuíam-se interesses egoístas e individuais, vendando-se sua ação no campo institucional da coletividade. Considerava-se até “suspeita e ilegítima” qualquer imbricação entre as duas esferas.¹⁷⁸ Com o advento do Estado democrático e social, a confrontação cede lugar a uma atitude de cooperação e de ação concertada, em um novo paradigma de “relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade”.¹⁷⁹ Cláudia Pereira observa que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, as esferas públicas e privadas passam a ser vista como complementares, equiprimordiais, acarretando uma nova compreensão da dicotomia direito público-direito privado.¹⁸⁰

¹⁷⁵ APOLINÁRIO, Marisa. **O Estado Regulador: o novo papel do Estado – Análise da perspectiva da evolução recente do direito Administrativo - O exemplo do sector da energia**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 246.

¹⁷⁶ NETTO, Luísa Cristina Pinto e; Neto, Eurico Bitencourt. **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais-Diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 250.

¹⁷⁷ MARSHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do Direito Administrativo. In Mattos, Paulo et al. **Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano**. São Paulo: editora 34, 2004, p. 296.

¹⁷⁸ NETTO, Luísa Cristina Pinto e; Neto, Eurico Bitencourt. **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais-Diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 250-251.

¹⁷⁹ Idem, ibidem, p. 251.

¹⁸⁰ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro – O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003 p. 45.

Na mesma toada caminha João Batista Moreira, para quem a “dicotomia hierárquica” Estado e sociedade pode dar azo ao surgimento do autoritarismo.¹⁸¹ Em seguida, o mesmo autor afirma que o Estado Democrático de Direito não tolera a separação rígida entre as esferas públicas e privadas, visto que a concepção de Estado que se deve ter é a de um instrumento ou continuidade da sociedade, ou mesmo a própria sociedade institucionalizada.¹⁸²

Frise-se, novamente, que a denominada “retração do Estado” não representou um regresso a um modelo puro liberal ou a um capitalismo selvagem: ao contrário, o fortalecimento da sociedade e do mercado somente terminou por reafirmar um princípio de permanência e de continuidade das responsabilidades públicas.¹⁸³

Essa nova compreensão de papéis respaldará o surgimento de variegadas teorias sobre uma nova forma de regulação, ou o que Black denominou de “regulação descentralizada”¹⁸⁴. Como se verá no capítulo seguinte, a correta compreensão desses aspectos dará um contexto mais inteligível e um contorno mais definido à teoria responsiva da regulação, uma de suas manifestações, com algumas nuances.

A regulação descentralizada, à primeira vista, e em um nível mais básico, pode ser estudada por meio do contraste com outro tipo de regulação, em contraposição à qual geralmente é definida, explícita ou implicitamente, qual seja, a regulação pelo Estado, que se manifesta muitas vezes de forma particular, por meio do uso de normas legais apoiadas por sanções administrativas ou penais, a clássica regulação “comando e controle”. A regulação descentralizada, ao contrário, não é “centrada” no Estado, mas não deixa de envolver manifestações estatais em reação à constatação dessa nova realidade¹⁸⁵. Vê-se, de plano, não se estar diante de uma desregulação pura e simples, mas de um fenômeno muito mais complexo.

Black afirma que a regulação “comando e controle” é mais uma caricatura que uma descrição precisa da operação de qualquer sistema regulatório determinado, embora alguns estejam mais próximos da caricatura que outros. Cada vez mais, a expressão tem sido usada

¹⁸¹ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo – Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 2ª ed., Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 73.

¹⁸² Idem, ibidem, p. 74.

¹⁸³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e; Neto, Eurico Bitencourt. **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais-Diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 252.

¹⁸⁴ BLACK, Julia. **Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/287328/mod_folder/content/0/Black,%20Decentring%20regulation.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 30 jun. 2016, p. 105.

¹⁸⁵ Idem, ibidem, p. 105.

para indicar tudo o que há de ruim na regulação: regras mal direcionadas, rigidez, sub ou superaplicação, uma regulação com consequências inesperadas e contrárias aos efeitos desejados. Saber em que medida a regulação comando e controle cumpre de fato esse papel caricato é uma questão empírica que tem sido debatida e será levantada pela teoria responsiva da regulação, como se verá logo a seguir¹⁸⁶.

O que é relevante para o propósito final deste capítulo é observar que a regulação “comando e controle” postula um determinado papel para o Estado contra o qual a análise descentralizada se contrapõe. A regulação “comando e controle” é centralizada porque assume que o Estado tem a capacidade de ser o único comandante e controlador dos mercados regulados, e de ser potencialmente eficaz em comandar e controlar. Ela é unilateral na sua abordagem (governos ditando, outros obedecendo, fazendo), com base em relações de causa e efeito simples, e prevê uma progressão linear que vem desde a sua conformação política até sua implementação¹⁸⁷.

O inglês Anthony Ogus afirma que a respaldar a regulação, invocam-se, em geral, “razões econômicas” e “razões não econômicas”. Em relação às primeiras, compreendem-se as falhas de mercado (por exemplo monopólio natural, *sunk costs*, custos de entrada elevados etc.); nas segundas, estão considerações de cunho social, distributivo.¹⁸⁸

No que tange à regulação comando e controle, suas falhas são, normalmente, identificadas como sendo impropriedade dos instrumentos utilizados (leis apoiadas por sanções), com pouca sofisticação (falha de instrumento), falta de conhecimento suficiente do Estado para ser capaz de identificar a causa dos problemas, para projetar soluções que são apropriadas, e para identificar a não conformidade (falha de informação), implementação inadequada das normas mandamentais (falha de execução); ademais, aqueles que estão sendo regulados são pouco motivados ou inclinados a cumprir os regulamentos (falha de motivação).¹⁸⁹

Essas são as falhas clássicas identificadas pela moderna teoria regulatória. Mas, além delas, há outras. De fato, Black afirma que o entendimento que leva à regulação

¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 105-106.

¹⁸⁷ Idem, ibidem, p. 105-106.

¹⁸⁸ OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Oxford: Oxford University Press and Hart Publishing, 2004, p. 29. Cf. também: CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 42.

¹⁸⁹ BLACK, Julia. **Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world**. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/287328/mod_folder/content/0/Black,%20Decentring%20regulation.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 30 jun. 2016, p. 105-106.

descentralizada baseia-se em diagnósticos ligeiramente diferentes das falhas regulatórias descritas, diagnósticos que estão com base em, e dão origem a, uma compreensão modificada da natureza da sociedade, do governo, e da relação entre eles¹⁹⁰.

A regulação descentralizada se baseia, primordialmente, na constatação da complexidade da realidade. Complexidade refere-se tanto à complexidade da matéria a ser regulada quanto à complexidade das interações entre atores na sociedade. Há um reconhecimento de que os problemas sociais são o resultado de vários fatores interagindo, alguns dos quais podem não ser conhecidos, e cuja natureza e relevância podem mudar ao longo do tempo, e cuja interação será somente imperfeitamente entendida. Deve-se, também, perceber que interações entre os atores são dinâmicas e as relações entre eles produzem uma tensão constante entre estabilidade e mudança dentro de um sistema. Essas interações são, elas próprias, complexas e intrincadas, e os atores se diferenciam em seus objetivos, intenções, normas e poderes¹⁹¹.

O segundo aspecto é a fragmentação, e construção, de conhecimento. Isto é por vezes referido, simplesmente, como assimetria de informação entre regulador e regulado: o Estado não sabe tanto sobre a indústria como a indústria sobre si mesma. Formulado nesses termos, o problema é familiar e bem reconhecido. No entendimento da regulação descentralizada, no entanto, o problema de informação é mais complexo¹⁹².

Isso porque, ao contrário da análise tradicional, ela não assume que qualquer ator, sozinho, tem todas as informações necessárias para resolver os problemas sociais: o problema não pode ser formulado como sendo uma questão de a indústria ter informações e o governo precisar delas. Ao contrário, nenhum ator tem todo o conhecimento necessário para resolver problemas complexos, diversos e dinâmicos, e nenhum ator, sozinho, tem a possibilidade de empregar todos os instrumentos necessários para fazer uma regulação eficaz¹⁹³.

O terceiro aspecto é a fragmentação do exercício do poder e do controle. Este é o resultado do reconhecimento de que o governo não tem um monopólio sobre o exercício do poder e controle do mercado, mas sim que este é fragmentado entre atores sociais e entre os atores e o Estado. Os sistemas de regulamentação existentes dentro das esferas sociais são tão

¹⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 105-106.

¹⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 106-107.

¹⁹² Idem, *ibidem*, 106-107.

¹⁹³ Idem, *ibidem*, p. 106-107.

importantes para ordenamento social (talvez até mais) como para a ordenação formal do Estado. A regulação ocorre em muitos *loci*, em muitos fóruns, em ambientes diversos¹⁹⁴.

A fragmentação do exercício do poder e do controle enseja um quarto aspecto da regulação descentralizada: o reconhecimento da autonomia dos atores sociais. O termo autonomia, aqui, não é usado no sentido de liberdade de interferência por parte do Estado, mas sim que os atores continuarão a se desenvolver ou agir de acordo com sua própria maneira, na ausência de intervenção. A regulação, portanto, não pode tomar o comportamento daqueles que estão sendo regulados como uma constante, pois são dotados de autonomia, movimento próprio e espontâneo¹⁹⁵.

Citando Foucault, Black afirma que a regulação se compara ao que ele disse sobre governança, que é a “conduta de conduzir”, ou como reformulada por Rose, “o agir sobre a ação”. Isso tem várias implicações, entre as quais a mais óbvia a de que a regulação produzirá mudanças e resultados no comportamento dos regulados que não são intencionais, e que a sua forma pode ter de variar dependendo da atitude do regulado em relação ao cumprimento das regras, uma atitude que ele próprio, regulador, pode afetar. Isso possui repercussões importantes para a teoria responsiva da regulação, como se verá a seguir¹⁹⁶.

Além disso, nenhum ator pode ter esperança de dominar unilateral e completamente o processo regulatório, uma vez que todos os atores são bastante limitados no alcance de seus próprios objetivos, não só por limitações na sua própria capacidade de conhecimento, mas também pela autonomia dos outros¹⁹⁷.

O quinto aspecto da compreensão descentralizada de regulação é a existência de complexidade nas interações e interdependências entre os atores sociais e entre atores sociais e governos no processo de regulamentação. Por um lado, isso significa que a regulação é uma mão de duas vias, ou três ou quatro vias entre todos os envolvidos no processo de regulamentação e, particularmente, entre o regulador e regulado na implementação da regulação. Em outros termos, a regulação é “coproduzida”¹⁹⁸.

A complexidade já foi vista anteriormente, mas aqui ela leva a uma nova dinâmica na compreensão das interdependências e interações existentes entre o Estado e atores sociais. Nessa visão, não é o caso que a sociedade tem necessidades (problemas) e o Estado tem

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 108.

¹⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 108.

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 108-109.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 108-109.

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 108-109.

capacidades (soluções). Em vez disso, cada ator deve ser visto como tendo ambos, problemas (necessidades) e soluções (capacidades), e como sendo mutuamente dependentes uns dos outros para a sua resolução e utilização¹⁹⁹.

A alegação de que a regulação é o produto de interações e interdependências leva a um sexto aspecto da compreensão descentralizada de regulação, qual seja, a grande atenuação (como visto anteriormente) — alguns diriam colapso — da distinção entre público e o privado em termos sociopolíticos, e um repensar do papel da autoridade formal na regulação. Na compreensão descentralizada de regulação, regulação existe mesmo na ausência de sanção legal formal, sendo ela o produto de interações, e não só do exercício formal, constitucionalmente reconhecido da autoridade estatal²⁰⁰.

Nessa vertente, a atenuação da distinção público/privado passa a ser uma ferramenta útil na identificação das organizações “híbridas” ou redes que combinam atores governamentais e não governamentais numa variedade de maneiras²⁰¹. Também esse ponto é de grande relevância para a Regulação Responsiva, quando se tratar de Tripartismo e escalada em rede da pirâmide de estratégias e de sanções regulatória.

Assim, a complexidade, a fragmentação e construção do conhecimento, fragmentação do exercício do poder e controle, autonomia, interações e interdependências, atenuação da distinção entre público/privada: todos são pano de fundo da regulação descentralizada. Juntos, tais elementos sugerem um diagnóstico de falha de regulação que se baseia na dinâmica, complexidade e diversidade da vida econômica e social, e na relativa “ingovernabilidade” dos atores sociais, pela autonomia²⁰².

Tais elementos são acompanhados pelo sétimo aspecto, e final, da nova compreensão de regulação, que é o conjunto de proposições normativas referentes às estratégias regulatórias que devem ser adotadas. A idiosincrasia da regulação descentralizada preconiza que se adotem estratégias regulatórias de forma que ela seja híbrida (combinação de atores governamentais e não governamentais), multifacetada (usando um número de diferentes estratégias em simultâneo ou sequencialmente) e, precipuamente, indireta ou propositiva²⁰³.

A regulação descentralizada, portanto, implica o afastamento de um entendimento de regulação que pressupõe que os governos têm um monopólio sobre o exercício do poder e

¹⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 110.

²⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 110.

²⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 111.

²⁰² Idem, *ibidem*, p. 111.

²⁰³ Idem, *ibidem*, p. 111.

controle, que ocupam uma posição na qual eles podem, com habilidade e eficiência, supervisionar as ações dos outros atores, e que essas ações serão alteradas em conformidade com e na medida em que o Estado o exige²⁰⁴.

A regulação descentralizada, assim, refere-se à mudança na compreensão das capacidades do Estado e limitações sobre essas capacidades. Essencialmente, a regulação descentralizada envolve uma mudança (e reconhecimento de uma tal mudança) no *locus* da atividade de regulação do Estado para outros, múltiplos, locais, bem como a adoção, por parte do Estado, de estratégias particulares de regulação tomadas de empréstimo do direito privado²⁰⁵.

De toda forma, é certo que a sociedade confia às agências reguladoras e de fiscalização poderes impressionantes. Elas podem aplicar sanções econômicas, desapropriar ou apreender os bens, limitar as práticas de negócios, suspender licenças profissionais, destruir os meios de subsistência empresariais. A maneira, portanto, pela qual se exerce a regulação, seu *design* e a posição jurídica e capacitação das agências reguladoras são elementos que afetam fundamentalmente a natureza e qualidade de vida em uma democracia²⁰⁶.

Pouco espaço tem sido dado à regulação descentralizada no Brasil. Ocorre que, diante de tudo o quanto alinhavado anteriormente, parece claro que as mutações ocorridas no âmbito do direito administrativo devem lançar ondas de choque a vários de seus institutos, que passam a ser criticados, revistos, adaptados para, ao final, serem mantidos, adaptados ou descartados.

E essa visão crítica vai se estender à regulação e ao objeto material de estudo específico aqui, que é o setor de telecomunicações. De fato, um dos principais capítulos de estudo do direito administrativo é, certamente, o de serviços públicos, com sua origem, regime de prestação, direitos dos usuários, deveres do prestador etc. A pergunta que se faz, diante desse cenário, é se há alguma modelagem regulatória que se adapte a essas novas concepções do direito administrativo, isto é, que seja dotada de flexibilidade, maleabilidade para regular os mais diversos interesses diante da flexibilização na forma de atuação administrativa e que seja, ao mesmo tempo, uma importante ferramenta de controle de

²⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 112.

²⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 112.

²⁰⁶ Cf. SPARROW, M. **The regulatory craft**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2000.

condutas dos regulados, com abertura, inclusive, para aplicação de sanções, graves e proporcionais, caso descumpridos os objetivos regulatórios propostos.

E é aqui que deve ser analisada com mais vagar a teoria da regulação responsiva.

2 A TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO COMO RESPOSTA À NOVA CONFORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

No presente capítulo, pretende-se estudar, de forma aprofundada, a teoria responsiva da regulação.

A teoria responsiva baseia-se na concepção de que a atitude regulatória não é uma resposta a uma situação dicotômica (persuadir ou punir) nem deve ser guiada por concepções ideológicas de seus executores. Ao contrário, a boa regulação assenta-se na atenta observação do mercado, o que implica dizer que deve oferecer respostas diferentes para situações dissemelhantes, ou seja, às vezes punir, às vezes persuadir.

Colocado nestes termos o problema, o que se tem que resolver então é quando punir, quando persuadir. Para isso, a teoria vai propor a adoção de um *design* regulatório em forma piramidal, de maneira que o regulador possa escalar uma pirâmide (previamente conhecida pelo regulado) de sanções e estratégias regulatórias para levar o agente ao cumprimento das normas acordadas ou outorgadas.

Ao longo do capítulo, uma série de refinamentos, objeções (como risco de captura), precisões e contribuições serão abordadas (especialmente as da *smart regulation*).

2.1 A GÊNESE DA TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO DE AYRES E BRAITHWAITE

A teoria da regulação responsiva (*Responsive Regulation*) foi formulada, inicialmente, em 1992, no livro *Responsive Regulation*, de Ian Ayres e John Braithwaite, autores americano e australiano, respectivamente. O livro foi seminal por consolidar uma visão que já vinha sendo debatida e discutida por outros estudiosos, mas que necessitava de uma apresentação orgânica e coerente, numa visão de conjunto. Posteriormente à sua publicação, aperfeiçoamentos foram introduzidos e sua aplicação aos mais variados setores regulados estendida, inclusive quanto à possibilidade de sua aplicação aos países em desenvolvimento.

De antemão, é necessário salientar que a teoria responsiva não repousa sobre argumentos ideológicos acerca do gigantismo do Estado, ou de sua tirania sobre os particulares. Ela procura, tão somente, compreender o melhor a ser feito em termos regulatórios, com base em dados empíricos e por meio de análise jurídica e econômica.

Essa premissa é importante porque não é incomum assumir que as manifestações a favor de uma retirada do Estado do papel de prestador de serviços advenham daqueles que postulam um Estado mínimo, por exemplo. Nesse passo, traz-se à colação interessante estudo²⁰⁷ que afirmou que o direito administrativo nos EUA tem sido envolvido em um projeto de reforma regulatória há décadas, abrangendo um afastamento da abordagem de comando e controle para outras que são mais orientadas mais ao mercado, com natureza mais gerencial, participativa e de autorregulação na sua concepção, em linha com o que já foi argumentado.

Por meio de uma análise de conteúdo dos quase 1.400 artigos publicados em *Law Reviews* americanas tratando da crítica regulatória, entre os anos de 1980 e 2005, Jodi Short mostrou que as críticas mais salientes à regulação não se originam de uma preocupação com o seu custo ou sua ineficiência, como muitos têm assumido. Em vez disso, os críticos expressam, sim, uma ansiedade profunda sobre a natureza fundamentalmente coercitiva da regulação estatal, seu caráter pouco cooperativo, participativo, marcadamente unilateral²⁰⁸.

Suas conclusões mostram que o debate de abordagens regulatórias que conferem maior participação aos atores privados de fato parte de premissas contra a presença do Estado; também os que clamam pela maior participação dos particulares para executar o que antes era considerado função governamental, como o estabelecimento de normas, monitoramento e fiscalização de empresas reguladas, estão assentados na mesma premissa. Short argumenta, assim, que o enquadramento do problema regulatório como um problema envolvendo o poder coercitivo do Estado foi o que criou uma lógica adequada para soluções mais participativas e colaborativas, que promete maneiras não coercitivas (ou menos coercitivas) de regular.

Entretanto, deve-se observar que postular maior ou menor participação do Estado pode decorrer de ao menos duas visões de mundo: uma puramente ideológica, que prega a abstenção pura e simples do Estado, porque lhe predica somente características negativas, ou de uma visão ancorada na realidade social, que vem enfrentando mudanças ao logo do tempo, como visto.

²⁰⁷ SHORT, Jodi L. **The paranoid style in regulatory reform.** 63 *Hastings L.J.* 633, 2012.

²⁰⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 633.

Em suma, não se trata de assumir, aprioristicamente, ou ideologicamente, que o Estado é ineficiente, ou que seu papel regulatório deve ser diminuído porque não cabe ao Estado adentrar questões que envolvam a iniciativa privada; trata-se de reconhecer que a regulação baseada puramente, ou quase totalmente, na ideia de coerção vai de encontro à percepção da realidade hoje prevalente mesmo no campo jurídico e social, como demonstrado por Black no capítulo anterior²⁰⁹.

Após esclarecer essa breve premissa, volta-se à explanação da teoria responsiva. O propósito central do livro de Ayres e Braithwaite foi oferecer uma teoria que fosse uma alternativa ao debate regulatório do momento em que ele surgiu, debate esse que se centrava entre as opções de regulação *command and control*, por um lado, e desregulação, por outro. As duas visões de mundo regulatórias, não raro impulsionadas por visões políticas, também propunham um dilema: ou se escolhe a liberdade do mercado ou a regulação governamental, sinônima, esta última, de intervenção estatal na vida privada²¹⁰.

No regime de regulação “comando e controle”, os reguladores fixam normas sobre determinadas atividades (comando) e usam as normativas para proibir o comportamento das entidades reguladas que não estão em conformidade com estas normas (do controle). Seus defensores afirmam que essa forma de regulação cria uma plataforma estável para os participantes, uma vez que tanto os parâmetros operacionais controlados quanto as obrigações de conformidade comandadas estão dispostos e previstos de antemão²¹¹.

A desregulação, por outro lado, aponta as ineficiências da regulação estatal. Tomando por base teorias econômicas acerca dos mercados eficientes, seus defensores concluem que a regulação e as falhas de governo engendram piores resultados econômicos do que os acarretados pelas falhas de mercado (*market failures*). Propõe-se, portanto, a desregulação, a liberalização e a abertura da economia para permitir que os preços pudessem formar-se livremente. Dessa forma, os atores privados, sem as amarras de regras regulatórias, produziriam melhores em termos econômicos num estado competitivo²¹².

²⁰⁹ Idem, ibidem, 634.

²¹⁰ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 3.

²¹¹ O’SULLIVAN, K.P.V.; FLANNERY, Darragh J. **A discussion on the resilience of command and control regulation within regulatory behaviour theories**. Set. 1, 2011, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1927500>> Acesso em: 28.11. 2016.

²¹² SANT’ANA, Diogo de. **Estado, direito e produção de alimentos**: análise a partir do “ponto de estrangulamento” no setor de fertilizantes. 2012. Tese (doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 76. Disponível em: <<http://goo.gl/7Hlxtn>> Acesso em: 13 abr. 2016.

Jacente a toda e qualquer noção de proteção ou promoção da concorrência reside um consenso “com relação à eficiência de alguns mecanismos e atributos de mercado”²¹³, ou seja, que em algumas situações, as próprias forças de mercado conduzem a um resultado satisfatório do ponto de vista do bem-estar social. A concorrência é um desses elementos, presente nas economias de mercado, que podem servir de instrumento para atingimento de fins de ordem pública. A competição assim, presumivelmente, aumentaria o bem-estar do consumidor, por gerar um melhor arranjo alocativo tanto da eficiência quanto dos fatores de produção.

O propósito maior da teoria responsiva é uma superação dessa visão quase maniqueísta da realidade, de modo a uni-las, em modelagem que alguns poderiam reputar contraditória, mas que se apresenta, na verdade, como tentativa de aproveitar os melhores elementos de cada uma das posições, deixando de lado suas fraquezas.

Os autores afirmam textualmente no começo do livro:

“A boa análise política não trata de escolher entre o livre mercado e regulação governamental. Nem se trata, simplesmente, de decidir o que a lei deveria proibir. Se aceitarmos que a boa análise política gira em torno da compreensão da regulação privada — por associações da indústria, por empresas, e por consciências individuais — e como ela é interdependente da regulação estatal, então possibilidades interessantes surgem para orientar a mistura de regulação pública e privada. É esta combinação, esta interação, que funciona para auxiliar ou solucionar o problema da política. Os participantes de ambos os lados enquadram o debate sobre a desregulação como uma espécie de escolha política do tipo “Live Free or Die”. Mesmo os amantes da liberdade podem, razoavelmente, perguntar-se se uma terceira alternativa não existe. Este livro é sobre a propor essa alternativa. Argumentamos que, trabalhando de forma mais criativa com a interação entre a regulação pública e privada, o governo e os cidadãos podem projetar melhores soluções políticas”.²¹⁴

2.2 OS PRESSUPOSTOS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

A ideia básica de regulação responsiva é a de que os governos devem ser responsáveis à conduta daqueles que procuram regular a fim de decidir se uma resposta mais ou menos intervencionista é necessária. O que significa ser responsivo, nesse contexto? Significa, em primeiro lugar, que o regulador deve ser sensível à forma como efetivamente cidadãos ou

²¹³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Agências reguladoras e concorrência**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 160.

²¹⁴ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 3.

empresas estão se autorregulando antes de decidir se a intervenção estatal em determinada atividade deve ser grande ou pequena, se deve diminuir ou aumentar²¹⁵.

Assim, os autores argumentam que a teoria responsiva da regulação se distingue de outras dinâmicas regulatórias em dois pontos fundamentais: (a) o que desencadeia a resposta regulatória; e (b) como se dá a resposta regulatória.

Na visão *command and control*, a resposta regulatória é, em geral, fixada *ex ante*, sem prejuízo, é claro, de aplicação de punições *ex post*; ou seja, anteriormente à análise em concreto de condutas praticadas pelos atores regulados, há o estabelecimento de previsões normativas de condutas a pautarem a atuação dos regulados. Portanto, o que desencadeia aqui a resposta regulatória, por meio de edição de regulamentos e resoluções de caráter técnico, é a mera existência de um mercado a ser regulado, presumivelmente dotado de relevância pública.

Conseqüentemente, a resposta regulatória se dá pela mera subsunção dos fatos à norma regulatória de conduta: se o ator regulado cumpriu as determinações normativas, não será punido; se as violou, deverá ser sancionado com as penas previstas na legislação.

A teoria responsiva da regulação propõe outra solução. Ao observar as dinâmicas regulatórias aplicadas, Ayres e Braithwaite afirmam que há uma longa história de disputa infértil, no seio das agências reguladoras e da própria academia, entre aqueles que pensam que os entes regulados somente cumprirão as determinações regulatórias quando confrontados com a possibilidade real de pesadas sanções e aqueles que acreditam ser possível conseguir essa *compliance* com a legislação utilizando-se somente a ferramenta da persuasão²¹⁶.

Ayres e Braithwaite propõem que esse debate, fortemente polarizado, seja superado por uma visão de equilíbrio entre os dois modelos. Assim, para eles, a pergunta regulatória crucial não deve ser “punir ou persuadir”, mas sim “quando punir, quando persuadir?”. Para aplicar o modelo na prática, Ayres e Braithwaite sugerem uma tática “*tit for tat*” (TFT), expressão que pode ser (mal) traduzida como “toma lá, dá cá”. A estratégia TFT afirma que o regulador deve se abster de maiores punições à medida que a empresa regulada está cooperando; se ela deixar de cooperar e tentar se aproveitar, em benefício próprio, do modelo regulatório adotado, a agência reguladora deve partir para a punição²¹⁷.

²¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 4.

²¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 20.

²¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 21.

Na pesquisa empírica realizada pelos autores, e corroborada por outras fontes, restou claro que os atores regulados são motivados por uma ampla gama de fatores, e uma política regulatória correta pode e deve corresponder a essas diversas motivações dos regulados. Assim, postulam que a estratégia TFT é a mais adequada não só para constranger os atores classificados como “calculadores econômicos” a cumprir a lei, mas também a inculcar confiança e gerar virtudes cívicas²¹⁸.

Quando se estuda a teoria da regulação responsiva, pode-se ter uma primeira impressão acerca de sua possível leniência, e daí se inferir que ela não funciona porque assume, como falsa premissa, que os regulados seriam necessariamente cooperativos, dispostos a fazer o bem naturalmente, sem se importar com os custos e prejuízos que suas atitudes iriam gerar.

Na visão de seus formuladores, é necessário, antes de tudo, olhar a realidade do mercado, suas práticas concretas, para se avaliar qual deve ser o nível de intervenção regulatória em determinado setor. Em todos os setores regulados, haverá aqueles que tenderão a cooperar mais e aqueles que serão “recalcitrantes”. Deve-se, portanto, moldar a resposta regulatória de acordo com a atuação da firma regulada.

Ayres e Braithwaite deixam bem claro que não se deve partir do pressuposto de que as empresas são puramente *profit maximizers*. Muitos, dentro das empresas, valorizam a reputação delas, e de si mesmas, como um bem próprio, valioso por si só. E a implicação disso é que a estratégia TFT pode muito bem trabalhar com sanções de publicidade adversa, ameaçando o regulado em sua reputação caso não coopere²¹⁹.

Na pesquisa empírica de Braithwaite sobre abrigos e asilos de pessoas idosas na Austrália, eles puderam constatar como os diretores das empresas, por diversas vezes, atuavam com senso de responsabilidade por quem estavam cuidando, fazendo muito mais do que lhe impunham os “requisitos legais mínimos para a prestação de um bom serviço”, deixando claro como a motivação de alguns para o cumprimento das leis e das normas não está exatamente na perspectiva da punição, mas em um conceito próprio de responsabilidade social²²⁰.

Destarte, seria uma incorreta leitura da atuação dos atores do mercado a que afirma serem eles somente motivados pelo lucro. Ayres e Braithwaite rejeitam, portanto, uma

²¹⁸ Idem, ibidem, p. 20.

²¹⁹ Idem, ibidem, p. 22.

²²⁰ Idem, ibidem, p. 22-23.

estratégia regulatória baseada somente na punição ou fundada somente na persuasão. Não é difícil entender o porquê: aqueles que visam, apenas, ao lucro, ou preponderantemente ao lucro, irão explorar a boa-fé do regulador e utilizar, em proveito próprio, a estratégia da persuasão; ao mesmo tempo, uma estratégia baseada, somente, na punição irá solapar a boa vontade daqueles regulados que são motivados por um senso de responsabilidade²²¹.

Além do mais, e esse ponto é extremamente importante, como se verá ao longo das páginas a seguir, um perigo crucial da postura exclusivamente punitiva, que projeta expectativas negativas acerca da boa-fé, da vontade de cooperação do regulado, é que ela inibe a autorregulação²²².

2.3 REJEIÇÃO DA REGULAÇÃO COMO RESPOSTA AO “HOMEM MAU”

Os autores fazem, também, um contraponto expresso à teoria avançada por Oliver Wendell Holmes, o famoso jurista norte-americano e *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em um seminal artigo, denominado “The Path of Law”²²³, Holmes assim se expressou sobre sua Teoria do Direito:

Pode-se ver bem claramente que um homem mau tem tanta razão quanto um homem bom para desejar evitar um encontro com o poder público. Caso se queira saber a lei e nada mais além dela, deve-se vê-la como um homem mau, que só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite predizer, não como um homem bom, que encontra suas razões para conduzir-se, dentro ou fora da lei, nas sanções mais vagas da consciência²²⁴.

De acordo com a leitura mais comum da teoria de Holmes, a lei deve ser abordada e compreendida como o próprio homem mau dela se aproximaria e a compreenderia, ou seja, não com uma mentalidade do homem racional, preocupado com as razões para a existência de uma lei especial, mas sim como um homem calculista e amoral (ou talvez, imoral) (homem mau), alguém que, nas próprias palavras de Holmes, “só se preocupa com as consequências materiais” de suas ações. Segundo a interpretação que parece a mais comum, alguém que “só se preocupa com as consequências materiais” é quem somente leva em consideração, na sua

²²¹ Idem, *ibidem*, p. 24.

²²² Idem, *ibidem*, p. 25.

²²³ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. 10 HARV. L. REV. 459, 1897.

²²⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Excerto traduzido. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/download/262/126>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

decisão de cumprir ou não as leis, a diferença entre as vantagens a serem adquiridas e a pena a ser sofrida por violar esta ou aquela disposição legal²²⁵.

Ayres e Braithwaite rejeitam a noção de Holmes de que a Lei deveria adotar somente a perspectiva do “homem mau”. Eles argumentam que assumir a postura punitiva como a primeira opção regulatória é contraprodutivo e isso por várias razões.

Afirmam que a punição é cara; a persuasão, barata. Assim, se for tentada a persuasão em primeiro lugar, e ela funcionar a contento, recursos serão economizados para serem utilizados na expansão da fiscalização, por exemplo. Ao contrário, se a punição for, desde logo, a primeira escolha, o regulador, provavelmente, passará mais tempo nas cortes judiciárias do que regulando propriamente falando²²⁶.

Ademais, a mentalidade punitivista engendra um jogo de gato e rato entre regulador e regulado. Assim, as empresas desafiam o “espírito da lei”, explorando as brechas normativas, e o regulador reage escrevendo mais e mais regras para impedir a atuação maliciosa das firmas. O resultado disso, afirmam Ayres e Braithwaite, é duplo: 1) incremento no número de regras que pode tornar o todo incoerente; 2) legalismo estéril que se concentra em violações mais visíveis, simples e específicas, negligenciando os problemas sistêmicos do setor regulado.

A tese avançada por Braithwaite, em outro trabalho²²⁷, é que as regras precisas regulam de forma mais consistente os fenômenos simples do que os princípios. Uma concepção parecida é defendida no trabalho de Rafael Lima, para quem as regras estabilizam as expectativas dos regulados sobre a definição do que deve ser juridicamente exigido. Assim é que as regras trariam mais estabilidade ao Direito justamente porque mais previsíveis, ainda mais quando comparadas aos princípios, que dependeriam da contingência do caso concreto.²²⁸

Isso é importante se se considera que a abordagem tradicional, diante de um problema regulatório, é multiplicar as regras de forma a, pretensamente, não deixar espaço para violações.

²²⁵ JIMENEZ, Marco. **Finding the good in Holmes’s bad man**. 79 *Fordham L. Rev.* 2069. 2011. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol79/iss5/9>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

²²⁶ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 26.

²²⁷ BRAITHWAITE, John Bradford. Rules and principles: a theory of legal certainty. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, p. 47-82, 2002, p. 47. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=329400>> <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.329400>> Acesso em: 28.11.2016.

²²⁸ LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 74-75.

No entanto, à medida que os fenômenos regulamentares tornam-se mais complexos, princípios parecem entregar mais consistência que as regras. A conclusão a que ele chega é a de que a consistência nos domínios complexos pode ser ainda encontrada, realizada, por meio de uma combinação adequada de regras e princípios. Quanto mais complexo o domínio, o mais provável é que um conjunto de regras não vinculativas, apoiadas por princípios vinculativos, ofereça maior consistência. Robert Baldwin argumenta, também, que a razão para o não funcionamento das regras é que elas são tipicamente promulgadas/avaliadas sem referência ao contexto de sua implementação²²⁹.

Por fim, os autores afirmam, e isso vem bem a calhar quanto ao tópico desta dissertação, que a persuasão deve ser mais buscada e incentivada nos setores que padecem de grandes e rápidas mudanças tecnológicas, uma vez que a regulamentação que pretenda detalhar demais o conteúdo da lei não conseguirá se manter atual frente às mutações da realidade.

Adotar a estratégia de punição somente com as empresas mais recalcitrantes, que descumprem a intenção do regulador, o espírito das normas, teria, também, o potencial de aumentar a chance de vitória do regulador em eventual batalha no Poder Judiciário, uma vez que a punição seria mais facilmente justificada dado o histórico de relativa leniência anterior²³⁰.

A abordagem “primeiro persuasão e depois punição” também ajudaria a espalhar, no setor regulado, um senso de justiça em relação às firmas que se mantiveram responsáveis e fugiram do jogo de gato e rato com o regulador. E Ayres e Braithwaite afirmam que essa percepção da justiça é deveras importante para fomentar o cumprimento voluntário da regulamentação. Citam, para tanto, um interessante estudo de Bardach e Kagan, no qual se constatou que, nos mercados em geral, 20% das empresas cumpririam as regras de qualquer maneira, 5% tentariam descumpri-las sem serem punidas e as restantes 75% possivelmente cumpririam as regras, contanto que a punição aos 5% restantes que descumprissem as regras fosse uma ameaça credível²³¹.

A menção que aqui se fez aos tipos de atores regulados nem sempre corresponderá, exatamente, ao de outros doutrinadores. Apenas a título de exemplo, mencione-se que Yuval

²²⁹ BRAITHWAITE, John Bradford. Rules and principles: a theory of legal certainty. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, p. 47-82, 2002, p. 47. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=329400>> <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.329400>> Acesso em: 28.11.2016.

²³⁰ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 26.

²³¹ Idem, ibidem, p. 26.

Feldman fornece outra classificação dos tipos de atores que se encontram no mercado. Há basicamente, segundo ele, cinco tipos de regulados que um regulador pode encontrar. O primeiro é aquele movido por estímulos, incentivos (*Incentive-Driven Individual*), cuja marca característica é o cálculo do custo benefício.²³² O segundo é o indivíduo racional (*Reason-Driven Individual*), que procura, acima de tudo, ser convencido da razoabilidade das atitudes do regulador.²³³ O terceiro é o ator orientado por um viés social (*Socially-Oriented Individual*); segundo Feldman, isso significa que é um agente que procura, nas relações sociais, sua identidade, e o foco do regulador, nesse caso, tem que mudar da justiça da norma para, por exemplo, a quantidade de indivíduos que seguem e cumprem a norma, estimulando-o a cumprir também.²³⁴ O quarto tipo de ator regulado é aquele que age guiado por decisões morais (*Morality-Oriented Individual*), como ausência de dano a outros. Por fim, haveria o ator motivado por razões de cidadania (*Citizenship-Oriented Individual*), ou seja, que obedeceria aos preceitos em razão de eles emanarem de uma autoridade soberana, a quem compete criar regras.²³⁵

De toda forma, nesse cenário, de acordo com a teoria responsiva, a estratégia TFT é uma modelagem excelente: o regulador coopera com as firmas responsáveis até que elas decidam descumprir as regras, evitando assim solapar a boa-fé daqueles que, voluntariamente, desejam se submeter às disposições regulatórias; sendo duro com aqueles que violam as regras, o regulador mostra ao ator que é um “calculador racional” que os ganhos advindos da traição da posição de cooperação não compensam, nem mesmo economicamente²³⁶.

2.4 O *DESIGN* DAS ESTRATÉGIAS E PUNIÇÕES REGULATÓRIAS – A FIGURA DA PIRÂMIDE

A fim de fornecer uma modelagem regulatória ótima, Ayres e Braithwaite propõem uma pirâmide regulatória de estratégias e punições. De acordo com a formulação por eles

²³² FELDMAN, Yuval. **Five models of regulatory compliance motivation: empirical findings and normative implications.** In LEVI-FAUR, David. Handbook on the Politics of Regulation. USA: EE, 2011, p. 336.

²³³ Idem, ibidem, p. 336.

²³⁴ Idem, ibidem, p. 337.

²³⁵ Idem, ibidem, p. 338.

²³⁶ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation:** transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 27.

criada, essa é a parte mais distintiva da regulação responsiva²³⁷. É uma tentativa de resolver, com clareza e maior precisão possível, o enigma de quando punir e quando persuadir.



Figura 1. A pirâmide de estratégias regulatórias.

A presunção estabelecida pela teoria responsiva, tanto com fulcro na teoria econômica quanto em dados empíricos, e que está na base de sua abordagem, é que se deve tomar como ponto de partida a possibilidade de se estabelecer um diálogo, uma ação por meio de persuasão com o regulado. E isso ainda que se esteja lidando com matérias potencialmente catastróficas para a sociedade como um todo, como ocorre no caso da regulação da indústria nuclear²³⁸.

Reforçando, segundo Ayres e Braithwaite, isso não significa que a teoria está assentada na premissa de que os diretores das empresas são pessoas cooperativas por natureza. Não se trata de usar tal concepção como ponto de partida. O que a teoria afirma é que a modelagem regulatória deve ser tal que o ator racional se veja compelido a cooperar, uma vez que seria essa a única atitude inteligente diante das opções a ele colocadas. Do contrário, isto é, em caso de recusa à cooperação, viria, inexoravelmente, a sanção ao agente não cooperativo, recalcitrante²³⁹.

²³⁷ BRAITHWAITE, John Bradford. **Responsive regulation and developing economies**. World Development, v. 34, n.5, p. 886, 2006.

²³⁸ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 40.

²³⁹ Idem, ibidem p. 21-22.

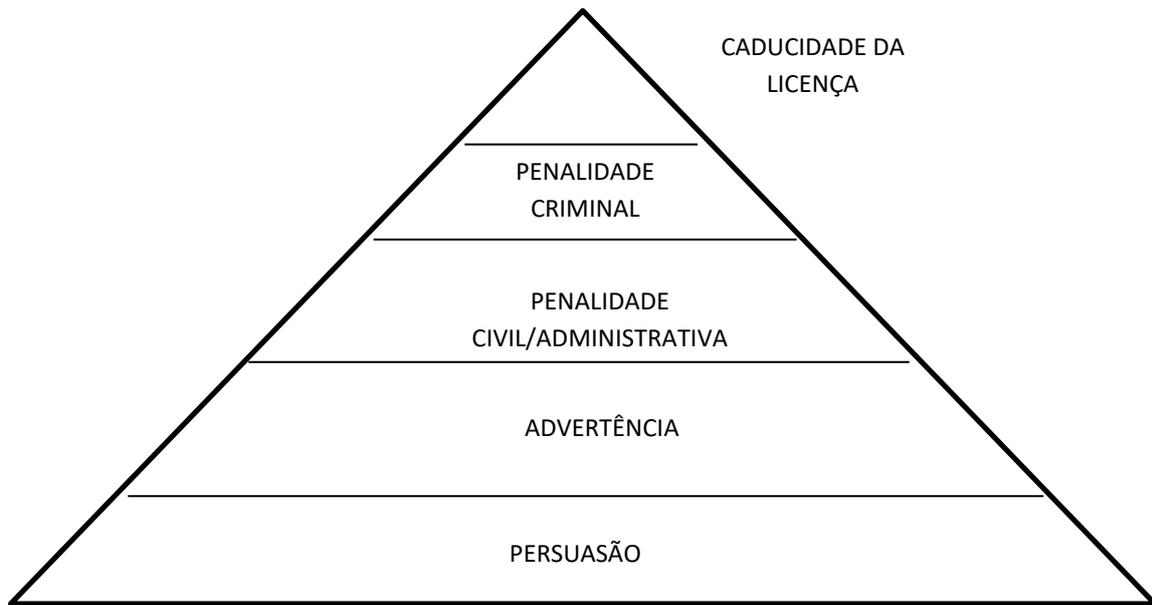


Figura 2. A pirâmide de sanções.

Deve, portanto, o regulador, estudar e conhecer o mercado e seus agentes econômicos e aplicar a teoria responsiva conforme cada caso. De maneira geral, é possível dizer que, com grande probabilidade, em todos os mercados há os agentes denominados de *profit-maximizers* e os movidos pela “responsabilidade social”. Diante disso, deve-se rejeitar uma estratégia baseada completamente na persuasão ou totalmente fulcrada na punição.

A primeira não teria o condão de influenciar os atores que pensam unicamente no lucro, e a segunda minaria a vontade de cooperação daqueles que querem cumprir voluntariamente as leis e a regulamentação²⁴⁰.

Como, então, solucionar o dilema? Como, concretamente, a teoria responsiva se mostra uma alternativa às duas soluções? Em outras palavras, quando dialogar, quando punir?

Na base da pirâmide está a abordagem menos intervencionista, mais negociada, e que pode garantir a conformidade empresarial a uma lei justa. À medida que se sobe a pirâmide, intervenções cada vez mais drásticas na vida dos agentes estão envolvidas.

²⁴⁰ Idem, ibidem, p. 24.

De acordo com a teoria, por mais grave que possa ser o potencial de infringência às leis, a resposta normal, primária da regulação responsiva é tentar um diálogo antes de tudo, e só substituir esta presunção se existirem razões imperiosas para fazê-lo.

Escalar a pirâmide, como resposta a uma infração, tem como objetivo obter, não a punição em si, mas a reforma do agente regulado por meio da sanção e da reparação. Atingido esse objetivo, deve-se dar marcha à ré e fazer o caminho para baixo da pirâmide, voltando-se à base inicial, de persuasão, de diálogo. A modelagem piramidal deve ser firme e ao mesmo tempo indulgente: destarte, a reforma deve ser recompensada, assim como a recusa recalcitrante à reforma acabará por ser punida, até mesmo severamente²⁴¹.

Deve-se ter em mente que se trata de um modelo dinâmico²⁴². Em outras palavras, não se trata de especificar antecipadamente quais são os tipos de questões que devem ser tratadas na base da pirâmide, que são as mais graves que devem estar no meio e que são as violações mais flagrantes que devem ir para o topo da pirâmide. Não. Mesmo com as mais graves questões — como já dito, mesmo no caso de potenciais desrespeitos às obrigações legais para operar uma usina de energia nuclear com segurança, o que coloca em risco potencial milhares de vidas — os autores da teoria responsiva afirmam que se deve ficar com a presunção de que é melhor começar com o diálogo na base da pirâmide.

Segundo Ayres e Braithwaite, a defecção da cooperação por parte das firmas é bem menos provável quando confrontadas com uma pirâmide regulatória de sanções, e bem maior quando as empresas sabem que o regulador dispõe de somente uma única sanção para lhes impingir. E afirmam que isso é verdade mesmo quando a sanção em potência seja uma sanção cataclísmica, uma vez que esse tipo de sanção dificilmente poderia ser aplicado a violações leves e médias, por absoluta falta de amparo político e proporcionalidade²⁴³.

Nessa toada, Ayres e Braithwaite afirmam que, pela ótica da teoria responsiva, os governos têm maior chance de ver suas políticas regulatórias serem cumpridas quando comunicam aos atores regulados que a sua estratégia preferida é a autorregulação, que é a abordagem menos “pesada” (*burdensome*) tanto do ponto de vista dos contribuintes (que custearão um serviço regulatório mais barato) quanto para o setor regulado. Mas, dado que esse setor pode ser tentado a explorar o privilégio da autorregulação, cumprindo as normas de

²⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 38-40.

²⁴² BRAITHWAITE, John Bradford. **Responsive regulation and developing economies**. World Development, v. 34, n.5, 2006, p. 886.

²⁴³ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 36.

forma subótima, o regulador, também, deve comunicar ao setor sua intenção, e firme vontade, de subir a pirâmide de estratégias regulatórias para aumentar o nível de intervenção e de sanção²⁴⁴.

2.4.1 O sequenciamento de instrumentos

De pouco adianta, contudo, a escalada piramidal sem o que Gunningham e Sinclair chamam de “sequenciamento dos instrumentos” regulatórios (*instrument sequencing*) na estrutural piramidal. O sequenciamento é entendido como o *design, a priori*, de medidas regulatórias punitivas e estratégicas que serão tomadas caso o regulado não seja cooperativo. Esse sequenciamento serve a dois propósitos: o primeiro é evitar o uso atrapalhado e ineficiente de diversos instrumentos regulatórios ao mesmo tempo, e o segundo é deixar claro para o regulado qual será o próximo passo a ser tomado pelo regulador, em caso de descumprimento do acordado entre ambos²⁴⁵.

Nesse passo, os autores advogam uma minimização da discricionariedade administrativa no sequenciamento de instrumentos, ou seja, definidos certos parâmetros, e constatados que não foram cumpridos, uma atitude mais intervencionista do regulador seguirá fatalmente, o que enviaria uma poderosa mensagem aos regulados, de que a cooperação é o melhor caminho²⁴⁶.

A discricionariedade está intimamente ligada ao exercício da função administrativa. Carlo Marzuoli chega a afirmar que “a discricionariedade se identifica com a parte essencial da função; na sua falta, ela se torna automação e não administração”²⁴⁷.

A noção de discricionariedade, segundo Jean-Marie Woehrling, está baseada em dois pontos fundamentais: (a) em primeiro lugar, “o poder discricionário corresponde a um elemento da decisão administrativa não determinado inteiramente pelo direito; a administração tem um poder discricionário quando ela pode escolher, segundo sua concepção de oportunidade, entre várias decisões que são todas conforme o direito”; e (b) em segundo lugar “o poder discricionário é igualmente definido pela ausência de controle jurisdicional: o

²⁴⁴Idem, ibidem, p. 38.

²⁴⁵ BRAITHWAITE, John Bradford. **Responsive regulation and developing economies**. World Development, v. 34, n.5, 2006, p. 871-872.

²⁴⁶ Idem, ibidem, p. 872.

²⁴⁷ MARZUOLI, Carlos. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*. In: PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998, p. 72.

poder discricionário é uma situação na qual o juiz não controla todos os elementos decisórios”²⁴⁸.

Assim, poder discricionário é o “poder de escolha, que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas na realização da ação estatal”²⁴⁹. Esse poder de escolha está baseado na “indeterminação do dado normativo: entre a norma e o fato há um vazio a ser preenchido”²⁵⁰. No caso do poder vinculado, ao revés, “não existe margem alguma de escolha relativamente à emanção do ato e seu conteúdo é rigorosamente predeterminado”²⁵¹, uma vez que “quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal”²⁵².

Importa deixar bem vincado que, em nosso regime, “todo poder discricionário tem uma medida legal” e “não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder”²⁵³. Assim, “os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado. Dentro desses limites jurídicos, estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário”²⁵⁴.

Nesse passo, os reguladores devem prever alguns gatilhos que serão acionados caso as medidas menos intervencionistas falhem, a fim de otimizar o sequenciamento de instrumentos e diminuir a discricionariade administrativa. Alguns desses gatilhos citados por Gunningham e Sinclair incluem: fiscalizações aleatórias e não programadas nas empresas, auditorias independentes; incentivo a delatores internos; fiscalização comunitária etc. Um dos mais interessantes seria utilizar seguradores para monitorar o nível de performance da

²⁴⁸ WOEHLING, Jean-Marie. **Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France**. In: PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998, p. 25.

²⁴⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/80, p. 54, 1990.

²⁵⁰ MARZUOLI, Carlos. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*. In: PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998, p. 73.

²⁵¹ ZUBALLI, Umberto. Il controllo della discrezionalità. In: PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998, p. 149.

²⁵² FAGUNDES, Miguel Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 194.

²⁵³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do poder discricionário**. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 440.

²⁵⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/80, 1990, p. 61.

empresa, e seu nível de assunção de riscos. Baseando-se no caso do setor de meio ambiente, eles afirmam que os seguradores:

Podem desempenhar, diretamente, um papel na redução das perdas ambientais monitorando as atividades de seus clientes. Se uma empresa que limpa amianto sabe que tem proteção securitária contra indivíduos que eventualmente contraíam alguma doença dele decorrente, ela tem menos incentivo para se preocupar com a quantidade de partículas de amianto no ar. O segurador, por outro lado, nutre bastante preocupação com a quantidade de fibra no ar, e, assim, tem um incentivo a monitorar o processo de limpeza.²⁵⁵

Mas não bastam gatilhos para um *design* regulatório apropriado. São necessárias, igualmente, zonas de amortecimento (*buffer zones*), concebidas como um espaço de tempo que existe entre um gatilho e o dano que se quer evitar²⁵⁶. Assim, exemplificando, devem ser estabelecidos gatilhos regulatórios em relação ao monitoramento de uma usina nuclear que dê oportunidade para que o regulador tenha tempo e espaço de atuação antes que uma catástrofe aconteça, sendo descabido estabelecer um gatilho somente para quando houver um perigo concreto e imediato de explosão nuclear.

Gunningham e Sinclair, também, trazem à baila a figura do disjuntor regulatório (ou *circuit breakers*). Em uma rede elétrica, o disjuntor funciona como uma proteção das instalações contra danos causados por curtos-circuitos ou sobrecargas. Verificada uma dessas situações, o disjuntor interrompe a passagem de corrente elétrica impedindo que haja danos à rede. Na regulação responsiva, o disjuntor deveria ser introduzido como uma medida temporária, menos intervencionista, para evitar que outra medida regulatória falhe no momento de sua adoção²⁵⁷. O exemplo dados pelos autores foi o da proibição de desmatamento de terra no sul da Austrália. Essa proibição foi considerada essencial para deter a degradação ambiental generalizada, mas também foi politicamente inaceitável e em grande parte inaplicável na ausência de alguns incentivos complementares positivos. Foi introduzida uma compensação monetária para aqueles que se recusassem a desmatar, a fim de superar ambos os problemas e facilitar a mudança cultural que era necessária no longo prazo (ou seja, passar-se de uma crença de que todos os proprietários tinham um direito livre para desmatar a

²⁵⁵ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy.** 24 Law & Soc. Inquiry 853, 1999, p. 873.

²⁵⁶ Idem, p. 873.

²⁵⁷ Idem, p. 874.

uma de uso sustentável da terra). Uma vez que este tinha objetivo sido alcançado, o direito a indenização foi retirado.²⁵⁸

Por fim, ressalte-se que nada impede que se use, dentro desse sistema, o que os autores chamam de sistema regulatório de duas vias (*two track, parallel regulatory systems*). Uma via disporia sobre os incentivos que firmas que adotam atitudes que vão além do mínimo regulatório exigido (*go beyond compliance*) poderiam angariar, como flexibilidade, autonomia, preferência na prestação de serviços governamentais etc. A outra seria a via normal da regulação *command and control*. Trata-se, na verdade, de adaptar a noção de assimetria regulatória já existente no Brasil. Entende-se por assimetria regulatória

quando, em um determinado setor, certos agentes e atividades sujeitam-se a distintos graus de regulação de outros agentes e atividades, sendo o grau de regulação variável em conformidade com as atividades desempenhadas vis-à-vis a necessidade de regulação sobre tais atividades para o alcance das finalidades legais da regulação estatal. A assimetria regulatória é decorrência direta dos Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade. Decorre do Princípio da Isonomia, pois busca dispensar tratamento igualitário aos agentes do setor regulado, respeitando-se as desigualdades existentes entre eles em razão de suas características particulares, que não comportam um tratamento uniforme pela lei (p. ex., não se pode equiparar sob a mesma categoria de investidor um fundo de pensão, que atua sob uma série de regras de *compliance* e tem equipe profissional para a realização de investimentos, a um investidor pessoa física que utiliza o mercado de capitais para fazer poupança de seus recursos). Da mesma forma, deriva do Princípio da Proporcionalidade, pois busca nada mais do que a adequação entre a atuação regulatória e os fins previstos na lei.²⁵⁹

Entretanto, Ayres e Braithwaite deixam claro que de nada adiantaria todo esse modelo regulatório sem o que eles chamam de “big gun”.

2.5 A *BIG GUN* REGULATÓRIA NA TEORIA RESPONSIVA

Os autores firmam que escalar a pirâmide tem que ser visto pelos regulados como algo análogo à estratégia militar de “queimar os navios”, ou seja, quando o exército invasor queima os navios, o invadido sabe que haverá uma guerra sangrenta, até a morte, sem recuos.

²⁵⁸ Idem p. 874.

²⁵⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público. **Revista de direito público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38663>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

Na regulação, deve, portanto, o regulador deixar bem claro o seu nível de comprometimento com a escalada piramidal caso encontre um ator recalcitrante, não cooperativo.

Ayres e Braithwaite afirmam que a regulação é um jogo de “finesse” na manipulação das alternativas postas à sua disposição e que a estratégia de sucesso de uma boa modelagem regulatória depende não só da existência da pirâmide de estratégias e sanções regulatórias, mas também de que (a) só se deve escalar para a punição como o último recurso (*last resort*); (b) essa opção punitiva deve ser exercida somente até o ponto de conseguir *compliance* do regulado, e não mais²⁶⁰.

Insistem os autores que a teoria responsiva, e sua *big gun* (cujo significado preciso se verá logo em seguida), não pressupõem a virtude dos cidadãos, ou o espírito de cooperação de todos. Se o regulado não for virtuoso, as armas estarão prontas para serem atiradas. Mas as balas não serão projetadas contra os virtuosos, e, em princípios, as armas serão colocadas no fundo, longe da vista da maioria das pessoas, para que não ajam somente com base na ameaça de punição²⁶¹.

Mesmo que o regulado seja economicamente irracional, ou seja, ainda que a ameaça de uma punição monetária não seja suficiente para desmotivá-lo de uma prática violadora das normas, o regulador deve possuir (como será explicitado ao longo deste trabalho) uma gama bastante variada de formas de persuasão (como, por exemplo, ataque à reputação, pressão social por grupos da sociedade civil organizada)²⁶².

Se tudo isso falhar, seja dinheiro seja o senso de responsabilidade, a *big gun* estará disponível para mobilizar uma sanção incapacitante, seja uma suspensão temporária de atividades, seja a cassação (ou caducidade) da licença para operar determinado serviço²⁶³.

Aqui entra o que Brigham Daniels chamou de “poder nuclear” das agências reguladoras²⁶⁴. O arsenal de uma agência reguladora sói conter várias armas. Ocasionalmente, no entanto, a agência tem o poder de destruir completamente os seus “alvos regulatórios” ou causar ondas de choque na sociedade por meio de uma bomba atômica regulatória (*regulatory nuke*). Uma arma nuclear regulatória, diz ele, constitui uma ferramenta com duas características primaciais. Em primeiro lugar, ela possui energia suficiente para impactar

²⁶⁰ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 50.

²⁶¹ Idem, ibidem, p. 50.

²⁶² Idem, ibidem, p. 50.

²⁶³ Idem, ibidem, p. 50.

²⁶⁴ DANIELS, Brigham. **When agencies go nuclear**: a game theoretic approach to the biggest sticks in an agency's arsenal. 80 Geo. Wash. L. Rev. 442, 2012, p. 1.

profundamente metas regulatórias individuais ou significativamente afetar aspectos importantes da sociedade ou da economia. Em segundo lugar, a partir da perspectiva da agência reguladora, é politicamente indisponível em quase todas as situações, tirante as mais extremas.

Essas armas regulatórias são encontradas em toda parte da Administração Pública. Daniels afirma que, mesmo quando as armas nucleares reguladoras individuais possam chamar a atenção, muitas vezes pensa-se sobre essas armas de maneira improdutiva. Assim, normalmente, as armas nucleares regulatórias são abordadas de uma forma maniqueísta. Por um lado, elas podem ser vistas como anomalias regulatórias com pouca relevância para entidades reguladas, que julgam que a agência nunca irá utilizá-las. Por outro lado, especialmente se a agência já lançou sua bomba nuclear regulatória, viu-se o seu poder destrutivo de fato, e quase que somente se fala e se age tendo como pano de fundo a história da destruição que deixou em seu rastro²⁶⁵.

A conclusão, entretanto, a que chegou Daniels, é que o bom regulador e o formulador de política consciente devem, além da dicotomia fracasso/nuvem de cogumelo referida acima, tratar a bomba atômica regulatória como um fator importante que influencia o cálculo da regulação. Sua análise sugere, destarte, que as agências muitas vezes podem obter benefícios regulatórios apontando, e somente apontando, para suas armas nucleares e não necessariamente usando-as; o poder dessa ferramenta é muitas vezes o da alavancagem da diplomacia regulatória — por ameaças, postura e coerção²⁶⁶.

A presunção piramidal de persuasão fornece, segundo a Teoria, a opção mais barata e mais respeitosa ao regulado, dando-lhe a chance para que ele cumpra voluntariamente os compromissos²⁶⁷. As punições severas são, assim, mantidas em reserva para os casos em que a persuasão falhe. Segundo a formulação proposta, o motivo mais comum para a persuasão falhar é um ator regulado ser um “calculador racional” dos custos prováveis da aplicação das sanções legais em comparação com os ganhos decorrentes de sua violação.

Para que a modelagem funcione, contudo, os autores afirmam que é necessário que o regulador carregue uma “*big gun*”, o que, no contexto, significa que o regulador tenha à sua disposição pesadas sanções, como ameaça a violações regulatórias, a serem aplicadas nos

²⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 1.

²⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 1.

²⁶⁷ BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Economies**. World Development Vol. 34, No. 5, 2006, p. 887.

casos em que a ação na base da pirâmide se mostrar insuficiente²⁶⁸. Essas sanções, como visto, têm de chegar ao nível do que eles chamam de incapacitação, ou seja, retirada de licenças, processos criminais etc.

Na mesma linha, Short e Toffel citam um livro clássico de Stone no qual este afirma que o efeito dissuasor das sanções legais é insuficiente tanto para impedir o comportamento empresarial violador de normas quanto para promover o cumprimento das normas regulatórias. Segundo Stone, o que a lei pode mais eficazmente fazer é moldar o comportamento organizacional, gerando compromissos normativos (de conduta) por meio de controles internos sistêmicos²⁶⁹.

Usando dados de pesquisas por eles realizadas, eles chegam que à conclusão de que o ambiente legal, especialmente quando este é conjugado com medidas efetivas de fiscalização pelos reguladores, influencia significativamente a probabilidade de que as organizações irão implementar efetivamente os compromissos de autorregulação que simbolicamente adotam.

Em outras palavras, afirmam que as empresas são mais propensas a seguir com seus compromissos de autorregulação quando estão sujeitas à vigilância regulamentar pesada que quando adotam autorregulamentação na ausência de uma ameaça explícita de sanções. Tomados em conjunto, esses achados sugerem que a autorregulação pode ser uma ferramenta útil para alavancar as motivações normativas das organizações regulamentadas, mas que não pode substituir a aplicação tradicional à base de dissuasão.

2.6 A PIRÂMIDE VISTA COMO INSTRUMENTO DE COMBINAÇÃO DE ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS E AS PRECISÕES DA *SMART REGULATION*

Estudiosos do tema de *design* regulatório têm confirmado que a modelagem de Ayres e Braithwaite responde a um imperativo de otimização de *compliance* das normas regulatórias pelas empresas²⁷⁰. Assim, ela responde ao fato de que a aplicação isolada de teorias

²⁶⁸ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 40.

²⁶⁹ SHORT, L. J.; TOFFEL, Michael W. **Making self-regulation more than merely symbolic**: the critical role of the legal environment, 55 Admin. Sci. Q. 361, p. 362, 2010. Disponível em: <http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1259>. Acesso em: 29 jun. 2016.

²⁷⁰ Cf. SOLOMON, Jason M. **Book Review Essay: Law and Governance in the 21st Century Regulatory State Law**. 86 Tex. L. Rev. 819, 2008; o já citado DANIELS, Brigham. **When Agencies Go Nuclear: A Game**

regulatórias que tratam de justiça restaurativa, a persuasão e a incapacitação constitui abordagem limitada e imperfeita de reforço à conformidade empresarial²⁷¹.

O que a pirâmide regulatória por eles proposta tenta fazer é encobrir as deficiências de uma teoria com os pontos fortes de outra. A ordenação de estratégias regulatórias na pirâmide não serve, apenas, para colocar as opções menos onerosas, menos coercitivas, mais respeitadas ao bom agente regulado em baixo por questões de custo regulatório, mas também porque recorrer a formas mais invasivas de intervenção na liberdade apenas quando as mais dialógicas foram tentadas em primeiro lugar torna o controle coercitivo mais legítimo.

Dito de outra forma, o regulado sabe que está sendo punido porque não cooperou antes. Por conseguinte, a regulação é vista como mais legítima, mais “processualmente elaborada”; logo, o cumprimento de seus termos é mais provável²⁷².

Há, ainda, outra vantagem na aplicação do modelo piramidal descrito. Braithwaite afirma que a sobrecarga da capacidade punitiva do sistema resulta em uma aplicação da lei inconsistente, errática, acarretando falta de credibilidade ao sistema regulatório como um todo²⁷³. Como se verá, é recorrente a crítica à falta de fiscalização no caso dos bens reversíveis.

Além disso, a exposição prévia ao regulado à pirâmide canaliza o ator racional para a sua base. O regulado conhece a forma de atuação da agência reguladora, sabe da perspectiva de punição. O descumprimento passa a ser visto, verdadeiramente, como uma “ladeira escorregadia” que irá, inexoravelmente, levar a um final desastroso. Assim, na verdade, o que modelagem piramidal faz é resolver o problema da (in)capacidade punitiva do sistema com a ameaça de punição, tornando-a mais barata e certa, porque aplicada em poucos casos e, por isso mesmo, mais efetiva²⁷⁴.

A pirâmide evoca, então, uma necessidade de autopunição dos atores racionais que estão em sua base, ou seja, mesmo sem serem forçados por regras coercitivas a tomar medidas antieconômicas (gasto com qualidade do serviço, atendimento ao usuário etc.), esses atores

Theoretic Approach to the Biggest Sticks in an Agency's Arsenal. 80 Geo. Wash. L. Rev. 442, 2012; e MINZNER, Max. **Why Agencies Punish.** 53 Wm. & Mary L. Rev. 853, 2012.

²⁷¹ BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Economies.** World Development Vol. 34, No. 5, 2006, p. 887.

²⁷² Idem, *ibidem*, p. 887-888.

²⁷³ Idem, *ibidem*, p. 888.

²⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 888.

são forçados a fazê-lo, porque é medida mais barata para eles que a punição da agência, que certamente acontecerá, caso decidam não cumprir, voluntariamente, suas obrigações²⁷⁵.

A pirâmide é, então, um *design* regulatório em que várias estratégias se complementam, por meio da combinação de diferentes instrumentos, entre os quais, a autorregulação, regulação governamental e fiscalização por terceiros. E aqui Gunningham, pai da denominada *Smart Regulation*, propõe o uso de uma pirâmide de estratégias regulatórias e de sanções parecida com a de Ayres e Braithwaite, mas diferente dela, à medida que ele a concebe como uma pirâmide tridimensional, cada face sendo representada pelo governo, empresa regulada e terceiros. Nesse modelo, a escalada de sanções e de estratégias regulatórias poderia ser feita em cada face da pirâmide de forma independente, e não somente em termos de maior intervenção governamental²⁷⁶.

O que está por trás dessa ideia é o que Gunningham e Sinclair chamaram de “regulação integrativa”, em um trabalho sobre regulação do meio ambiente. Ambos advogam que uma dependência excessiva a uma política de instrumento único é errada, pois todo instrumento regulatório possui pontos fortes e fracos, e nenhum, sozinho, é suficiente para atingir objetivos regulatórios complexos²⁷⁷.

Gunningham e Sinclair propõem, então, uma série de princípios de *design* regulatório para enfrentar a questão. O seu objetivo principal é que sejam escolhidos institutos que sejam inerentemente complementares, e não conflitantes. Eles assinalam que isso é propor uma estrutura regulatória baseada em princípios (*principle-based framework*), ou seja, um *design* que, conquanto não preveja solução regulatória determinada, leva os formuladores a tomar as decisões com base em critérios racionais, que formam a base dos resultados regulatórios²⁷⁸.

Os princípios de *design* regulatório avançados por eles são os seguintes:

- a) deve-se preferir uma abordagem que misture instrumentos complementares a instrumentos individuais evitando os perigos de *smorgasbordism* (ou seja, erradamente supor que todos os instrumentos devem ser usado em vez do número mínimo necessário para alcançar o resultado desejado);

²⁷⁵ Idem, ibidem, p. 888.

²⁷⁶ GUNNINGHAM, Neil; REES, Joseph. **Industry self-regulation: an institutional perspective**. 19 Law & Pol'y, n. 363, p. 404-405, 1997.

²⁷⁷ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy**. 24 Law & Soc. Inquiry, n. 853, p. 853, 1999.

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 856.

- b) as virtudes da parcimônia devem ser praticadas: medidas menos intervencionistas devem ser preferidas para alcançar tais resultados;
- c) é preciso levar em consideração os benefícios de uma resposta escalada por meio de uma pirâmide instrumento (utilizando não só do governo, mas também de negócios e de terceiros), de modo a construir uma capacidade de resposta regulamentar, para aumentar confiabilidade dos resultados por meio de instrumento de sequenciamento, e para fornecer um aviso precoce de falha do instrumento através da utilização de gatilhos regulatórios;
- d) há necessidade de capacitar terceiros (tanto comerciais e não comerciais) para atuar como “reguladores de aluguel” (fiscalizando, por exemplo), conseguindo, assim, não só melhores resultados ao menor custo, mas também liberando escassos recursos regulamentares que podem ser reimplantados em outras circunstâncias necessárias; e
- e) por fim, deve-se maximizar as oportunidades para *win-win* resultados, expandindo os limites dentro dos quais tais oportunidades são negócios disponível e encorajador para ir “além da conformidade” com existente requerimentos legais

Muito do conteúdo desses princípios já foi antecipado ao longo do presente trabalho, mas ainda restam alguns aprofundamentos quanto aos outros.

Em relação à complementaridade de instrumentos, Gunningham e Sinclair afirmam que a informação, como instrumento essencial para a colaboração regulatória, é compatível com todos os outros instrumentos. Mais especificamente, eles afirmam que a autorregulação que tem por objetivo levar a companhia além dos padrões mínimos exigidos e a regulação *command* e *control* são complementares. Isso porque esses dois instrumentos estão visando a dois níveis diferentes de performance regulatória²⁷⁹.

Gunningham e Sinclair afirmam que medidas muito intervencionistas não são, em geral, nem eficientes nem eficazes. Nessa senda, eles entendem que, em termos de eficiência, os instrumentos altamente coercitivos normalmente requerem recursos administrativos substanciais para a monitoração e policiamento, sem as quais seriam ineficazes. Instrumentos como esses carecem de flexibilidade e não facilitam soluções de menor custo e podem, também, resultar no emprego desnecessário de recursos para a fiscalização daqueles que

²⁷⁹ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection**. 21 Law & Pol'y, n. 49, p. 58, 1999.

voluntariamente cumpririam as normas. Muita intervenção não é, em geral, tão eficaz como abordagens alternativas, essencialmente porque recrutas, geralmente, respondem de forma menos favorável do que os voluntários; medidas altamente coercitivas podem causar ressentimento e resistência naqueles que consideram ser essa uma intervenção injustificável e intrusiva em seus assuntos, em vez de a resolução construtiva dos problemas ambientais.²⁸⁰

Em relação à escalada na pirâmide regulatória (terceiro princípio), Gunningham e Sinclair propõem uma adaptação avançada da estratégia piramidal de Ayres e Braithwaite em pelo menos dois pontos.

O primeiro é que a pirâmide de Ayres e Braithwaite está preocupada somente com duas partes: regulador (estatal) e regulado (privado). Mas há espaço para atuação, também, de terceiros alheios a essas duas partes, para que possam influir decisivamente na regulação setorial. Assim, a figura seria de fato uma pirâmide, mas tridimensional, e não um simples triângulo. A escalada na pirâmide seria possível em qualquer de suas faces, por qualquer dos atores. Assim, não só governo poderia ser mais duro nas sanções (primeira face), como também a própria autorregulação poderia endurecer (segunda face) e mesmo na terceira face poderia haver uma escalada.

Um exemplo de escalada nessa terceira face é dado por Gunningham e Sinclair: trata-se do caso do Forest Stewardship Council (FSC). A certificação florestal é um processo por meio do qual o desempenho das operações florestais é avaliado com base em um grupo determinado de regras. Deve obedecer a princípios e critérios do órgão credenciador das entidades credenciadoras para o manejo florestal.

Edna Dias explica que a FSC é uma organização internacional sem fins lucrativos formada por membros representantes dos grupos sociais e ambientais, de comerciantes de madeira e florestais, além das organizações certificadoras de produtos florestais de todo mundo; foi fundada em 1993 para apoiar o manejo ambientalmente apropriado. Seu objetivo específico é desenvolver os princípios e critérios (universais) para certificação, bem como para credenciar e monitorar organizações certificadoras especializadas e independentes. Sua importância capital reside no fato de que tanto os padrões nacionais e regionais como as organizações nacionais precisam do reconhecimento do FSC Internacional para sua efetivação. Ou seja, o selo FSC é uma garantia da origem, atestando a origem ecológica da

²⁸⁰ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy.** 24 Law & Soc. Inquiry, n. 853, 1999, p.861.

madeira. O selo, então, orienta o consumidor e o produtor quanto ao manejo sustentável do produto.²⁸¹

A retirada de um selo de (ou sua não concessão a) um determinado produto poderá gerar sanções estritamente privadas (boicotes de consumidores, por exemplo, ou recusa de compra/venda por outros integrantes da linha econômica de produção). Vê-se, assim, que se está diante de um cenário no qual padrões desenvolvidos e certificados por entidades privadas podem cooperar com a regulação estatal, ou até mesmo ser independentes dela²⁸².

2.7 CRÍTICAS À TEORIA RESPONSIVA E AS RESPOSTAS

Apesar de bem-aceita e difundida, a teoria sofreu, naturalmente, algumas críticas. Baldwin, Cave e Lodge enumeram algumas em seu trabalho sobre regulação. Assim, eles afirmam que escalar a pirâmide, passo por passo, pode não ser a melhor abordagem em algumas circunstâncias; que, muitas vezes, depois de ter escalado a pirâmide, é difícil descer novamente a um regime de maior liberdade, que utilizar-se da estratégia do “tit for tat” de forma generalizada pode não ser produtivo, pois muitos não vão ser responsivos aos reclamos do regulador, até porque, muitas vezes, a comunicação é falha e, por fim, que a regulação não é um jogo somente de duas partes (regulador e regulado), mas algo bem mais complexo do que isso²⁸³.

Quanto às duas primeiras críticas, entende-se que ambas atacam, não a essência da regulação responsiva, mas sua operacionalização, que deve ser aperfeiçoada ao longo do tempo, com a experiência do regulador e o refinamento das estratégias regulatórias.

Em relação à crítica de assumir a cooperação dos regulados, Ayres e Braithwaite deixam bem claro, ao longo do trabalho, que se deve estar atento ao mercado, deve-se conhecer o mercado profundamente, para se saber qual a melhor estratégia a ser adotada. Como visto, eles, inclusive, mencionam que se deve observar o grau de autorregulação que as firmas praticam para decidir o curso de ação; advogam a participação de terceiros no processo regulatório, de forma que é mais difícil se enganar na estratégia regulatória; com os

²⁸¹ DIAS, Edna Cardozo. Gestão ambiental e certificação. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, set./out. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=10962>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

²⁸² GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy. 24 Law & Soc. Inquiry 853 1999, p. 866, p. 866.

²⁸³ BALDWIN, R., & CAVE, M. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 260-263.

balizamentos trazidos pela *smart regulation* (*circuit breakers* e *buffer zones*), poder-se-ia ganhar em agilidade na tomada de decisões. De toda forma, ainda que se começasse adotando a estratégia errada (o que é possível, dada a complexidade do mercado), o regulador teria como, depois, tomar medidas extremamente duras contra aquele que abusou da boa-fé do regulador.

Por fim, quanto à crítica de que a regulação é não é um jogo de somente dois atores, entende-se que Ayres e Braithwaite trabalham com um cenário bem mais complexo no livro sobre a teoria responsiva. De fato, eles até advogam enxergar as firmas não como uma unidade, mas um complexo de atores, alguns querendo cooperar e outros não; a mesma coisa fazem com os *Public Interest Groups*. O aperfeiçoamento trazido pela *smart regulation*, de escalar a pirâmide, também, na face dos “terceiros” mostra como a teoria pode lidar com cenários complexos.

Entende-se, portanto, que, conquanto não imune a críticas, a teoria responsiva resiste a elas e consegue se adaptar aos mais diversos cenários regulatórios. Mas resta, ainda abordar uma crítica particular a ela. Trata-se da crítica referente à impossibilidade de sua aplicação nos países em desenvolvimento²⁸⁴.

Alguns argumentaram que os países em desenvolvimento têm, na sua maioria, menor capacidade regulatória que os desenvolvidos. Essa capacidade regulatória diminuída é moldada por duas constatações: por um lado, afirma-se que o regulador não detém força política suficiente para carregar uma *big gun* como ameaça crível contra grandes corporações econômicas; por outro, os órgãos reguladores de países em desenvolvimento não estão aparelhados, em termos quantitativo (número de pessoal) e qualitativo (formação dos reguladores) para poder aplicar corretamente a teoria responsiva, com suas nuances de equilíbrio entre fiscalização, persuasão, diálogo, punição, escalada e descida da pirâmide etc.

A resposta à primeira constatação é a necessidade da regulação em rede. Segundo Braithwaite, “vivemos em uma era de governança em rede” e, por isso, ele defende a importância central de terceiros, particularmente organizações da sociedade civil, que devem ser diretamente envolvidos na supervisão aplicação da regulamentação. A atuação em rede, aqui, significa uma estreita cooperação entre os órgãos, estatais ou não, para os objetivos comuns, inclusive com compartilhamento de informações e responsabilidades²⁸⁵.

²⁸⁴ BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Economies**. World Development Vol. 34, No. 5, 2006, p. 884.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 890.

Além de auxiliar nessa fiscalização, as organizações da sociedade civil ajudam a construir ou destruir reputação de empresas reguladas. Podem organizar boicotes de consumidores, publicam ranking de qualidade em suas páginas na Internet, divulgam as empresas com maior número de reclamação, entre outras práticas chamadas por ele de *naming and shaming*. A Regulação Responsiva, portanto, concebe tais organizações como entidades que desempenham papel de fundamental importância no ambiente regulatório²⁸⁶.

Nesse passo, deve-se tomar o cuidado para não se cair naquilo que se convencionou denominar de *compliance trap*. Como já se viu aqui, a teoria responsiva visa evitar o que se chamou de *deterrence trap*. Quanto a essa última, a literatura acadêmica sobre a fiscalização e cumprimento das obrigações sugere que muitas vezes não se consegue melhorar o nível de cumprimento das regras porque a dissuasão à infração é insuficiente. A *deterrence trap* significa que as penas para o descumprimento de regras podem ou não ser grandes o suficiente para impedir a má conduta ou ser tão grandes que excedem a capacidade dos regulados de cumpri-las²⁸⁷.

Como se viu, abordagens como a da teoria responsiva tentam evitar essa armadilha na medida em que procuram dosar a pena de acordo com a gravidade da conduta. Entretanto, é preciso tomar cuidado para que uma ênfase exagerada não seja dada a alguns elementos em detrimento de outros. Em particular, abordagens como a da teoria responsiva estarão muito preocupadas com a identificação e impacto de diferentes abordagens, com o rito processual a ser seguido, com a necessidade de se ter atitudes diferentes para cada situação e, também, com o fato de que os reguladores (e empresas) devem ter a inteligência (emocional também) de forma coerente e levar às empresas a um *compliance* efetivo²⁸⁸.

Em outras palavras: a regulação responsiva não é meramente uma questão de técnica, estilo, ou habilidade, fatores que podem ser controlados pelo regulador. Em última análise, sendo certo que pode haver algo que leva o regulador responsivo a escalar a pirâmide de sanções, há uma probabilidade de haver conflitos entre os atores regulados e o regulador sobre a substância da lei, sua aplicação em determinados contextos bem como à gravidade moral do dano social causado pela sua violação²⁸⁹.

²⁸⁶ Idem, ibidem, p. 891.

²⁸⁷ PARKER, Christine. The "compliance" trap: the moral message in responsive regulatory enforcement. **40 Law & Soc'y Rev.**, n. 591, 2006, p. 2.

²⁸⁸ Idem, ibidem, p. 16.

²⁸⁹ Idem, ibidem p. 17.

E é nesse ponto que entra a *compliance trap*, ou armadilha da *compliance*. Essa armadilha revela a instabilidade moral e política das estratégias regulatórias na eventual ausência de apoio político e democrático amplo. Para que a regulação responsiva seja possível, os reguladores devem evitar essa armadilha, e deter a capacidade de convencer as pessoas e a sociedade de que as infrações regulamentares representam violações a valores compartilhados tão caros (ou quase tão caros) à sociedade como os valores que o Direito Penal busca proteger²⁹⁰.

Por isso, Braithwaite²⁹¹ coloca uma espécie de *anexo* em sua teoria da regulação responsiva: os reguladores têm de estar trabalhando com uma lei “justa” — caso contrário, a maioria das atividades na parte inferior da pirâmide terá de ser diálogo sobre se a lei é justa ou não. Segundo Parker, presumivelmente, ele quer dizer não só que a lei deve ser justa, mas que deve ser reconhecida como justa (ou moralmente adequada e democraticamente apoiada), para que a pirâmide de regulação responsiva possa promover o cumprimento da regulamentação em vez de criar conflito. Esse *anexo* deve ser impresso em letras garrafais em cada página de discussão acadêmica ou em cada orientação para as políticas responsiva de regulação de atividades econômicas²⁹².

Assim, como, na visão de Braithwaite, os países em desenvolvimento poderão lidar com o problema de falta de poder político para fazer o trabalho da regulação responsiva? Por meio da escalada na pirâmide, não necessariamente em termos de aumento da intervenção do Estado, mas mais em termos de escalada em rede com os reguladores não estatais.

Dessa forma, os atores mais fracos podem tornar-se mais fortes atuando em rede com outros atores. Em um mundo de conexões em rede entre os atores, portanto, para adquirir-se força política, é preciso não sentar à espera do crescimento de seu próprio poder (por meio da aquisição de mais riqueza ou mais armas de fogo, por exemplo), mas sim conectar-se em rede com aqueles que detêm um poder que o regulador, sozinho, não pode deter²⁹³.

Quanto à falta de capacidade regulatória por ausência de pessoal ou de sua qualificação, Braithwaite sugere que seja instituído um sistema de recompensas de agentes privados que auxiliassem o Poder Público na fiscalização de infrações e delitos de empresas

²⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 17.

²⁹¹ BRAITHWAITE, John Bradford. **Restorative justice and responsive regulation**. Oxford, UK: Oxford Univ. Press, 2002, p. 30.

²⁹² Idem, *ibidem*, p. 30.

²⁹³ BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Economies**. World Development Vol. 34, No. 5, 2006, p. 892.

reguladas. Esses agentes seriam remunerados por um prêmio proporcional ao que ajudassem a recuperar aos cofres públicos. Obviamente, no Brasil, por envolver repasse de recursos públicos a particulares, deveria haver a observância de uma série de condicionantes, inclusive de nível legal²⁹⁴.

A ideia de Ayres e Braithwaite é amparada, também, por pesquisas em outros campos. Na seara do Direito do Trabalho, por exemplo, de acordo com o estudo de Estlund²⁹⁵, nos Estados Unidos, o alcance da negociação coletiva diminuiu nas últimas décadas, e o domínio do direito trabalhista — ou seja, de direitos individuais judicialmente ordenados, decididos, e de normas reguladoras administrativamente forçadas — tem se expandido. Em ambas as situações, tem-se visto deferência cada vez maior ao que ela denominou de “ascensão da autorregulação do empregador”: penetração mais intensa de sistemas internos que regulam a aplicação dos direitos e fornecem padrões regulamentares a serem obedecidos, juntamente a incentivos legais para a autorregulação sob a forma de supervisão pública ou sanções.

Nesse cenário, corre-se o risco de empregados perderem sua voz institucional. O esforço acadêmico e de política regulatória deve ser, portanto, nesse passo, não o de combater o movimento em direção à autorregulação — o que, segundo Estlund, é tanto inexorável quanto potencialmente promissor — mas sim o de canalizar esse movimento, de modo tanto a fortalecer os direitos dos trabalhadores e as normas de trabalho, quanto para dar aos funcionários uma voz mais forte em seus próprios locais de trabalho²⁹⁶.

Qual a solução para o Direito do Trabalho, segundo ela? Baseando-se na teoria responsiva da regulação, ela enxerga que monitores externos — atuando de forma independente em relação aos empregadores, mas responsáveis perante os funcionários e o público — como desempenhando um papel central em um sistema de autorregulação monitorada. Os funcionários desempenham papéis coadjuvantes, mas essenciais, como denunciadores, informantes e “cães de guarda”; e a fiscalização e os processos judiciais, taticamente orientados, terminam por fornecer muito do ímpeto para a efetiva autorregulação²⁹⁷.

Nessa senda, importante destacar o “Programa de proteção e incentivo a relatos de informações de interesse público” que havia sido inserido pelo Deputado Onyx Lorenzoni ao

²⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 894.

²⁹⁵ ESTLUND, Cynthia. **Rebuilding the law of the workplace in an era of self-regulation**, 105 Colum. L. Rev. 319, 2005, p. 319.

²⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 320.

²⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 321.

PL 4.8050/2016 (conhecido com o PL das 10 medidas contra a corrupção). Após afirmar, no relatório de seu substitutivo, que os programas de *whistleblower* constituem das mais importantes ferramentas contra a corrupção. Por meio do programa, o reportante seria incentivado a fazer denúncias contra casos de corrupção a uma Comissão de Recebimento de Relatos, que as trataria, se houvesse um mínimo embasamento, mantendo anonimato. O substitutivo, também, trazia uma medida de incentivo aos relatos, por meio de um programa de retribuição que não oneraria o Estado, baseado nos valores de danos ressarcidos e multas aplicadas aos infratores²⁹⁸.

De toda maneira, segundo a concepção de Braithwaite, a maneira mais eficaz de canalizar recursos suficientes para a prevenção de infração é tornar a sua fiscalização tão rentável como seria rentável o cometimento de infrações.

Dessa forma, seria possível que a teoria responsiva da regulação fosse aplicada mesmo em países em desenvolvimento com as características por ele mencionadas.

Já Gunningham e Sinclair afirmam que, em, pelo menos, duas situações, a adoção da teoria responsiva não seria recomendável. A primeira envolve o caso da existência de riscos de danos sérios e irreversíveis, pois a existência de uma resposta gradual do regulador, ínsita à essa teoria, aumentaria muito o risco de um desastre: uma usina nuclear pode já ter explodido, espécies ameaçadas de extinção, extirpadas de nosso planeta. E isso antes que o regulador tenha tido a chance de escalar a pirâmide regulatória de sanções²⁹⁹. Vê-se que, nesse ponto, sua posição difere diametralmente e literalmente da de Ayres e Braithwaite, mas, por prudência, entende-se que a razão está com Gunningham e Sinclair, no caso.

A segunda situação que não recomendaria o uso da regulação responsiva é quando não ocorrem seguidas interações entre regulador e regulado. Somente a continuidade de interações é que torna factível começar com uma abordagem menos intervencionista e escalar a pirâmide. De fato, a regulação, para ser responsiva, pressupõe contínua análise do comportamento do regulador, monitoramento diuturno de suas ações para ver se está cumprindo seu dever. Se o contato entre ambos é episódico, os autores afirmam que uma abordagem mais intervencionista pode ser, de antemão, necessária.

298

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1509814&filename=SBT+3+PL485016+%3D%3E+PL+4850/2016. Acesso em 9.1.2017.

²⁹⁹ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy**. 24 Law & Soc. Inquiry 853 1999, p. 871.

2.8 CONFIANÇA E COOPERAÇÃO

2.8.1 Um caso concreto para posicionar o problema

A regulação do setor de mineração sempre chamou a atenção de destacados estudiosos da regulação da atividade econômica, tanto por conta da antiguidade de sua prática, o que leva à acumulação de vasta experiência de sucessos e falhas no campo teórico e no prático, como também pelo risco claro de vida que correm os mineiros que trabalham centenas de metros abaixo da terra, ressaltando a importância de boas práticas de gestão empresarial e de fiscalização regulatória.

No ano de 1987, Neil Gunningham escreveu um artigo denominado “Negotiated Non-Compliance: A Case Study of Regulatory Failure”³⁰⁰.

Nesse artigo, o autor teceu diversas críticas ao que considerou práticas regulatórias ineficientes do inspetorado de minas na Austrália. O final da década de 1980 foi marcado por uma onda crescente de estudos regulatórios voltados a uma ampliação da cooperação entre regulado e regulador, a uma relação mais próxima e de confiança entre ambos, menos belicosa e litigiosa. O que Gunningham constatou, contudo, foi que sua aplicação, na prática, estava completamente errada. Segundo suas conclusões, a abordagem do inspetorado poderia ser classificada, na melhor das hipóteses, como uma retirada completa da atividade de fiscalização, uma atitude passiva e condescendente e que, apesar de atrativa para a agência reguladora e para o regulado, poderia ter trágicas consequências.³⁰¹

O inspetorado aplicava um conceito aparentemente extremado da política de “aconselhar e persuadir” e havia confiança recíproca entre regulador e regulado, o relacionamento entre ambos era muito próximo.

Até que chegou o ano de 1996.

Na região de New South Wales, na Austrália, quatro trabalhadores escavavam uma mina de carvão com base em plantas antigas dos túneis da mina. Eles seguiam exatamente o plano traçado quando bateram em uma parede que guardava uma seção abandonada, bastante antiga e inundada. Isso levou a uma irrupção da água que afogou os quatro trabalhadores.

As investigações posteriores do caso (conhecido como caso Gretley) foram devastadoras para o setor de mineração na Austrália. Seus efeitos foram objeto de

³⁰⁰ GUNNINGHAM, Neil. **Negotiated non-compliance: a case study of regulatory failure**. 9 Law & Pol'y, n. 69, 1987.

³⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 91.

investigação por parte de Gunningham em 2009, quando analisou detalhadamente, com entrevistas de campo e dados estatísticos, o que terminou ocorrendo.

Para melhor compreender o contraste do antes e do depois, observe-se o que Neil Gunningham afirmou que, nos setes anos anteriores ao desastre, houve 33 mortes nas minas de carvão de New South Wales e disso não resultou nenhum processo. Nas escassas circunstâncias em que houve processos no setor de mineração, isso se deveu a outras circunstâncias (relacionadas a minas metálicas), envolveu penas baixas, foram pouco publicizadas e não mandaram nenhum sinal impeditivo.³⁰²

Nas investigações, a Comissária de Justiça, Patricia Staunton, verificou que os réus corporativos tinham falhado em garantir a saúde, segurança e bem-estar de seus funcionários; e dois antigos gerentes junto com um inspetor de minas, foram considerados culpados das mesmas “infrações que as corporações, não tendo conseguido satisfazer o ônus colocado sobre eles de proteger os trabalhadores com a devida diligência”³⁰³.

Embora os réus alegassem que tinham direito de contar com as antigas plantas fornecidas pela agência governamental que tratava das Minas, a Comissária de Justiça entendeu que isso não tiraria a culpa dos réus de seguir sua própria obrigação legal independente para garantir um sistema seguro de trabalho. Também não retiraria dos réus sua obrigação de certificarem-se por meio de sua própria investigação a respeito da exatidão de plantas utilizadas, e sua conduta foi considerada seriamente deficiente ao pretender basear o funcionamento de mina de carvão em plantas tão antigas sem ter certeza de sua exatidão³⁰⁴.

O resultado dessas conclusões e do processo civil e criminal que seguiu foi a quebra da cultura de aconselhar e persuadir. O inquérito final do caso Gretley, como visto, pediu a responsabilização, em juízo, das empresas de mineração e de seus gerentes, o que de fato terminou ocorrendo. Além disso, o episódio levantou a simpatia do público para os mineiros, e a isso se juntou a pressão política de um governo trabalhista, receptivo a tais questões, o que levou à criação de uma Unidade de Investigações/Fiscalizações independente, composta principalmente de membros da polícia³⁰⁵.

Gunningham e Sinclair afirmam que essa unidade era muito mais inclinada a tratar violações dos regulamentos como ações criminosas. Logo se tornou evidente para a indústria

³⁰² GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 174.

³⁰³ Idem, ibidem, p. 173.

³⁰⁴ Idem, ibidem, p. 173.

³⁰⁵ Idem, ibidem, p. 175.

de mineração que as acusações ocorridas no caso Gretley não seriam um caso isolado, mas que se tornariam lugar comum dali por diante, pelo menos em caso de morte ou lesão grave de mineiros³⁰⁶.

Mais importante ainda, a visão da indústria de mineração é que os processos ocorreriam não apenas em circunstâncias em que houvesse culpa ou dolo, mas também em casos de falta leve — um padrão de ajuizamento de ações, de acordo com associações de indústria e alguns observadores independentes, excepcionalmente exigente, divorciado de expectativas razoáveis³⁰⁷.

Na análise de Gunningham e Sinclair, está claro que Gretley foi o catalisador de uma mudança dramática no estilo de regulação mais “distante” do modelo anterior, e que favorecia a abordagem de aconselhar e convencer muito mais do que a de confrontação pela força. Essa nova abordagem de execução da política regulatória teve profundo impacto sobre a relação entre o serviço de inspeção e a indústria, e exacerbou a desconfiança existente entre a gestão empresarial e os fiscalizadores³⁰⁸.

Essa desconfiança ficou tão profunda que Gunningham e Sinclair citam, com fulcro em dados empíricos, baseados em admissões de várias partes, que ela é um dos principais contribuintes para o fracasso da cooperação entre as empresas de mineração, sindicatos e o setor de Inspeção das Minas. À parecida conclusão chegou o *New South Wales Mineral Council*, para quem a falta de confiança é o impedimento mais significativo para melhorar o clima de segurança no âmbito da indústria de mineração³⁰⁹.

Os autores pontuam que essa mudança, que eles julgam dramática, nas relações entre os serviços de inspeção e indústria mineira é atribuída, em grande parte, a uma percepção generalizada dentro da indústria de que, na sequência do desastre Gretley, não só a inspeção se comportou de uma forma “adversarial”, com ênfase na repressão, mas também que esses processos ocorrem em circunstâncias frágeis, nas quais não haveria genuína culpabilidade. Ou seja, há uma visão generalizada e profundamente arraigada dentro da indústria de mineração que até mesmo aqueles com grande senso de responsabilidade, conscientes e zelosos de suas obrigações, estão vulneráveis a acusações³¹⁰.

³⁰⁶ Idem, ibidem, p. 175.

³⁰⁷ Idem, ibidem, p. 176.

³⁰⁸ Idem, ibidem, p. 177.

³⁰⁹ Idem, ibidem, p. 177.

³¹⁰ Idem, ibidem, p. 177.

Consoante depoimento colhido pelos autores do artigo, que, segundo eles, ecoa o entendimento de muitos regulados, a natureza da investigação de acidentes tem sido de atribuição automática de punições aos envolvidos; mesmo pessoas trabalhadoras e inocentes estariam sendo processadas por motivos banais, pequenos, o que geraria grande desconfiança³¹¹.

A constatação dos autores é que o fato de a política de fiscalização em curso ser vista como injusta por parte da indústria de mineração resultou em uma quebra de confiança entre os serviços de inspeção e indústria. A desconfiança estaria intimamente ligada a um sentimento de injustiça (juntamente a maior sensação de vulnerabilidade à sanção). E aqui vem um ponto importante na percepção dos autores: independentemente do fato de essa percepção de injustiça ser objetivamente razoável ou mera reação exagerada dos serviços fiscalizados (eles citam sindicalistas e alguns acadêmicos como partilhando dessa visão), eles afirmam que “é uma verdade sociológica que o que é percebido como real, é real nas suas consequências”³¹².

Mas, como é óbvio, até mesmo pelo clima criado, a desconfiança é recíproca, ou seja, a desconfiança dos serviços de inspeção pelas entidades corporativas é espelhada pela desconfiança da administração da inspeção³¹³.

Isso é tudo muito ruim, na visão dos autores. Uma política de fiscalização e punição efetiva envolve um diálogo construtivo entre os detentores dos direitos e os inspetores. O sentido do que seja verdadeiramente *compliance* é, muitas vezes, ambíguo e não existe um único entendimento correto acerca de como determinados requisitos regulatórios devem ser interpretados e aplicados. Tais diálogo e negociação são especialmente relevantes na parte inferior da pirâmide de estratégias regulatórias, na qual o regulador tenta atrair e fazer sobressair a “melhor parte” do regulado. Uma boa dose de confiança será particularmente importante para tal negociação e a pesquisa acadêmica sugere que os níveis de observância da regulamentação são maiores quando os reguladores confiam nos regulados³¹⁴.

2.8.2 Papel da confiança na colaboração e no cumprimento das normas

³¹¹ Idem, ibidem, p. 177-178.

³¹² Idem, ibidem, p. 178.

³¹³ Idem, ibidem, p. 179.

³¹⁴ Idem, ibidem, p. 181.

Braithwaite e Makkai fizeram um importante estudo sobre o tema denominado *Trust and Compliance*³¹⁵. As implicações políticas de uma conclusão de que a confiança engendra *compliance*, o cumprimento da lei, são profundas. De acordo com Braithwaite e Makkai, o senso comum (o que eles chamam de “sabedoria recebida”) da tradição reguladora norte-americana é que as empresas devem ser tratadas com desconfiança. No Japão, por outro lado, o “ethos” dominante é que os executivos de negócios devem ser tratados como cidadãos honrados³¹⁶.

Na pesquisa dos autores, ressaem dois pontos de vista sobre o papel da confiança na literatura acadêmica sobre a conformidade regulatória. Segundo a primeira visão, a confiança é que gera problemas de não conformidade regulatória, ou seja, a confiança depositada nos reguladores e nos regulados é que engendra a inobservância das normas, com abuso de confiança. A expressão mais eloquente desta linha é formulada por Susan Shapiro, para quem os crimes de colarinho branco são uma violação das normas de confiança. Relações de confiança, definidas como aquelas nas quais há ausência de controle daquele em quem foi depositada a confiança pelo beneficiário numa relação assimétrica, institucionaliza o conflito entre a fidelidade aos interesses dos principais e do interesse próprio do agente³¹⁷.

Esse conflito institucionalizado, de acordo com Shapiro, é o cerne do que é chamado o problema do crime do colarinho branco. É verdade, concede ela, que a confiança aumenta o potencial dos sistemas sociais para a complexidade, mas essa complexidade só se torna possível porque envolve uma ‘abdicação de desconfiança’ dos principais (público) em troca de normas institucionalizadas de confiança (como a divulgação honesta de informação pública) e seus guardiões (como auditores dessas informações)³¹⁸.

Em outras palavras: o público tenderia a desconfiar daqueles que dizem que vão gerir interesses alheios de forma desinteressada. Entretanto, é fato que, numa sociedade complexa, não seria possível que cada um tomasse nas próprias mãos a condução de todos os aspectos de suas vidas. Assim, o público decide abdicar de sua desconfiança inicial, passando a confiar nas instituições e em suas normas.

³¹⁵ BRAITHWAITE, John Bradford; MAKKAI, Toni. Trust and compliance. **Policing and Society**, v. 4, n. 1, 1994. Disponível em: <https://www.academia.edu/13159899/Trust_and_compliance_?auto=download>. Acesso em: 27 jun. 2016.

³¹⁶ Idem, ibidem, p. 8.

³¹⁷ SHAPIRO, Susan. **Collaring the Crime, Not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime**. *American Sociological Review* 55: 346-365.

³¹⁸ Idem, ibidem, p. 1.

Ao mesmo tempo, Shapiro afirma que essas normas, ao permitir as relações de confiança que fazem o capitalismo possível, aumentam as oportunidades para o abuso de relações de confiança³¹⁹. Além disso, esse abuso seria endêmico, ineliminável. Braithwaite e Makkai afirmam que análise sofisticada de Shapiro tem seu eco em numerosos estudos que afirmam que “não se pode ter confiança nas empresas” ou que crime de colarinho branco é endêmico ao capitalismo por causa da política de abuso de negócios de confiança³²⁰.

Mas há, também, um ponto de vista oposto na literatura que estuda o papel da confiança na conformidade regulatória. Este é traduzido no seguinte: a confiança alimenta, nutre, fomenta o cumprimento das normas. A ideia básica de Braithwaite e Makkai é que se os atores regulados forem tratados como agentes dignos de confiança, eles tendem a recompensar este respeito recebido com o cumprimento voluntário das regras justas³²¹.

Eles afirmam que, quando os regulados se veem tratados com confiança e, em seguida, optam por seguir as normas, convencem-se de que fizeram isso porque acreditam que seja o certo ser feito, internalizam a concepção de que se deve fazer o certo, atitude para a qual receberam boa dose de confiança. Por outro lado, quando cumprem as regras somente por conta de pressões extrínsecas, ou somente para receber recompensas ou evitar punições dos reguladores desconfiados, os agentes se convencem de que fizeram o certo somente por razões alheias a si próprios, e não por virtude interna³²².

Em suma, de acordo com sua pesquisa, confiança gera confiança. Por outro lado, a comunicação de desconfiança destrói cidadania virtuosa. Confiança significa permitir que outros tenham discricionariedade para agir de forma considerada apropriada sem que sejam coagidos no uso adequado de seu poder³²³. Um relacionamento de confiança implica um relacionamento no qual o outro pode ser acreditado por sua palavra, no qual há compromisso com uma comunicação honesta, para entender as necessidades dos outros, as regras acordadas para um *fair play* e no qual se dá preferência para a cooperação entre as partes³²⁴.

Kristina Murphy argumenta de forma similar, ao afirmar que, em um estudo de corporações multinacionais, alguns pesquisadores estavam interessados em determinar o que motivou executivos de alto nível das subsidiárias a cumprir com as decisões estratégicas da

³¹⁹ SHAPIRO, Susan. **Collaring the Crime, Not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime**. *American Sociological Review* 55: 346-365, p. 350.

³²⁰ Idem, *ibidem*, p. 1.

³²¹ Idem, *ibidem*, p. 1-2.

³²² Idem, *ibidem*, p. 2.

³²³ Idem, *ibidem*, p. 2.

³²⁴ Idem, *ibidem*, p. 2.

empresa. Chegou-se à conclusão de que se os executivos confiassem na gestão dos conselheiros da empresa, haveria um efeito global positivo sobre a sua conformidade com as decisões estratégicas da empresa. Outros entrevistaram os cidadãos da cidade de São Francisco sobre os seus pontos de vista acerca de uma agência reguladora encarregada de fazer políticas de conservação de água durante uma escassez. Eles descobriram que a confiabilidade do regulador foi o principal fator a moldar a vontade dos cidadãos a aceitar as suas decisões, mostrando também que dentro de uma variedade de contextos e grupos, a confiança consistentemente influenciou sentimentos de obrigação de obediência a regras e decisões organizacionais. Em outro estudo, pesquisadores testaram a relação entre confiança e cumprimento das obrigações fiscais. Utilizando os dados recolhidos a partir de uma pesquisa nacional de 299 contribuintes nos Estados Unidos, eles mostraram que a confiança dos contribuintes no governo e em outros cidadãos influenciou, significativamente, os seus níveis de cumprimento das obrigações fiscais, e uma diminuição da confiança resultou em níveis mais altos de não cumprimento das obrigações fiscais.³²⁵

Murphy continua argumentando que vários pesquisadores^{326,327,328,329} entendem que a chave para criar a confiança é agir de forma tal que os cidadãos irão pensar que estão sendo tratados de forma justa.

E esse argumento é a conclusão principal da literatura sobre justiça processual (*procedural justice*). Ela diz respeito à percepção de equidade nos procedimentos envolvendo tomada de decisões regulatórias e o tratamento recebido do tomador de decisão. A literatura da justiça processual demonstra que as reações das pessoas às suas experiências pessoais com autoridades estão relacionadas à sua avaliação sobre a equidade dos procedimentos que essas agências usam para exercer sua autoridade³³⁰.

³²⁵ MURPHY, Kristina. **The role of trust in nurturing compliance**: a study of accused tax avoiders. Working Paper 49, p. 2-3, Novembro, 2004. Disponível em: <<https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/43171/2/49.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

³²⁶ FOLGER, R.; KONOVSKY, M.A. Effects of procedural and distributive justice on reactions to pay raise decisions. **Academy of Management Journal**, n. 32, p. 115-130, 1989.

³²⁷ LEVI, M. A state of trust. In: BRAITHWAITE, V.; LEVI, M. (eds.). **Trust and governance**. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

³²⁸ TYLER, T.R. The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities. **Personality and Social Psychology Review**, v. 1, n. 4, p. 323-345, 1997.

³²⁹ TYLER, T.R.; DEGOEY, P. Trust in organizational authorities: the influence of motive attributions on willingness to accept decisions. In: KRAMER, R.M.; TYLER, T.R. (eds.). **Trust in organizations**: frontiers of theory and research. Londres: Sage Publications, 1996.

³³⁰ MURPHY, Kristina. **The role of trust in nurturing compliance**: a study of accused tax avoiders. Working Paper 49, p. 4, Novembro, 2004. Disponível em: <<https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/43171/2/49.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

Na verdade, há evidências que mostram que as pessoas que pensam que foram tratadas de forma justa por uma organização serão mais propensas a confiar nela e mais inclinadas a aceitar as suas decisões e seguir suas direções. Da mesma maneira, estudos demonstram que as pessoas são mais propensas a desafiar uma situação (mesmo coletivamente) quando acreditam que os procedimentos adotados são injustos. De acordo com Tyler, isso não significa que o conteúdo dos resultados da decisão seja irrelevante. Obviamente, o resultado final desfavorável tende a influenciar negativamente a percepção do processo como um todo. No entanto, a aceitabilidade do resultado e a percepção sensível sobre o tomador da decisão são dominadas, maiormente, por reações à justiça do processo³³¹.

Parte da literatura justiça processual destaca, especificamente, a importância da equidade percebida de uma autoridade, seu respeito nas relações interpessoais, e a sua neutralidade nas suas relações com os outros. Se as pessoas acreditam que uma autoridade está “tentando” ser justa ou trata os sujeitos de forma justa, elas tendem a confiar nos motivos dessa autoridade e a desenvolver um compromisso de longo prazo para aceitar as suas decisões³³².

Em outras palavras, ser tratado educadamente, com dignidade, e ser objeto de genuíno respeito, ter reconhecidos seus direitos, tudo isso, demonstradamente, contribui para aumentar a sensação de justiça³³³.

Por fim, as pessoas são influenciadas pelo juízo de neutralidade que fazem acerca dos processos de tomada de decisão. Neutralidade, nesse contexto, inclui avaliações de honestidade, imparcialidade e o uso de elementos factuais, não de opiniões pessoais, na tomada de decisões. As pessoas geralmente buscam a igualdade de condições em que ninguém é injustamente favorecido. Assim, se os indivíduos percebem que uma autoridade age de forma justa e neutra, e eles se sentem tratados com respeito e dignidade, eles serão mais propensos a confiar nessa autoridade e voluntariamente obedecer e se submeter às suas decisões e regras³³⁴.

Aplicando isso à regulação: quando as relações entre regulador e regulado são quebradas, a desconfiança é abundante e, então, o tipo de diálogo construtivo e interações

³³¹ Idem, *ibidem*, p. 4.

³³² Idem, *ibidem*, p. 4.

³³³ Idem, *ibidem*, p. 5.

³³⁴ Idem, *ibidem*, p. 5.

recíprocas e repetidas que geram expectativas comuns sobre o cumprimento das regras e melhoria dos resultados em fiscalização não são mais possíveis³³⁵.

No caso da indústria de mineração, isso foi amplamente verificado, de diversas maneiras. Primeiramente, o fluxo bidirecional de informações que é tão importante para a efetiva comunicação entre os serviços de inspeção e a indústria foi quase completamente interrompido. Numerosos participantes da indústria e inspetores tratam, precisamente, desse mesmo ponto em entrevista de campo dos autores, contrastando as trocas relativamente abertas e honestas que ocorriam entre inspetores e gerentes de empresas antes do caso Gretley, quando a informação era livremente trocada e documentação fornecida voluntariamente, com a relutância atual dos gestores das minas em compartilhar informações e falta de vontade para consultar os reguladores por medo de que seus questionamentos seriam usados como fonte de informação contra eles³³⁶.

Ou seja, tanto os gestores das empresas quanto os inspetores estão de acordo em que a vontade dos gerentes das empresas de mineração de fornecer um fluxo livre e franco de informações à fiscalização tinha sido, fundamentalmente, para usar uma palavra apta ao contexto, minado³³⁷.

Em seguida, para as empresas que estão dispostas a cumprir voluntariamente, ou mesmo ir *beyond compliance* (além do mínimo estabelecido pelas regras regulatórias), o receio de perseguição injusta, também, pode ter uma série de outras consequências não intencionais, por exemplo, certa relutância em relatar incidentes internos ocorridos nas minas³³⁸.

Isso ressoa com o ponto que tem sido feito por outros estudiosos³³⁹, qual seja, o de que o desenvolvimento de uma cultura de relatar incidentes (para recolher os dados relevantes) é um passo importante no estabelecimento de uma cultura de segurança, mas que isso depende muito da vontade dos agentes privados de relatar incidentes e quase-incidentes, vontade essa, por sua vez, que é fortemente influenciada pela forma como as questões envolvendo culpa empresarial e punição por infrações são tratadas.

³³⁵ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 181.

³³⁶ Idem, ibidem, p. 181-182.

³³⁷ Idem, ibidem, p. 182.

³³⁸ Idem, ibidem, p. 182.

³³⁹ Os autores citam REASON, J. **Managing the risks of organizational accidents**. Ashgate: University of Michigan, 1997, p. 195.

Em outras palavras, quando membros da administração empresarial temem que qualquer relatório de incidentes possa gerar uma punição, é de se concluir que isso terá um efeito inibidor sobre a autoacusação³⁴⁰.

Isso, também, é consistente com evidências de outras áreas de regulação que sugerem que os gestores que estão de boa-fé tentando cumprir as regras, mas temem que eles mesmos podem, também, ser vulneráveis à ação punitiva, tornam-se menos cooperativos com os reguladores³⁴¹. Na falta de confiança na imparcialidade do regulador, recusam-se a fazer mais que minimamente cumprir as regras, e abandonam todos os esforços que já tinham feito para ir além³⁴².

Eles podem até mesmo desenvolver uma cultura de resistência ao regulador, na qual seus esforços maiores não são voltados ao cumprimento das regras, mas sim para desafiar o regulador³⁴³. Pior ainda, essa situação gera o risco de ser criar empresas “cronicamente desconfiadas”³⁴⁴ e uma vez que essa desconfiança tenha se incorporado no psicológico do setor regulado, torna-se muito difícil removê-la³⁴⁵.

No final das contas, Gunningham e Sinclair chegam à mesma conclusão, afirmando que, nas situações em que a confiança mútua entre regulador e regulado desapareceu, a tendência é as empresas direcionarem (ou redirecionarem) seus esforços para, estrategicamente, reduzir a sua vulnerabilidade à fiscalização e ao processo, em vez de investir na melhoria do serviço ou na segurança de seus funcionários³⁴⁶.

De acordo com essa linha, está o relatório da Associação de Gerentes de Minas da Austrália³⁴⁷, segundo o qual a abordagem adotada pelo Departamento de acusação e o impossivelmente alto padrão relacionado ao dever de cuidado estava impactando negativamente a segurança na indústria das minas, causando um êxodo dos mais experientes e

³⁴⁰ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 183.

³⁴¹ Cf. SHAPIRO, S.; RABINOWITZ, R. Punishment versus cooperation in regulatory enforcement: a case study of OSHA. **Administrative Law Rev.**, n. 49, p. 713-62, 1997; SHAPIRO, S. The social control of impersonal trust. **Atl. J of Sociology**, n. 93, p. 623-58, 1987.

³⁴² GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 183.

³⁴³ Cf. E. Bardach e R. Kagan, *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*, 1982 Apud GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 183.

³⁴⁴ A expressão é de F. Haines, em “Corporate regulation: beyond punish or persuade”. 1997, Oxford University Press, p. 219-220.

³⁴⁵ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 183.

³⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 183.

³⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 184.

capazes gerentes das minas, juntamente ao pessoal de supervisão que ocupa posições estatutárias.

Inúmeras vezes dão vazão aos mesmos argumentos e constataam os mesmos fatos relacionados à dificuldade crescente no recrutamento de pessoal para preencher cargos importantes. Segundo Gunningham e Sinclair, foram apontadas várias instâncias específicas nas quais os indivíduos, novatos ou experientes, tinham recusado tais compromissos, assustados com uma vulnerabilidade percebida de posições legais na indústria, não querendo colocar-se na “linha de tiro”³⁴⁸.

Finalmente, a nova política de repressão mudou, substancialmente, o comportamento de muitos inspetores que, em sua maior parte, adotaram uma estratégia defensiva e avessa aos riscos, em que eles já não fornecem aconselhamento por medo de que esse conselho possa ser usado como uma defesa por empresas de mineração em futuros processos.

Qual é a solução proposta pelos autores no âmbito regulatório? Os autores afirmam que uma abordagem mais equilibrada exige que, em vez de processar rotineiramente no caso de morte ou de ferimentos graves (independentemente do nível de culpabilidade), acusação só deveria ocorrer contra genuínas “maças podres”, aquelas que seriam amplamente consideradas como merecedores de acusação. Essa abordagem permitiria à inspeção manter um diálogo construtivo com a maioria dos empregadores e alcançar a grande maioria de suas metas de conformidade, sem recorrer à acusação contra os que voluntariamente cumprem as normas e gerar desconfiança entre as partes.³⁴⁹

Dito de outro modo, o que é necessário é orientar a regulação por um caminho que nem rejeite o processo punitivo como um importante *deterrent* na pirâmide de sanções, mas que também não o utilize em circunstâncias nas quais pode fazer mais mal que bem, ou seja, que não seja usada indiscriminadamente. Obviamente, atingir esse equilíbrio não é tarefa fácil³⁵⁰.

Por isso mesmo, Gunningham, em outro estudo³⁵¹, afirma que se deve, sempre, levar a sério o histórico de comportamento do infrator e somente iniciar um processo quando estiver claramente presente uma dose de culpabilidade. Para esses fins, ele argumenta que a culpabilidade deve envolver uma ação que ficou substancialmente aquém das expectativas

³⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 184.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 186.

³⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 186.

³⁵¹ GUNNINGHAM, Neil. **Mine Safety: Law, Regulation, Policy**. Federation Press, 2007, capítulo 8.

razoáveis, ou haver clara imprudência ou, por óbvio, intenção em violar a norma. A própria decisão de processar deve ser basear em um cálculo que leva em conta esses fatores, entre outros³⁵².

Pode-se finalizar esse tópico trazendo consonâncias entre o quanto já dito sobre o valor da cooperação para a teoria responsiva e o papel da cooperação no desenvolvimento do País, na visão de Calixto Salomão Filho. Sem considerar que a cooperação seja solução para tudo ou que deva ser fomentada em qualquer situação, ele enxerga que o papel do ordenamento jurídico, nesse ponto, é, antes de tudo, criar as bases para viabilizar a cooperação. Isso porque ela dificilmente nasceria espontaneamente, não por conta da maldade humana, mas sim pelo receio de comportamento estratégico da outra parte, que pode estar de má-fé ou pode querer se aproveitar dessa situação.³⁵³ Também na sua visão, a importância da cooperação reside no fato de que ela assegura maior efetividade para as normas e decisões do órgão regulador.³⁵⁴ O autor termina com salutar observação, de que o ordenamento jurídico deve conseguir distinguir bem as situações em que se recomenda a cooperação, e aquelas nas quais ela pode ser deletéria. Daí, para concluir, a importância da modelagem regulatória da pirâmide de Ayres e Braithwaite.³⁵⁵

2.9 REGRAS-GUIA PARA UMA FISCALIZAÇÃO EFICIENTE DAS REGRAS REGULATÓRIAS³⁵⁶

Obviamente, sabe-se que grande parte da discussão sobre regulação centra-se, como deve sê-lo, no cumprimento das regras regulatórias, pois isso é componente essencial para uma regulação eficaz. Muitas vezes, contudo, a abordagem sobre o tema vem de forma fragmentada, estudando-se um aspecto ou outro do desafio de fazer cumprir as regras. Um estudo sistemático, contudo, permite identificar pelo menos cinco componentes críticos de uma regulação eficaz no que tange ao seu cumprimento e fiscalização³⁵⁷.

As cinco características relevantes para um *design* regulatório satisfatório são as seguintes: clareza da norma, exequibilidade, verificabilidade, sistema de recompensas e

³⁵² GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 J.L. & Soc'y 167 2009, p. 186.

³⁵³ Salomão Filho, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.53.

³⁵⁴ Idem, ibidem, p.54.

³⁵⁵ Idem, ibidem, p.54.

³⁵⁶ MARKELL, David L.; GLICKSMAN, Robert L. **A holistic look at agency enforcement**. N.C.L. Rev., n. 93, p. 1, December, 2014.

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 3.

punições e indícios de legitimidade da autoridade reguladora. Veja-se cada um com mais detalhe a seguir, pela sua importância³⁵⁸.

O primeiro ponto é a clareza. É indubitável que é importante ter em conta a clareza das normas regulamentares quando se quer uma regulação realmente eficaz. Obviamente, devem os reguladores se esforçar para criar expectativas claras acerca de quais condutas são aceitáveis. Não será possível que uma entidade regulada obtenha um padrão de conformidade razoável se não puder compreender bem quais são as suas responsabilidades³⁵⁹.

Alcançar clareza não é tarefa simples e requer atenção durante várias etapas do processo de regulamentação. Um ponto de partida óbvio são as próprias normas regulamentares. Um segundo aspecto importante de clareza, no entanto, envolve a educação, especialmente a educação da comunidade regulamentada. Estudos têm demonstrado que o esforço extra para educar as partes sobre suas obrigações legais pode recompensar, e muito, o esforço em termos de melhoria da conformidade³⁶⁰.

Clareza, no entanto, também pode ter um alto custo. A regulamentação muitas vezes cobre um grande número de atores e nem todos estão em situação semelhante. Assim, os formuladores de políticas ambientais muitas vezes precisam fazer escolhas sobre a possibilidade de usar abordagens *one-size-fits-all* ou, alternativamente, adequar o tratamento de diferentes subgrupos dentro da comunidade regulamentada.

O segundo componente-chave de uma regulação eficaz é a sua exequibilidade, ou seja, a possibilidade efetiva que os regulados têm de alcançar os requisitos regulamentares, seus padrões e níveis. Ou seja, a exequibilidade diz respeito à necessidade de que as estratégias tenham funcionalidade no mundo real — na expressão em língua inglesa, as regras devem ser *with compliance built in* (em tradução livre, as regras já devem ser exequíveis “de fábrica”)³⁶¹.

É fato, contudo, que a exequibilidade nem sempre é um dos valores observados na formulação de políticas. Os autores afirmam que o Congresso dos EUA muitas vezes regulamenta estabelecendo determinados padrões definidos com pouca ou nenhuma atenção dada à capacidade de sua concretização; isso ocorre por causa do peso que atribui a outros valores, tais como a obtenção de um nível particular de saúde ou proteção ambiental. Nas leis

³⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 3.

³⁵⁹ Idem, *ibidem*, p 13-14.

³⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 15.

³⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 16.

ambientais, por exemplo, o Congresso, em alguns casos, já dirigiu a Agência de Proteção ao Meio Ambiente a executar políticas sem considerar os custos no desenvolvimento dos padrões regulamentares exigidos³⁶².

O terceiro componente-chave de uma regulação eficaz que deseje atuar com estratégias para induzir o cumprimento das normas é a sua verificabilidade, entendida aqui como a capacidade de monitorar a atuação do regulado e sua conformidade às regras regulamentares. Parece claro que a capacidade de monitorar a conformidade com os requisitos legais é um componente crítico de uma regulação eficaz, sem o qual a regulação está fadada a ser letra morta.

Considerável evidência mostra que, em muitas circunstâncias, a verificação inadequada advém da impossibilidade mesma, ou da grande dificuldade, de se aferir a conformidade. O autor cita um exemplo de direito ambiental internacional, o “Mecanismo de Desenvolvimento Limpo” do Protocolo de Kyoto que sofreu de verificabilidade fraca, o que tem prejudicado a eficácia do Mecanismo³⁶³.

O quarto componente de um sistema de regulamentação eficaz é a sua capacidade de incentivar as partes reguladas a cumprir com as obrigações regulamentares, por meio da utilização de um sistema de recompensas e sanções³⁶⁴. Esse ponto permeia todo o trabalho e não será, aqui, aprofundado.

O quinto e último elemento de relevância para uma regulação eficaz é a legitimidade de que é dotado o regulador em suas relações institucionais, legitimidade essa que deve levar a um aumento da confiança do público em relação às suas ações. O autor afirma que, em sua ideia de regulação eficaz, o regulador deve sempre se questionar, quando da concepção e da implementação de mecanismos de execução e de conformidade regulamentar, se suas atitudes irão aumentar ou diminuir a confiança pública na capacidade regulatória do Estado e na disposição estatal de promover o seu cumprimento³⁶⁵.

Em contraste, um esquema regulatório que leva a uma percepção pública de que o governo é corrupto, arrogante, ou seletivo na sua aplicação da lei pode levar a uma perda de

³⁶² Idem, *ibidem*, p. 17.

³⁶³ Idem, *ibidem*, p. 21.

³⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 22.

³⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 24.

confiança e de segurança, que minará a regulação efetiva de muitas maneiras, inclusive por meio de boicotes populares, ataques parlamentares, e pressões orçamentárias³⁶⁶.

Corroborar-se, assim, a ideia de Ayres e Braithwaite de que a regulação deve ser um trabalho de *finesse*, e não de pura imposição de normas, devendo ser permeada de incentivos que levem ao cumprimento das normas.

2.10 REGULAÇÃO RESPONSIVA E CAPTURA

2.10.1 Definindo (e limitando) os termos do problema

Não se pode olvidar de que a prática da teoria responsiva da regulação pode envolver, e de fato envolve, certos riscos. Marcos Perez já alertava que articulação de interesses entre a sociedade e a Administração Pública traz riscos de distorção, especialmente aqueles relacionados maior participação dos atores afetados. Entre os riscos, ele cita captura pelo governo, corrupção, captura pelo mercado, deficiência de análise e falhas de coordenação³⁶⁷.

Talvez o mais saliente deles seja o de captura do regulador pelo regulado. A captura pode ser definida, nas aptas palavras de Carpenter e Moss, como “o resultado ou o processo por meio do qual a regulação, em suas normas ou aplicação, é consistente ou repetidamente desviada para longe do interesse público e direcionada aos interesses do setor regulado, por meio de ação ou vontade do próprio setor”³⁶⁸.

Segundo esses estudiosos da teoria da captura, há um esquema de três passos para se ajudar a identificar o seu acontecimento. Em primeiro lugar, deve-se identificar um interesse público derrotável, ou seja, preciso e falsificável; em seguida, deve-se identificar uma política regulatória que se desvie do interesse público para o interesse particular do regulado; por fim, deve-se demonstrar quais as ações e intenções do regulado na realização dessa política que tenha contribuído materialmente para sua mudança ou adoção³⁶⁹.

Entre as várias formas de captura aventadas por Carpenter e Moss, está a que eles denominam “captura corrosiva”, que têm esse nome porque visa corroer, apagar a regulação e é por essa razão, também, chamada de *deregulatory capture*. A captura, em sua forma tradicional, até como se viu pela definição anteriormente apontada, tinha por objetivo fazer

³⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 24.

³⁶⁷ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática – Institutos de Participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 226.

³⁶⁸ CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 13.

³⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 15.

que a regulação buscase a atender aos interesses privados. Pressupunha, logicamente, a feitura, a elaboração de normas.

Na captura corrosiva, ao contrário, não se procura utilizar a regulação como arma anticompetitiva; o que se pretende é influenciar o regulador a não fazer normas, ou a revogar as que porventura já tenham sido feitas.

Assim, não é difícil verificar que as mesmas condições que podem fomentar uma cooperação sadia entre regulador e regulado são também as que favorecem a captura. Grabosky e Braithwaite, em estudo datado de 1986 sobre seis órgãos reguladores australianos, chegaram à conclusão de que as práticas colaborativas entre regulador e regulado são mais frequentes quando: 1) o número de firmas regulado é pequeno; 2) o regulador supervisiona somente um setor, e não uma gama de setores desconexos entre si; e 3) os mesmos agentes reguladores estão em contato frequente com as mesmas companhias e quiçá as mesmas pessoas dessas companhias³⁷⁰.

Assim, Ayres e Braithwaite afirmam que uma porta giratória, ao mesmo tempo em que abre espaço para uma cooperação sadia, pode também dar azo a uma captura contraproducente³⁷¹. Ilustrando, os autores afirmam que quem deseja procurar indícios de corrupção na polícia deve selecionar aquelas áreas nas quais o contato entre determinada divisão policial e os violadores da lei recalcitrantes é frequente: prostituição, jogo, outros vícios, incluindo o tráfico de drogas. Será bem menos provável achar corrupção quando se lida com ladrões e assassinos, por outro lado³⁷².

Antes de adentrar a solução proposta pela teoria responsiva para combater a captura, parece prudente aprofundar um pouco mais o problema da captura, justamente porque pode ser um grande empecilho à recepção, mesmo que apenas teórica, da Regulação Responsiva.

É certamente ruim para os reguladores acreditarem que “o que é bom para a General Motors é bom para a América”, mas também é indesejável que os reguladores acreditem que “o que é ruim para a General Motors é de nenhuma consequência para a América”.³⁷³

Esse artigo de Reiss sugere que o termo “captura”, aplicado a uma estreita relação entre indústria e regulador, não é útil; por estigmatizar essa relação — a julgar o

³⁷⁰ AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 55.

³⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 55.

³⁷² Idem, *ibidem*, p. 56.

³⁷³ REISS, Dorit Rubinstein. **The benefits of capture**. *Wake Forest L. Rev.*, n. 47, p. 569-570, 2012.

relacionamento como problemático desde o início — escondendo os potenciais benefícios dessa relação. A literatura sobre a captura destaca seus resultados negativos: leis lenientes de regulação, regulamentações fracas e benefícios ilícitos aos regulados. Esse quadro, no entanto, é incompleto e em tensão substancial com uma outra vertente atual da literatura que incentiva a colaboração entre a indústria e regulador³⁷⁴.

O ponto nevrálgico da questão é que o debate não pode ser polarizado sobre a pertinência ou não da colaboração. É certo que a estreita relação entre a agência e os regulados pode proporcionar benefícios substanciais: pode melhorar o nível de informação disponível para uma agência e, também, os resultados regulamentares por meio de melhor *compliance*. É por isso que, nas últimas décadas, uma quantidade substancial de literatura tem promovido mais regulação colaborativa como forma de estreitar os laços e mesmo parcerias entre o setor privado e os reguladores. O problema é a que essa mesma colaboração, benéfica neste ponto, pode trazer o risco de captura³⁷⁵.

Assim, é fato que existe uma sobreposição entre captura e colaboração, já que ambos implicam uma relação estreita entre regulador e indústria. Entretanto, Reiss observa que é possível fazer distinções entre os dois conceitos, concluindo que a distinção entre uma situação de captura e uma situação de colaboração é uma questão de grau ou de avaliação *ex post* dos resultados. Por outro lado, se é verdade que uma estreita relação entre a indústria e regulador tem sido objeto de importantes estudos na literatura acadêmica, a questão de saber quais fatores aumentam os benefícios potenciais e quais fatores aumentam os riscos não está muito clara³⁷⁶.

É certo que a captura se aproveita de ligações estreitas entre regulador e indústria regulada. Há uma variedade de definições para explicar as características da captura. Uma definição sugere que em uma situação de captura, membros do setor regulado vão “persuadir reguladores a alterar as regras ou a ser indulgente na fiscalização e sancionamento dessas regras”. Uma definição um pouco diferente enfatiza as consequências, sugerindo que a captura das agências reguladoras consiste em essas “persistentemente servirem os interesses dos setores regulados em detrimento do interesse público”. Em qualquer caso, implica influência excessivamente indevida na regulamentação sobre agências reguladoras³⁷⁷.

³⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 570.

³⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 571.

³⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 572.

³⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 578.

Braithwaite e Makkai fazem a análise do fenômeno da captura de forma mais matizada, dividindo-a em três comportamentos interligados, mas não necessariamente simultâneos: simpatia com o setor regulado (implicando simpatia excessiva), identificação com o interesse da indústria e normas indevidamente lenientes³⁷⁸.

No entanto, mesmo se considerarmos a proximidade dos conceitos, colaboração e captura não devem ser concebidos como termos intercambiáveis. De maneira simplificada, pode-se estabelecer a diferenciação entre ambos. Três aspectos, segundo Reiss, se destacam. Em primeiro lugar, a regulação baseada em colaboração não dispensa a intervenção de terceiros, estranhos ao regulador e ao regulado, concepção essa avessa à captura. Em segundo lugar, a colaboração prevê a igualdade de *status* ou mesmo a agência reguladora como a parceira dominante; a captura, por seu turno, implica que os regulados são os dominantes. Em terceiro lugar, a colaboração tem boas consequências; captura tem consequências ruins, contrárias ao interesse público³⁷⁹.

Mesmo quando a regulação parece satisfazer aos interesses dos regulados, daí não decorre necessariamente que se deve apontar o dedo para a captura da agência reguladora. Carpenter demonstrou que existem outras razões, além de captura, que explicam como grandes empresas ou firmas estabelecidas podem se beneficiar da regulação. E a explicação reside no fato de que essas empresas têm vantagens reais, não necessariamente fulcradas na regulação. Por exemplo, elas são mais conhecidas do regulador, que pode, portanto, tomar decisões mais rápidas em relação a elas, podem entrar em nichos de mercado antes das outras, por conta de seu porte financeiro, são politicamente valiosas e podem suportar melhor os atrasos na tomada de decisões regulatórias³⁸⁰.

Enfim, os riscos de uma estreita relação entre agência e indústria são de que isso poderia levar a uma fraca proteção do público, ou mesmo que essa proteção fosse completamente relegada, o que beneficiaria a indústria à custa do interesse público (*rent-seeking*) ou até mesmo conduzisse à corrupção pura e simples³⁸¹.

³⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 578-579.

³⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 586.

³⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 590.

³⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 590.

Obviamente, os riscos de uma relação estreita são bastante reais, mas Reiss afirma que há boas razões para querer a participação da indústria na criação e aplicação da regulamentação, apesar dos riscos óbvios³⁸².

A primeira delas é que a melhor informação sobre o que está acontecendo na indústria encontra-se nas mãos dela mesma. A segunda é que há uma vantagem social na prevenção de consequências negativas imprevistas para indústria, e ela está muitas vezes em melhor posição para antecipar e alertar contra tais consequências nefastas³⁸³.

A terceira é que trabalhar em conjunto com a indústria pode levar a melhores resultados: exigir o cumprimento de normas, sem fomentar a cooperação, é caro, e, na melhor das hipóteses, apenas parcialmente eficaz — porque, entre outras coisas, uma indústria pouco disposta a cooperar pode encontrar muitas maneiras de obstruir ou evitar a fiscalização.

Uma relação estreita — até o nível anterior à captura — pode também melhorar os resultados regulatórios, aumento a conformidade: além de certo ponto, a sanção pesada pode levar a menos, não mais, conformidade. A razão é que ela pode criar ressentimento, que conduzirá à resistência e conformidade meramente passiva. Obviamente, como já se viu aqui, isso não quer dizer que ter sanções severas não é útil, mas é útil acima de tudo como um instrumento a ser utilizado em último caso e como pano de fundo para as estratégias de negociação e cooperação³⁸⁴.

2.10.2 A solução preconizada por Ayres e Braithwaite – o “Tripartismo”

O busílis da questão passa a ser então: como assegurar as vantagens da cooperação e evitar, ao mesmo tempo, a captura e a corrupção? A solução de Ayres e Braithwaite é o que eles chamam de Tripartismo, um processo republicano por meio do qual grupos que eles denominam “*relevant public interest groups*” (PIGs) se tornam *players* efetivos no processo regulatório³⁸⁵, e podem desempenhar, assim, relevante papel na prevenção de captura e no combate à corrupção de reguladores.

³⁸² Idem, *ibidem*, p. 595.

³⁸³ Idem, *ibidem*, p. 595.

³⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 601.

³⁸⁵ AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 56.

Para os fins dessa discussão, “grupo de interesse público” é um grupo que afirma ter como objetivo o uso de recursos do grupo para fornecer benefícios aos membros que compartilham um interesse difuso, em particular sobre assuntos regulamentares. Essencialmente, essa definição inclui todos os grupos políticos que representam os interesses dos indivíduos que, caso contrário, não teriam meios de se envolver pessoalmente na sua resolução ou não teriam condições suficientes para participar na regulamentação de determinada matéria³⁸⁶.

O papel a ser desempenhado pelos PIGs será detalhado logo a seguir. Levante-se, contudo, e desde já, a objeção clássica, mas não por isso menos forte, contra a participação de terceiros, com o papel de guardião de interesses difusos, no processo regulatório. Ela vai no seguinte sentido: adicionar mais uma pessoa no processo regulatório não impede a captura, uma vez que o terceiro também pode ser capturado. Obviamente, trata-se aqui de atacar o velho problema de “quem guarda os guardiões”. O ponto fulcral é que, normalmente, a tendência é lidar com as falhas de confiança acumulando-se mais e mais camadas de guardiões. A falta de confiança com o agente de ordem “n” faz com que seja alocado o agente “n+1” para ser seu guardião e assim por diante, indefinidamente. Em outras palavras e aplicando o raciocínio ao caso presente, a função do PIG é guardar o regulador, mas quem guarda o PIG³⁸⁷? Esta parece ser uma das principais críticas ao modelo.

Afirma-se, ainda, nessa mesma toada, que há muitos problemas potenciais com a capacitação das partes interessadas e com o meio de seleção dos colaboradores, o que terminaria por limitar e muito sua participação. Mas talvez o maior desses problemas seja a necessidade de limitar a participação de grupos que irão prejudicar a natureza colaborativa do processo³⁸⁸.

Considerando a necessidade de controle administrativo, visto que a experiência brasileira demonstra grandes desafios éticos, Floriano Azevedo Marques afirma que os mecanismos de controle atuais são extremamente formais e caros, pois se busca um controle formal que engessa a máquina administrativa e não impede os desvios éticos ou morais. Deve-

³⁸⁶ SEIDENFELD, Mark. **Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation**, 41 Wm and Mary L. Rev. 411, 2000, p. 428.

³⁸⁷ AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 57.

³⁸⁸ SEIDENFELD, Mark. **Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation**, 41 Wm and Mary L. Rev. 411, 2000, p. 428.

se, isso sim, conseguir aferir o benefício ao administrado sem que haja entrave ao bom funcionamento da Administração Pública.³⁸⁹

Na mesma linha, Ayres e Braithwaite afirmam que a solução de sempre se colocar um controlador a mais é uma visão muito mecanicista da realidade, que é mais complexa do que uma simples engrenagem descrita por uma fórmula matemática. Como solução, eles propõem a ideia de um guardião contestável, absorvendo a ideia de mercados contestáveis. Segundo Del Chiaro,

A teoria dos mercados contestáveis, desenvolvida por Baumol, reza que, presentes alguns requisitos — quais sejam, entrada livre (não há custos de entrada ou barreiras), inércia (empresas estabelecidas não reagem imediatamente a reduções de preços), e saída sem custos (custos e investimentos assumidos são reversíveis, ou seja, não há *sunk costs*) — não há como exercer poder de mercado (já que aumentos de preços não serão lucrativos). A simples ameaça de entrada é suficiente para disciplinar os players, mesmo nos mercados concentrados. Evidentemente, não há mercados perfeitamente contestáveis, mas o grau de contestabilidade dos mercados pode variar significativamente.³⁹⁰

Assim, os autores propõem o que chamam de truque do *design* institucional: tomar a figura do guardião e torna-la a de um guardião contestável. Para assegurar a contestabilidade, alegam que é necessária uma cultura regulatória na qual informação sobre a política regulatória e os negócios daí resultantes estejam disponíveis a todos.

Juntando todas essas informações, a teoria responsiva advoga o tripartismo da maneira a seguir descrita. O PIG deve participar, de fato e de direito, do processo regulatório, e isso deve abranger três fases, ou etapas. Em primeiro lugar, deve-se dar ao PIG acesso a toda informação que o regulador dispuser. Em seguida, deve-se dar ao PIG um assento na mesa de negociação com a empresa e a agência reguladora, mesa na qual os negócios regulatórios são

³⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, p. 201. In MODESTO, Paulo et al. **Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da Organização Administrativa Brasileira**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁹⁰ ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; GONÇALVES, Priscila Brólio. **O CADE, a Concorrência e a Operação Nestlé-Garoto**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, p. 263-278, dez. 2014, p. 271. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42130>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

fechados. Por fim, deve-se conceder ao PIG legitimidade jurídica para iniciar ações judiciais contra o regulado, da mesma maneira que a teria o regulador³⁹¹.

Ayres e Braithwaite, então, afirmam que, para o modelo funcionar, o PIG mais apropriado deve ser selecionado pelo Estado para contrabalançar o regulador. Esse PIG indica seus representantes para as negociações regulatórias. O mercado de PIG, nesse cenário, é dito por ele contestável porque: 1) diferentes PIGs competem para o privilégio de ser indicado a ser o terceiro ator na mesa de negociação; 2) diferentes membros de cada PIG competem para representá-lo, uma vez decidida sua escolha.

Obviamente, nesse cenário, a presença de PIG realmente afetaria o poder de captura dos agentes regulados, uma vez que, para que a estratégia de captura seguir adiante, mesmo em sua face corrosiva, seria necessário que o PIG também fosse capturado. E essa captura do PIG seria tanto mais difícil porque, como visto, o ideal é que o mercado de PIGs seja contestável: assim, percebendo um PIG concorrente que o escolhido passou a atuar no âmbito do interesse privado, e não do público, começaria a fazer pressão social para ocupar o lugar daquele que foi cooptado.

O modelo de Ayres e Braithwaite contempla diversos tipos de PIGs possíveis, entre eles o PIG racional, o capturado e o zeloso. O racional é aquele que persegue os mesmos objetivos institucionais do próprio regulador e age como um grande aliado deste na busca pela cooperação do regulado e, também, na busca por sanções, caso o regulado não coopere, caso tente se furta ao cumprimento do acertado com o regulador. O PIG capturado é aquele que atua não na busca do interesse público, mas na construção de soluções visando meramente ao interesse privado do regulado. Ayres e Braithwaite afirmam que, se isso acontecer, dificilmente o PIG se sustentaria por conta da ideia do mercado contestável de PIGs que foi antes aventada³⁹².

Por fim, existe a figura do PIG zeloso, que é o que mais chama a atenção no trabalho. Zeloso, aqui, não é simplesmente aquele que busca com zelo o que é correto (e o correto, do ponto de vista da teoria responsiva, é, antes de tudo, a busca pela cooperação) — esse seria o caso do PIG racional — mas sim um PIG que foi selecionado para ser combativo em vez de cooperativo³⁹³.

³⁹¹ AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 57-58.

³⁹² Idem, *ibidem*, p. 74.

³⁹³ Idem, *ibidem*, p. 75.

Os autores explicam que, de fato, há motivos para se esperar que os PIGs nem sempre se comportem como agentes racionais, maximizadores do interesse público insculpido na lei, e que eles supostamente representem e prometem sustentar. O comportamento de um PIG pode, em alguns casos, ter como objetivo construir e mostrar uma identidade própria, perseguindo seus próprios objetivos. Para os ativistas de um PIG, fabricar uma imagem de cavaleiro do bem lutando contra as “trevas empresariais” pode ser ativo importante.

Ayres e Braithwaite afirmam, por exemplo, que os líderes de um sindicato podem conseguir mais votos de seus eleitores por meio de confrontações gloriosas, apesar de falhas, com o “capitalismo malvado” do que cooperando para atingir resultados satisfatórios. Da mesma forma, um grupo de defesa do meio ambiente pode sofrer um declínio em contribuições financeiras ou em seus quadros se se tornar conciliador³⁹⁴.

A combatividade dos PIGs é explicada por Ayres e Braithwaite por meio das formulações de Murray Jacob Edelman, segundo o qual o público difuso atinge vitórias simbólicas, ao passo que os interesses concentrados obtêm recompensas tangíveis. Os consumidores, por exemplo, têm, em geral, interesses difusos, dispersos. Nesse cenário, não é difícil pensar que PIGs busquem a promulgação de uma nova lei, ou de um aperto na regulamentação, que lhes dará uma vitória simbólica, mas que pode muito bem simplesmente não ter aplicabilidade prática; assim não era a sua aplicação que estava em jogo, mas o simbolismo de sua vitória³⁹⁵.

Como resolver, então, o problema do PIG zeloso? Ayres e Braithwaite teorizam que o PIG zeloso continuaria a agir dessa maneira à medida que fosse excluído das vitórias tangíveis. À medida que lhe fosse concedido um real poder na mesa de negociação, a tendência natural seria que ele passasse a focar o resultado prático, durável, de longo prazo, que seria favorável, concretamente, a seus membros. Inclusive, citam como exemplo concreto a Australian Council of Trade e a Swedish Trade Union Confederation, afirmando que ambas raramente sacrificam resultados tangíveis por vitórias simbólicas, preferindo muito mais a cooperação à visão tacaña de curto prazo³⁹⁶.

Ayres e Braithwaite afirmam que a atitude do PIG zeloso ocorre muitas vezes como função do fato de que a vitória simbólica é uma das únicas coisas que seus líderes podem entregar aos membros em vista de uma reeleição interna. Assim, os dirigentes do PIG, agindo

³⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 75.

³⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 76.

³⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 76.

de forma combativa e não cooperativa, vão tentar “enganar” os seus membros, afirmando que as vitórias obtidas não são de “Pirro”, mas permanentes, duradouras. E os autores afirmam que o melhor meio de combater essa forma de agir é por meio da abertura de informação, que tem que fluir livremente no processo regulatório como um todo, para que todos os membros do PIG selecionado e também dos PIGs concorrentes conheçam, na prática, e em concreto, os resultados obtidos³⁹⁷.

Não se olvida, também, que o PIG pode ser capturado não somente pelo regulado, mas também por outros interesses, ou seja, um quarto agente. Pode ser que seu diretor seja capturado por um agente político, ideologicamente posicionado, por exemplo. Seu objetivo pode muito bem ser o de galgar uma carreira política e usar sua atuação no PIG para tanto, reduzindo sua responsabilidade por resultados concretos e justos, e justificando sua posição de combate exacerbado.

Reforçando, e na linha do proposto por Ayres e Braithwaite, Gunningham também advoga a convocação de terceiros para atuar no âmbito da regulação. Segundo ele, esses terceiros podem atuar monitorando, fiscalizando os códigos de autorregulação como complemento ou até de maneira alternativa ao envolvimento estatal. Ele chega mesmo a afirmar que se pode dizer que a autorregulação é raramente efetiva sem esse envolvimento de terceiros³⁹⁸, uma vez que o envolvimento efetivo de consumidores e outros grupos de interesse público frequentemente separa os códigos que fazem sucesso daqueles que recebem menos suporte do governo e do público em geral. No momento em que os cidadãos estão mais bem informados, mais exigentes e mais céticos em relação às chamadas elites (governo, setor regulado, academia e comunidades científicas), é difícil imaginar uma situação em que um arranjo voluntário possa ter sucesso sem a participação envolvente da comunidade, dos consumidores e/ou terceiros.³⁹⁹

Até mesmo os competidores, os rivais, podem ser chamados a cooperar na regulação. Gunningham cita o caso australiano do “Fruit Juice Code of Practice”. Segundo consta, a fiscalização da quantidade de fruta que é colocada em determinada quantidade de suco embalado é de difícil verificação quando o produto já está à venda, mas mais fácil de controlar durante o processo industrial. Assim, essa lei australiana prevê que haja uma

³⁹⁷ Idem, ibidem, p. 76.

³⁹⁸ GUNNINGHAM, Neil; REES, Joseph. **Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective**. 19 Law & Pol'y 363 1997, p. 403.

³⁹⁹ Idem, ibidem, p. 403.

inspeção das fábricas pelos concorrentes entre si, de maneira a dar veracidade às informações passadas⁴⁰⁰.

Gunningham e Sinclair, também, sustentam que faz parte do detalhamento das estratégias regulatórias o uso de terceiros para agir como *quasi-regulators*. E eles enumeram as várias razões para tanto, entre as quais:

- a) em alguns casos, é preciso reconhecer que a atuação de terceiros pode ser muito mais potente do que a de um governo. Assim, a ameaça de uma execução hipotecária por um banco é mais eficaz do que uma dezena de prescrições legais acerca dos deveres do devedor;
- b) às vezes, a atuação privada é vista como mais legítima, quiçá porque menos impregnada de política e mais de pragmatismo. Os autores afirmam que fazendeiros são mais propensos a aceitar imposições de parceiros comerciais que do governo;
- c) os recursos estatais são limitados e a introdução de terceiros no processo ajuda o sucesso da regulação como um todo.

Obviamente, a atuação de terceiros dependerá, em grande parte, da disponibilidade de informações para o público em geral e, para os terceiros em particular, sendo requisito *sine qua non* para um bom desempenho desses terceiros. O papel principal do governo, portanto, é criar as necessárias condições para que os terceiros possam assumir maior fatia do trabalho regulatório, agindo como catalisador ou facilitador de seu trabalho⁴⁰¹.

Os autores afirmam, contudo, que tais partes devem ser recrutadas com cuidado e seleção. Em alguns casos, o recrutamento de terceiros pode levar a medida antiprodutivas, como o que se conhece pela Síndrome NIMBY (*Not in my backyard*). O acróstico é usado para descrever a oposição de um grupo a um determinado projeto, que lhe afetaria especialmente, apesar de ser bom para a população como um todo. Pense-se no caso da construção de um viaduto que afetará o seu entorno com poluição, inclusive sonora, mas que beneficiará grande parcela da população⁴⁰².

⁴⁰⁰ Idem, ibidem, p. 403.

⁴⁰¹ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy. 24 Law & Soc. Inquiry 853 1999, p. 877.

⁴⁰² Idem, ibidem, p. 878.

De toda forma e concluindo o tópico, verifica-se que o empoderamento regulatório de terceiros da sociedade civil, além de atender aos reclamos dos novos paradigmas do Direito Administrativa, é imprescindível a uma regulação verdadeiramente responsiva.

2.11 O MEIO DA PIRÂMIDE – A AUTORREGULAÇÃO IMPOSTA (*ENFORCED SELF-REGULATION*)

Ayres e Braithwaite afirmam que, quiçá, o maior desafio para o *design* do modelo regulatório se encontra não no topo ou na base da pirâmide, mas sim no meio. No topo, há, claramente, uma gama muito grande de sanções ou estratégias já estudadas, previstas historicamente na legislação como um todo. Na base, a autorregulação, por mais que forneça um modelo teórico interessante, dificilmente seria implantada em sua forma pura, seja pelos percalços que sua aplicação pode causar, seja pela pressão social que pode “demandar” a existência de regras concretas e previsíveis⁴⁰³.

Assim, eles afirmam que o maior campo para evolução da teoria responsiva parece ser o meio da pirâmide. Pensando nisso, eles desenvolvem o conceito de autorregulação supervisionada (*enforced self-regulation*), que é o produto de negociações que ocorrem entre o regulador e a empresa regulada a fim de desenvolver regras particularizadas. A ideia é que toda empresa seja obrigada a propor padrões regulatórios que pretende observar e cumprir, a fim de evitar a estipulação de padrões mais gravosos pelo órgão regulador⁴⁰⁴.

Essa autorregulação possui, então, duas características singulares: em primeiro lugar, ela é obrigatória, não é deixada ao livre alvedrio da empresa. Haverá sanção para sua inexistência, sanção essa que significa, em última análise, escalar a pirâmide de sanções regulatórias. Em segundo lugar, é uma autorregulação supervisionada, ou, mais precisamente ainda, fiscalizada de maneira pública⁴⁰⁵. Não se trata, portanto, de escrever regras utópicas, ou meramente programáticas. Não. É necessário que sejam regras factíveis e que funcionem na prática, do contrário o resultado da fiscalização certificaria a sua inobservância, agravando a situação da empresa regulada.

⁴⁰³ AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992, p. 101.

⁴⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 101.

⁴⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 101.

A ideia central é que a mera possibilidade de fiscalização e sancionamento públicos acarretem, em primeiro lugar, uma fiscalização privada da própria empresa, sobre o cumprimento das regras por ela proposta.

O conceito de autorregulação imposta é uma resposta à lentidão, à burocracia, aos custos, ao impedimento da inovação que pode resultar da imposição de regulamentos governamentais detalhadas a empresas, e à ingenuidade de confiar na autorregulação das empresas. Por meio da autorregulação supervisionada, o governo vai obrigar cada empresa a escrever um conjunto de regras sob medida para o conjunto único de contingências que essa empresa enfrenta. A agência reguladora iria aprovar essas regras ou enviá-las de volta para revisão se elas não fossem suficientemente rigorosas. Nesta fase do processo, PIGs seriam encorajados a comentar sobre as regras propostas. Em vez de ter reguladores governamentais fiscalizando as regras, a maioria das funções de fiscalização, e seus custos, seria internalizada pela empresa, a quem seria imposta obrigação de estabelecer seu próprio grupo independente de fiscalização. Quando viável, os PIGs seriam representados neste grupo de inspeção [...]. A principal função de reguladores governamentais seria assegurar a independência deste grupo de conformidade interna e auditar a sua eficiência e tenacidade. Naturalmente, o antigo estilo de monitoramento direto do governo ainda seria necessário para as empresas muito pequenas, que não poderiam sustentar seu próprio departamento de fiscalização.⁴⁰⁶

Obviamente, as regras a serem escritas pelo regulado devem refletir determinado padrão a ser buscado pelo órgão regulado; regras que não superassem um padrão mínimo teriam de ser rejeitadas. Obviamente, isso não significaria a busca por regras uniformes entre regulados, mas variável de acordo com a capacidade de cada um.

Ayres e Braithwaite apresentam, então, uma série de vantagens que esse *design* regulatório traz.

A primeira vantagem citada por Ayres e Braithwaite do modelo de autorregulação supervisionada é que, para ser eficiente, o modelo regulatório deveria levar em conta, tanto quanto possível, o contexto social e econômico de determinado setor, juntamente aos riscos e benefícios sociais relativos a determinadas atividades, e elaborar, portanto, regras que fossem apropriadas a essas características⁴⁰⁷. Essa “adaptabilidade” da regulação é, em geral e tradicionalmente, perseguida de dois modos errôneos: ou se fazem regras específicas demais para determinado mercado, regulando minudências a pretexto de fazer uma regulação *tailor-*

⁴⁰⁶ Idem, ibidem, p. 106.

⁴⁰⁷ Idem, ibidem, p. 110.

made, ou as regras são escritas baseadas no denominador comum, e acabam por ser abertas demais, tornando-se meras platitudes.

Em segundo lugar, os autores argumentam que, de maneira geral, as leis são feitas para perdurar no tempo, ao passo que as instituições econômicas são feitas para se adaptar rapidamente às mudanças tecnológicas e financeiras. Em todos os países, isso tem significado que as agências reguladoras têm sido lentas não só na elaboração e na adaptação da regulação, mas também na revogação dos regulamentos obsoletos.

Também é importante observar que as regras assim escritas poderiam ser mais focadas nos pontos que interessam, porque o regulado conhece, melhor ainda que o regulador, o que pode ser melhorado, e demonstrar isso ao regulador significaria ganhar pontos preciosos na mesa de negociação. E a regulação não só poderia ficar mais abrangente, como também as empresas poderiam ser mais comprometidas com elas, uma vez que as regras deixariam de ser vistas como uma intromissão exagerada e iníqua na vida da empresa, uma vez que sua gênese é interna⁴⁰⁸.

Os autores não desconhecem, contudo, argumentos levantados contra a autorregulação supervisionada. É fato que o trabalho de aprovação das normas das agências reguladoras aumentaria por um lado até então inexistentes, qual seja, o de aprovação de um número grande de regras particularizadas todo ano. Hoje, por exemplo, a Anatel aprova um regulamento de qualidade do serviço telefônico fixo comutado, regulamento esse com aptidão universal e perene, até que outro o substitua. Caso adotada a estratégia da autorregulação supervisionada, a Anatel teria de aprovar parâmetros de qualidade para cada uma das empresas que presta o serviço, aumentando muito sua demanda⁴⁰⁹.

É possível, também, que em alguns casos, o monitoramento estatal direito seja mais eficiente que o privado, especialmente em casos de setores com pequenas empresas, o que, na visão dos autores, seria a exceção a confirmar a premissa de que, no geral, essa não é a melhor das soluções, especialmente na regulação do setor de infraestrutura, no qual os maiores problemas regulatórios certamente advirão das grandes empresas.

De ponto de vista diverso, Ayres e Braithwaite levantam a objeção da aceitabilidade jurídica pelos ordenamentos jurídicos de normas escritas por particulares com “força de lei”. Ele descreve como comentadores jurídicos tratam a crescente tendência de as normas de

⁴⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 113.

⁴⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 120.

sistemas de direito privado serem reconhecidas judicialmente, como, por exemplo, em um processo de negligência médica em que o código de ética da Associação Médica Americana é invocado; em um processo envolvendo relações internas de um sindicato em que suas previsões institucionais são tratadas com status legal pelo Tribunal; ou em um processo de um estudante contra uma faculdade ou universidade em que regras disciplinares da instituição são reconhecidas judicialmente. A adoção, por assim dizer, de normas de ‘sistemas jurídicos privados’ por ‘sistemas jurídicos públicos’ é funcionalmente equivalente à atribuição de direitos a ‘sistemas legais privados’⁴¹⁰.

Mas, talvez, a mais importante objeção a isso seja o argumento de que, se as companhias escrevessem as próprias regras, elas seriam elaboradas de modo a favorecê-las: ao lhes dar o controle para elaborar regulamentos, a Agência Reguladora estaria permitindo que as empresas manipulassem as regras, nelas inserindo disposições diversas, muitas vezes não percebidas pelas Agências e que seriam exploradas a seu favor posteriormente⁴¹¹.

Em relação a essa objeção, os autores entendem que não há argumento que, *a priori*, o rebata completamente. É fato que o risco existe. O que eles argumentam é que o risco não existe somente nesse caso, mas também quando a própria agência reguladora escreve as regras, pelo risco de captura. Argumentam que qualquer consumidor pode analisar se o serviço que lhe está sendo prestado tem sido de boa qualidade: as reclamações de falhas são recorrentes e trata-se, na maioria dos casos, de não *compliance* de regras escritas pelas agências reguladoras.

O que é preciso fazer, então, é se adotar o que eles chamam de “mix de estratégias regulatórias”, com base na pirâmide de sanções e de estratégias, sabendo que nenhuma deles substitui completamente e para sempre, as outras⁴¹².

2.12 AS LIMITAÇÕES DA “LICENÇA REGULATÓRIA”: A LICENÇA SOCIAL E O PAPEL DAS NORMAS JURÍDICAS

2.12.1 A existência de outras licenças no meio ambiente das empresas

⁴¹⁰ Idem, ibidem, p. 123

⁴¹¹ Idem, ibidem, p. 124.

⁴¹² Idem, ibidem, p. 128.

A fim de refinar o *design* regulatório, deve-se ter em mente que as empresas reguladas trabalham não somente com dados regulatórios em sentido estrito, mas também considerando a economia em geral, a de seu setor específico, os anseios e demandas sociais etc. Ou seja, o cumprimento das regras regulatórias não pode ser visto de maneira puramente compartimentalizada, mas deve levar em consideração o conjunto completo do meio ambiente no qual está inserida a empresa regulada.

Em um interessante estudo empírico acerca do cumprimento de normas regulatórias, Gunningham e outros resolveram se colocar a seguinte questão: O que leva alguns atores a trabalhar duro no cumprimento de disposições regulatórias, até chegar ao nível de *overcompliance*, enquanto outras firmas, no mesmo setor, continuam patinando no cumprimento das diretivas regulatórias?

Eles resolveram estudar um setor específico para encontrar a resposta: o setor automotivo e mais especificamente o de poluição por caminhões de transporte de carga. O que eles procuravam desvendar era por que, nesse setor, pouquíssimos agentes cumpriam as normas regulatórias, atingindo índices de não poluição até melhores que o designado na regulamentação, ao passo que a maior parte das empresas apresentava desempenho pouco satisfatório.

Eles utilizaram um modelo conceitual inovador para explicar esses comportamentos. Trata-se do que chamam de “modelo de licença” (*license model*), pelo qual a performance de uma empresa, em relação a um dado indicador regulatório, é fruto da interação de três variáveis: 1) a licença econômica, ou seja, os imperativos econômicos do mercado em geral e da empresa em particular; 2) a licença regulatória, isto é, os deveres e ameaças regulatórios; e 3) a licença social, qual seja, as expectativas dos empregados, grupos de pressão, vizinhos, políticos etc.

Essa última, menos explorada nos tratados tradicionais de regulação setorial, representa um importante aspecto da regulação responsiva, como já visto quando detalhado o papel dos PIGs no Tripartismo. Segundo Gunningham, atores sociais podem fiscalizar as expectativas sobre a licença social diretamente — via protestos, boicotes, e esforços para levar as suas queixas para o noticiário — e também pedindo por uma ação reguladora mais dura, ameaçando processos e planos de expansão de fábricas ou posicionando-se contrariamente à renovação de licenças. Além disso, pesquisa anterior dele e o trabalho de outros estudiosos fornecem evidências claras de que essas pressões externas da licença social

são interpretadas, filtradas e negociadas pelos gestores das empresas, por meio de atitudes que tomam e compromissos a que aderem, que variam de indiferença às preocupações ambientais para níveis mais elevados de consciência ambiental e engajamento.⁴¹³

O mercado de caminhões de transporte de carga é marcado por alta competitividade e elevado número de pequenas empresas. Em uma situação assim, Gunningham afirma que a regulação estatal impacta o nível de emissão de poluentes, mas o faz menos profundamente do que a licença econômica de cada firma. E ela será afetada, a seu turno, por três fatores: o mercado em geral (ou seja, quão bem está a economia, o preço do combustível e da força de trabalho), o nicho particular de atuação da firma (ou seja, quais bens ela transporta, a que distâncias, por exemplo) e a condição financeira da firma tomada individualmente (seu nível de lucratividade, endividamento etc.)⁴¹⁴.

Assim, eles chegam à conclusão de que, em mercado no qual pululam firmas pequenas, e em que há muita competição, não se deve esperar que a licença social substitua uma efetiva regulação estatal. Faltam, claramente, elementos para que esta seja de fato efetiva: o pequeno faturamento das firmas, sua baixa representatividade nas comunidades, sua importância diluída diante da quantidade de competidores, todos atuando de forma mais ou menos semelhante, o que impede maior efetividade da licença social.

Ou seja, na ausência de requisitos regulamentares, as pequenas empresas de baixa visibilidade tendem a tomar medidas econômicas sem levar em conta o seu impacto ambiental. Dito de outra forma, as preocupações ambientais não são susceptíveis de entrar no cálculo econômico, social ou normativo das pequenas empresas, a menos que elas estejam sujeitas a regimes regulamentares que induzam medo significativo de punição para o não cumprimento — e, assim, assegurem as empresas que não só elas, mas seus concorrentes também, serão obrigados a investir em conformidade.⁴¹⁵

Em um estudo acerca do cumprimento das normas regulatórias, Gunningham, Kagan e Thornton afirmam que, tradicionalmente, as empresas cumpriam os ditames da regulação aplicável apenas quando eles viam algum autointeresse em fazê-lo, como o aumento do lucro, geralmente a curto prazo. Hoje, no entanto, pelo menos nas democracias economicamente

⁴¹³ THORNTON, Dorothy, KAGAN, Robert A., & GUNNINGHAM, Neil. (2009). **When Social Norms and Pressures Are Not Enough: Environmental Performance in the Trucking Industry.** *Law & Society Review*, p. 413-414.

⁴¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 422.

⁴¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 431.

avançadas, muitas empresas não percebem as suas obrigações sociais como necessariamente sinônimo de suas obrigações legais⁴¹⁶.

Duas décadas de aperto, normas regulamentares e ameaças legais têm levado muitos empresários a assumir que quaisquer perigos e prejuízos que seus negócios engendram, mesmo que não sejam claramente ilegais hoje, mais cedo ou mais tarde, poderão ser objeto de censura pública ou ação do governo ou responsabilização legal. Os grupos comunitários e organizações não governamentais (ONGs) também têm desempenhado um papel importante em pressionar as empresas a reduzir seus impactos sociais adversos⁴¹⁷.

Como consequência, executivos de corporações cada vez mais falam sobre a importância de operar em conformidade com a sua “licença social”, o que significa que eles são obrigados a cumprir as expectativas da sociedade e evitar atividades que as sociedades (ou elementos influentes dentro delas) considerem inaceitável. Além disso, em alguns casos, as condições exigidas pela “licença social” podem ser mais duras que as impostas pela regulamentação, resultando em conformidade além do exigido, mesmo nos casos em que as medidas adotadas não são rentáveis em curto prazo⁴¹⁸.

A constatação da existência da licença social evoca uma consideração de Carmen Lúcia, para quem a luta pelo Direito não é mais uma lição meramente individual, mas sim uma “uma pretensão da coletividade organizada, em órgãos representativos dotados de intensidade no exercício de pressão”, o que implica mudança estrutural no direito administrativo, que, segundo ela, deve abandonar a posição de servo do Estado e de seus dirigentes para ser veículo que carrega a vontade e as manifestações do povo.⁴¹⁹

De toda forma, a licença social opera em três níveis. O primeiro é o da reputação, que é um “capital” necessário para o crescimento e manutenção de qualquer empresa. Esse capital reputacional vai significar uma espécie de ponte que predispõe a empresa a entrar em discussões francas com ONGs, comunidades e outros grupos, substituindo a oposição hostil⁴²⁰. Aqueles com boa reputação tendem a, mais rapidamente, obter acesso aos meios pelos quais podem lucrar no futuro: aprovações de projetos, o acesso preferencial a serviços,

⁴¹⁶ GUNNINGHAM, N.; KAGAN, R.; THORNTON, D. **Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance.** Law and Social Inquiry, v. 29, n. 2, p. 308, 2004.

⁴¹⁷ Idem, ibidem, p. 308.

⁴¹⁸ Idem, ibidem, p. 308.

⁴¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes at al. **Perspectivas do direito público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.94.

⁴²⁰ GUNNINGHAM, N.; KAGAN, R.; THORNTON, D. **Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance.** Law and Social Inquiry, v. 29, n. 2, 2004, p. 320

os ouvidos do governo, a confiança dos reguladores, a tolerância das comunidades locais e menos risco de serem alvo de organizações de consumidores⁴²¹.

O segundo é o do aumento da fiscalização pelo regulador por meio de pressão de terceiros interessados. A “licença social” age cobrando maior atuação do regulador sobre as disposições normativas já existentes. Assim, os atores sociais emprestam maior peso e energia à regulamentação já existente, levando os reguladores a buscarem uma *full compliance* ou mesmo *beyond compliance* para criar rumo a uma margem de segurança em sua atuação⁴²². De fato, argumentam os autores, assim como um motorista dirige abaixo do limite máximo de velocidade em uma estrada muito patrulhada, assim também os regulados deixam uma margem de segurança quando se veem fortemente fiscalizados, especialmente se há um clamor popular por trás⁴²³.

Por fim, a licença social age no nível de pressão para criar novas leis e regulamentos, caso não se esteja satisfeito com o resultado anterior⁴²⁴.

Obviamente, licença social e estatal se interpenetram. Assim, ONGs usam informações advindas de fiscalização pelo regulador para avaliar seu nível de pressão nas empresas reguladas. E daí advém a força da licença social conjugada com a regulação estatal: muitas empresas terminam temendo a fiscalização estatal não somente pelas punições que podem receber do órgão regulador, mas principalmente por causa das pressões sociais e punições que virão de sua licença social ao violar as normas estatais⁴²⁵.

Patente está que não se deve reduzir a licença social a uma atuação secundária, meramente seguidora dos resultados da licença estatal. Esse reducionismo não é verdadeiro. O fato é que o cumprimento de normas regulatórias não irá, em si, satisfazer as maiores preocupações da comunidade, que frequentemente vão além do que está escrito nos regulamentos⁴²⁶. Entretanto, é fato que a regulação estatal e a fiscalização de seu

⁴²¹ Idem, ibidem, p. 319-320.

⁴²² Idem ibidem, p. 319.

⁴²³ “Margin-of-safety measures are those that overcomply with current regulations, much as a motorist might drive five miles per hour below the speed limit on a well-policed highway. Thus, many firms construct effluent treatment systems that limit pollutants more stringently than required by regulations or their permits, or that have a larger-than-required capacity, in order to ensure that irregularities or breakdowns in the normal production and treatment operations do not result in a serious violation. Bandyopadhyay and Horowitz (forthcoming) find that randomness leads firms to reduce their average discharges levels below-sometimes far below-their permitted levels, to reduce the chance of an unexpectedly large violation”. Idem, ibidem, p. 319.

⁴²⁴ Idem, ibidem, p. 320.

⁴²⁵ Idem, ibidem, p. 330.

⁴²⁶ Idem, ibidem, p. 330-331.

cumprimento enviarão ao menos alguns sinais para os atores da licença social acerca da falha de determinada empresa no desempenho de suas funções regulatórias e sociais⁴²⁷.

Além disso, deve-se verificar que a interação entre ambas é via de mão dupla. Acima, foi visto como um problema na licença estatal pode acarretar sanções na licença social. Mas o inverso também é verdadeiro. Ou seja, percebendo o regulador que a comunidade, os usuários estão insatisfeitos com o desempenho da empresa, uma possível saída, inclusive para se legitimar, seria o de aumentar a fiscalização de suas normas ou mesmo fazer outras ainda mais duras⁴²⁸.

Da mesma maneira que a regulação pode ser endurecida em casos como este, as próprias empresas podem usar de bandeira favorável de sua licença social para conseguir algum alívio junto ao órgão regulador. A estratégia, aqui, seria afirmar que os usuários estão satisfeitos e qualquer escalada na pirâmide de estratégias regulatória seria desnecessária, dado esse panorama⁴²⁹.

Finalizando esse tópico, é necessário comentar, ainda que brevemente, sobre as limitações da licença social. Como visto, os autores argumentam que muitas empresas não percebem as suas obrigações sociais como necessariamente sinônimo de suas obrigações legais, e que as condições exigidas pelos atores sociais podem ser mais exigentes que as requeridas por lei, o que pode resultar em um desempenho melhor que o exigido pela licença estatal⁴³⁰.

Mas há, contudo, limites quanto à influência da licença social e à possibilidade comportamentos *beyond compliance*. Essas limitações da licença social surgem de cada um desses três fatores: sociais, legais e econômicos.

Quanto ao primeiro, a fim de articular corretamente as suas demandas, os atores sociais devem conseguir determinar que um prejuízo ocorreu ou deve ocorrer. Eles, também, devem ter a competência organizacional para desenvolver e efetivamente demandar, articuladamente, contra o mal percebido. As dificuldades, aqui, perpassam vários pontos. Em alguns casos, o prejuízo pode não ser percebido diretamente, ou rapidamente, ou somente

⁴²⁷ Idem, ibidem, p. 331.

⁴²⁸ Idem, ibidem, p. 331.

⁴²⁹ Idem, ibidem, p. 331.

⁴³⁰ Idem, ibidem, p. 332.

após muito estudo técnico. Mesmo após percebido, é preciso chegar a um consenso, ou a uma articulação tal que lhe dê sustento, como forma de pressão⁴³¹.

Em segundo lugar, os atores legais e políticos devem ser razoavelmente sensíveis às demandas dos atores sociais, ou seja, eles devem ver as demandas dos atores sociais como importantes e legítimas. Em regimes não democráticos ou no caso de um regulador capturado pelas empresas, por exemplo, a licença social seria bastante enfraquecida⁴³². Também é possível que os atores legais e políticos estejam mais preocupados com consequências econômicas. Pode ser preciso um longo e tortuoso processo de convencimento⁴³³.

Finalmente, foi visto que a vertente econômica da licença social muitas vezes impõe penalidades sensíveis às empresas reguladas, como o caso de boicote de produtos manufaturados por empresas que não seguem determinado padrão ambiental, por exemplo. Mas nem sempre o boicote será possível; imagine-se o caso de um monopolista prestador de um serviço essencial, como de energia elétrica. É possível que a comunidade esteja ressentida com as constantes quedas de energia, oscilações nas redes etc., mas será impossível um boicote, ao menos em larga escala, dos serviços prestados.

De toda forma, fica patente como a categoria da “Licença social” mencionada por Gunningham ajuda a esclarecer como o processo regulatório é complexo e dependente de uma visão bem mais abrangente do que se poderia supor sobre as relações sociais.

2.13 A AUTORREGULAÇÃO NO CONTEXTO DA TEORIA RESPONSIVA

Como se viu, a teoria responsiva advoga que a resposta do regulador deve se basear, antes de tudo, nas atitudes da firma, ou, dito de outro modo, no seu nível de autorregulação. Quando ela estiver em nível satisfatório, descabem maiores intervenções sancionatórias; na situação oposta, a pirâmide de estratégias e sanções deve ser escalada, mas, assim que atingido o ponto necessário, deve-se retornar, idealmente, à situação de autorregulação. Poder-se-ia utilizar o termo cunhado por Gaspar Ortiz, que fala de uma “regulação decrescente”⁴³⁴.

⁴³¹ Idem, *ibidem*, p. 332-333.

⁴³² Idem, *ibidem*, p. 333-334.

⁴³³ Idem, *ibidem*, p. 334.

⁴³⁴ GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro; ORTIZ, Gaspar Ariño. **La Competencia em Sectores Regulados – Regulación Empresarial y Mercado de Empresas**. 2ª ed., Albolote: Granada, 2003, p. 10.

Apesar de, na prática, ser situação de difícil ocorrência, é preciso investigar, a fim de dar maior credibilidade à teoria como um todo, a asserção comum segundo a qual a autorregulação deve ser descartada como um engodo, uma espécie de tática bem planejada de firmas reguladas para que, pretensamente observando diretivas normativas expedidas por elas mesmas, possam, na verdade, agir livremente, buscando o lucro, e tão somente ele, em detrimento do interesse público⁴³⁵.

Gunningham e Rees, entretanto, contestam essa visão, e propõem um modelo teórico para que ela seja analisada de forma científica. Há três manifestações básicas da autorregulação. A primeira é a autorregulação voluntária, qual seja, a assunção de compromissos regulatórios voluntariamente pela firma independentemente de qualquer mandamento governamental. A segunda forma é a autorregulação imposta, na qual tanto o processo de elaboração de normas quanto a sua fiscalização são feitos pelas próprias empresas privadas reguladas. Mas, diferentemente do modelo anterior, neste o programa regulatório deve ser aprovado pelo ente estatal competente, que monitorará o seu desenvolvimento e, em caso de descumprimento de regras aprovadas, aplicar as sanções devidas. Por fim, o terceiro modelo está no meio do caminho entre o primeiro e o segundo. Trata-se do que os autores chamam de autorregulação parcial, na qual apenas uma das funções (a própria regulamentação ou a sua fiscalização) é transferida para a entidade privada, mas não ambas⁴³⁶.

O que essa classificação pretende demonstrar é que não há uma visão antagônica entre autorregulação e regulação estatal, mas que há uma linha de continuidade entre ambas, em que as formas “puras” de autorregulação e regulação estatal estão em polos opostos. Essas formas puras não são facilmente encontráveis no mundo real e por isso o *design* regulatório diz muito mais com variações incrementais que com dicotomia entre os dois modelos⁴³⁷.

Os defensores da autorregulação citam, entre suas vantagens mais claras, a rapidez, a flexibilidade, a sensibilidade às circunstâncias do mercado e o baixo custo. Seus críticos, por outro lado, a veem como um mecanismo de benefício das empresas em detrimento do interesse público, ao mesmo tempo em que faltariam os bons elementos presentes na regulação estatal, quais sejam, visibilidade, credibilidade, prestação de contas mais formal à sociedade, aplicação isonômica, *standards* mais rigorosos etc.⁴³⁸

⁴³⁵ GUNNINGHAM, Neil; REES, Joseph. **Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective**. 19 Law & Pol'y 363 1997, p. 363.

⁴³⁶ Idem, ibidem, p. 365.

⁴³⁷ Idem, ibidem, p. 366.

⁴³⁸ Idem, ibidem, p. 366.

Os autores concedem que ambos os pontos de vista têm sua dose de razão, mas afirmam que a efetividade da autorregulação, além de depender de fatores econômicos e sociais, depende, em grande parte também, do *design* institucional. Ou seja, a depender do *design* institucional, a escolha das empresas pode ser moldada, direcionada.

E o fato é que a autorregulação será tanto mais efetiva quanto mais a matéria por ela tratada atrair o interesse do público, o interesse social. Indústrias nas quais a própria existência é colocada em questão, (como a nuclear, que frequentemente é alvo de protestos pedindo sua extinção, ou a tabagista) ou que estejam passando por um processo de crise de identidade ou de legitimação (indústria química muito poluente, por exemplo), precisarão prestar atenção às normas e expectativas que estão ao seu redor⁴³⁹. Isso calha bastante bem com o setor de telecomunicações; apesar de recolher alguns sucessos, parece indene de dúvidas que a estratégia regulatória atual no setor de telecomunicações (ou a falta dela) não tem gerado bons resultados em termos de bem-estar social. São recorrentes as pesquisas nas quais empresas de telecomunicações aparecem como campeãs de reclamações⁴⁴⁰ ou nas quais a confiança da população no setor é menor do que na média da indústria em geral⁴⁴¹.

Agora, para que a autorregulação seja eficiente, mister se conjuguem três aspectos fundamentais para o seu sucesso, quais sejam, o punitivo, o cognitivo e o normativo. O primeiro diz respeito à capacidade de a autorregulação impor sanções reais a falhas no seu cumprimento. E também impor ameaças credíveis, sérias, para forçar o compliance⁴⁴². Obviamente, isso significa repensar o papel regulador do Estado, de forma a se perguntar como ele pode facilitar e fomentar o desenvolvimento de um sistema de autorregulação mais efetivo e forte⁴⁴³.

Nesse panorama, Gunningham afirma que duas são as condições necessárias para a autorregulação. A primeira é o que ele denomina de “forte coincidência natural” entre interesse público e interesse privado; a segunda é a existência de uma ou mais fontes de pressão suficientes para criar essa coincidência de interesses⁴⁴⁴. Assim, a autorregulação “pode ser efetiva quando a busca pela conformidade regulatória coincidir, em sua maior parte, com as melhores práticas do setor ou da firma”⁴⁴⁵.

⁴³⁹ Idem, *ibidem*, p. 379.

⁴⁴⁰ http://sistemas.procon.sp.gov.br/rank_estadual/?m=rank_atend. Acesso em 16.8.2016

⁴⁴¹ <http://www.teleco.com.br/qualidade.asp>. Acesso em 16.8.2016.

⁴⁴² Idem, *ibidem*, p. 386.

⁴⁴³ Idem, *ibidem*, p. 389.

⁴⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 390.

⁴⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 390.

A conjugação dessas duas condições leva a um resultado ótimo quando uma firma, ou ao menos os seus dirigentes, percebe que a prosperidade futura e, quiçá, mesmo a sobrevivência da firma depende, de alguma forma, de autocontenção, de autorregulação⁴⁴⁶. O exemplo de Gunningham é, de novo, o da indústria nuclear.

Em 1996, um Simpósio sobre o tema “Códigos de Prática Voluntária” (*Voluntary Codes of Practice*), no Canadá, chegou à conclusão de que a efetividade dos códigos em áreas como publicidade e TV a cabo está ligada, pelo menos em parte, ao fato de que esses produtos destinados ao consumidor final são importantes para os cidadãos canadenses e que suas características em termos de segurança, disponibilidade, escolha, qualidade, decência ou gosto são bem evidentes para o consumidor médio⁴⁴⁷.

Parece evidente, aqui, a aplicação do mesmo raciocínio para o caso do setor de telecomunicações, uma vez que um aspecto bastante saliente do serviço, a qualidade, é facilmente percebida pelo usuário.

Gunningham, nesse passo, estabelece a importante diferenciação entre autorregulação e desregulação. Isso porque uma política de autorregulação incorpora o que ele chama de “pluralismo legal”, segundo o qual a política regulatória deve levar a sério as diferenças entre instituições na sociedade e seu potencial para autorregulação.

Também a tendência de se valorizar o pluralismo se verifica no Brasil. Marcus Faro afirma que, em terras pátrias, o primeiro grande impulso em direção a essa concepção veio de Boaventura de Sousa Santos, mais especificamente de sua tese de doutorado defendida em 1973 na Universidade de Yale. Investigando a situação de uma favela no Brasil, o autor identificou a existência de um direito não oficial reconhecido pelos seus moradores, um discurso jurídico *sui generis*.⁴⁴⁸ O segundo momento da crítica pluralista no Brasil teve origem no trabalho de Antônio Carlos Wolkmer, mas com conotação marcadamente gramsciana, no sentido de que o pluralismo deveria ser usado “como estratégia contra-hegemônica no redimensionamento da teoria jurídica”.⁴⁴⁹

No caso do direito regulatório, a perspectiva pluralista chama a atenção para o fato de que a condutas dos agentes econômicos é regulada, muitas vezes, por regras, valores e políticas que pouco têm a ver com o determinado pelas agências reguladoras, de forma que

⁴⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 391.

⁴⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 391.

⁴⁴⁸ CASTRO, Marcus Faro. **Pluralismo jurídico: principais ideias e desafios**. In SILVA, Felipe Gonçalves; Rodriguez, José Rodrigo. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

⁴⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 168.

muito, ou mesmo a maior parte, da atividade reguladora da sociedade está nas mãos não dos governantes ou agentes públicos, mas sim dos agentes privados⁴⁵⁰.

Visto de forma global, Gunningham afirma que o sistema regulatório pode ser concebido como um grande *iceberg*, no qual a ponta é a regulação governamental, ao passo que a massa ingente submersa representa aspectos institucionais privados da regulação⁴⁵¹.

Assim, há uma ligação entre autorregulação e regulação estatal. Por isso mesmo, Gunningham afirma que, de maneira geral, é crucial que a autorregulação tenha como pano de fundo regras e sanções previstas em normas com força de lei, pois ela é um meio muito claro, visível, para que o regulado cumpra suas obrigações. Assim é que, na sua visão, a sociedade não deve esperar milagres da autorregulação quando a lei substantiva é fraca. Os comerciantes farão parte do código de autorregulação quando ele oferecer uma alternativa à legislação e à luta contenciosa. Assim, de uma maneira geral, o governo não pode fazer nada mais efetivo para a autorregulação do que ter leis gerais efetivas. Nenhum comerciante irá se submeter a normas rigorosas se ele tem poucas responsabilidades com base na lei geral. Todos os códigos têm de ter, como *background*, leis que sejam consideradas menos palatáveis ao setor do que os códigos de autorregulação. Esse é o incentivo para que os códigos de autorregulação operem de forma efetiva.⁴⁵²

A mesma visão é compartilhada por Balleisen e Eisner, para quem há boas experiências de delegação de regulação do Estado para as entidades privadas; os autores afirmam que o problema não é a autorregulação em si mesma, mas sim a falha em integrá-la em um ambiente institucional maior, ou seja, inseri-las dentro de um quadro mais amplo de supervisão pública.⁴⁵³ Para esses autores, a eficácia da regulação privada em um contexto particular de autorregulação depende de cinco fatores: (1) a profundidade da preocupação dos regulados com a sua reputação; (2) a possibilidade de flexibilidade regulamentar; (3) a existência de força de trabalho suficiente no regulador e sua independência em relação ao governo; (4) o grau de transparência no processo de regulamentação; e (5) a seriedade da prestação de contas.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ GUNNINGHAM, Neil; REES, Joseph. **Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective**. 19 *Law & Pol'y* 363 1997, p. 396-397.

⁴⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 397.

⁴⁵² Idem, *ibidem*, p. 400.

⁴⁵³ BALLEISEN, Edward J.; EISNER, Marc. **The promise and pitfalls of Co-regulation: How Government can draw on private governance for public purpose**. In MOSS, David; CISTERMINO, John. *New Perspectives on Regulation*. USA: The Tobin Project, 2009, p. 131.

⁴⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 133.

2.13.1 A autorregulação – sua normatividade como “razão de ordem segunda”, à luz da teoria de Joseph Raz

Aprofundando o papel do Estado na autorregulação, qual seja, o de fomentar o modelo por meio de um design institucional e legal adequado, Vital Moreira observa que uma das principais tarefas da generalidade das autoridades reguladoras setoriais consiste desde logo em “construir o mercado” a partir de antigas situações de monopólio público, assegurando a progressiva liberalização do setor e o desenvolvimento de uma sã concorrência⁴⁵⁵.

De acordo com essa visão, a função da lei ou da regulação é propriamente formadora dos mercados; para a existência de mercados livres e pujantes, não se deve pregar a ausência de intervenção estatal por meio de legislação, uma vez que esta é necessária (em certa medida) para sua própria existência. Por isso, com razão afirmou Ripert que, apesar de o capitalismo jactar-se de dizer que nada pede, de reafirmar que a liberdade é a única coisa suficiente, nada poderia fazer se o legislador não lhe tivesse dado ou permitido lançar mão dos meios próprios à exploração dos capitais. Argutamente, observou que o direito comum não lhe bastava, por isso lutou pela criação seu próprio direito para moldar as regras jurídicas próprias a assegurar o melhor funcionamento da empresa.⁴⁵⁶

No mesmo sentido, Daniel Carpenter, tratando de outro mercado, mas em lição completamente aplicável aqui, entende que se vive em um mundo em rede e saturado com informação e possibilidades de escolha — algumas confiáveis, algumas não. Em tal sociedade, a confiança dos cidadãos no mercado é uma meta fundamental de qualquer instituição econômica e política. Cada vez mais, todo o sistema político, a sociedade e a economia são construídos sobre expectativas — expectativas de equidade, de transações seguras e livres de fraude, de riscos conhecidos (mas também transparentes, limitados e razoáveis), de tratamento razoável e equitativo (a ausência de discriminação generalizada de preços e discriminação étnica e racial). O papel de uma regulação eficaz é manter uma estrutura de crenças que tornam a prosperidade e a liberdade possíveis (ou sensivelmente mais

⁴⁵⁵ MOREIRA, Vital; FORTE, André Matos. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a "Declaração de Condeixa". **Revista de direito público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 249-259, jan./mar. 2003.

⁴⁵⁶ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: [s/e], 1947, p. 23.

prováveis), ou, dito de outra forma, criar a própria possibilidade de existência dos mercados.⁴⁵⁷

Por isso, Natalino Irti, destacado jurista italiano, tem razão ao afirmar que o mercado é um *locus artificialis*, ou seja, criado pelo homem, por uma base jurídica, que nada mais faz do que transparecer a base política.

Essa artificialidade deriva da técnica jurídica em dependência de uma decisão política, a qual confere forma à economia. As decisões políticas são mutáveis, assim como o são, é inegável, os regimes econômicos, os quais correspondem a um momento histórico, não podendo nenhum deles ser absoluto ou definitivo⁴⁵⁸.

Destarte, para Irti, a “lei do mercado” está repleta de institutos jurídicos, dentre os quais a propriedade privada, a autonomia contratual, as obrigações e a liberdade testamentária, institutos esses que não são naturais, mas sim dados pelo homem e historicamente definidos.

Sendo assim, aquilo que, para a economia de mercado, se entende como natural e imutável, é, na verdade, resultado de uma vontade política em um determinado momento histórico.

Essa visão calha perfeitamente com a de Karl Polanyi. Afirmou o historiador da economia o *laissez-faire* não foi natural, pois a estrada para o livre mercado foi aberta com doses de intervencionismo crescente e centralizado.⁴⁵⁹ Daí por que sua clássica afirmação: o *laissez-faire* foi planejado, ou seja, o que se reputa ser algo espontâneo, na verdade, foi construído.

Por fim, não se poderia finalizar esta seção sem trazer à baila a argumentação de um dos maiores teóricos da atualidade sobre regulação, Cass Sunstein. Ele, literalmente, afirma:

A noção de “*laissez-faire*” é uma descrição grotesca e errônea do que o livre mercado de fato requer e envolve. Livres mercados dependem, para sua existência, do direito. Não é possível existir um sistema de propriedade privada sem regras jurídicas, sem dizer para as pessoas quem é proprietário do quê, impondo penalidades pelas transgressões, e dizendo quem pode fazer o quê para quem. Sem as leis dos contratos, a liberdade de contratar, como a

⁴⁵⁷ CARPENTER, Daniel. Confidence games: how does regulation constitute markets? In: BALLEISEN, Edward J.; MOSS, David A. **Government and markets: toward a new theory of regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 164.

⁴⁵⁸ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 5. ed. [s/l]: Laterza, 2003, p. V.

⁴⁵⁹ POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 155.

conhecemos e vivemos, seria impossível... Ainda mais, a lei que suporta o livre mercado é coercitiva no sentido de, além de facilitar transações individuais, impedir as pessoas de fazerem muitas coisas que elas gostariam. Isso não significa uma crítica ao livre mercado: sugere que os mercados devem ser entendidos como uma construção legal, para serem avaliados com base na promoção dos interesses humanos, mais que uma parte da natureza ou da ordem natural, ou como um simples modo de promover interações voluntárias.⁴⁶⁰

A teoria proposta por Sunstein é a do paternalismo libertário. Em termos simples, o paternalismo é definido como a interferência na liberdade de ação, justificada por diversas razões, como bem-estar, felicidade, interesses etc.

Parte-se da premissa de que, às vezes, existe uma entidade “externa ao sujeito” que seja capaz de saber ou agir com mais precisão na direção dos interesses do beneficiado, ou de que os interesses escolhidos pelo sujeito não sejam os melhores para a obtenção de um nível de bem-estar mais elevado.

É, também, libertário porque conjuga liberdade de mercado com pequenas intervenções, do governo ou de agentes privados, que orientem as pessoas na direção das melhores escolhas econômicas, tendendo sempre a deixar uma saída para a escolha pessoal, ainda que a atuação governamental dê um “empurrãozinho” (*nudge*) em certa direção.

Isso revela como, de fato, o papel da lei não pode ser desprezado. De acordo com Raz, as pessoas guiam suas ações baseadas naquilo que ele chamou de “razões de ordem primeira” e “razões de ordem segunda”. As de ordem primeira são aquelas baseadas em questões e avaliações pessoais, influenciadas pela moralidade pessoal, sua prudência, etc. As razões de segunda ordem, como as leis imperativas, excluiriam as razões de primeira ordem⁴⁶¹.

Assim, quando se depara com algum problema a solucionar, o agente pode avaliar suas inclinações pessoais e ponderar os prós e contras para si ou sua família, por exemplo. Ponderadas as razões, a mais convincente prevalece para o sujeito. Quando se adentra esse cenário, contudo, uma razão de segunda ordem, a lógica se alteraria: não haveria mais espaço para idiosincrasias, motivações pessoais; elas estariam excluídas da lógica de decisão⁴⁶².

Nesse contexto, Raz afirma que as razões de segunda ordem prevalecem não porque são sopesadas com as de primeira ordem, mas porque excluem estas. A razão disso seria

⁴⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Free markets and social justice**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 5.

⁴⁶¹ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 59.

⁴⁶² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 34.

porque o sujeito acredita que observar a razão de segunda ordem levará a decisões melhores para o indivíduo (e também para a sociedade) e também porque representaria uma economia de esforço e de tempo do sujeito, que poderá se basear em uma decisão já tomada previamente, e não ter de cogitar, a todo momento, qual a melhor solução a ser adotada⁴⁶³. Comentando isso, afirma Jorge Otávio Lavocat Galvão, exemplifica que:

Para Joseph Raz, as regras legais são um caso especial de razões de segunda ordem que agem excluindo as primeiras razões de ordem em situações de incidência. Com a criação do aparato regulatório da lei, não é necessário voltar a discutir todos os aspectos políticos e morais que são relevantes para os casos que são apresentados diariamente para os tribunais, uma vez que as normas legais já preveem as chances do mundo de fatos e prescrevem o avanço dos seus resultados. [...] O condutor de um veículo, por exemplo, mantém-se na faixa da direita por uma questão de coordenação: possibilitar a continuidade do tráfego viário na comunidade. Ao agir dessa forma, o indivíduo não se questiona qual é a melhor opção para chegar a seu destino - se utilizando a pista da esquerda ou a da direita - mas simplesmente cumpre aquilo que está prescrito na norma legal. Tal questão (andar pela faixa da direita) foi de antemão prescrita pelas normas, não exigindo que o intérprete reflita sobre o tema novamente, todas as vezes que dirigir seu veículo.⁴⁶⁴

Em relação às ideias de Raz apresentadas, duas são fundamentais para esta dissertação. Uma se refere ao papel da autorregulação como norma de segunda ordem e outra se refere ao papel da Lei como possibilitadora da autorregulação sustentável.

A ideia aqui é que as normas segundas não devem, necessariamente e sempre, aniquilar as razões de ordem primeira, quando se tratar de um pequeno grupo que puder fazer, dadas as suas peculiaridades, as suas próprias leis, mais específicas.

Nesse sentido, Vandenberghe afirmou que se deve pensar em um novo Estado de Direito que explique as vastas redes de acordos privados à sombra regulamentações públicas. A concepção tradicional do estado de Direito atribui um papel limitado a atores privados: as empresas e grupos de interesse procuram influenciar regulamentos, e depois da regulamentação, as empresas reguladas enfrentam um dilema entre desafiá-la ou cumpri-la⁴⁶⁵.

Reconhecem-se agora, contudo, vários acordos de regulação privados, denominados por ele de acordos de segunda ordem, como, por exemplo, acordos de aquisição corporativa entre as empresas privadas com cláusulas que tratam de segurança do trabalho, seguro-saúde

⁴⁶³ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁴⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁴⁶⁵ VANDENBERGH, Michael P. **The private life of public law**, Novembro, 2005, 105 Colum. L. Rev. 2029, p. 2030

dos empregados, entre outros, e até mesmo *good neighborhood agreements*, entabulados por empresas privadas e grupos sem fins lucrativos, pelos quais, por exemplo, as primeiras se autolimitam na prática de ilícitos em troca de compromisso dos segundos de desistir de ações judiciais⁴⁶⁶.

Os acordos de segunda ordem, então, modificam a tradicional dinâmica regulatória, uma vez que ampliam o espectro das partes que têm interesse nos resultados regulatórios, modificam os incentivos que enfrentam e o desempenho do modelo como um todo. O reconhecimento de acordos de segunda ordem sugere uma nova agenda para o trabalho empírico e teórico sobre as medidas públicas de regulação que deverá reconhecer uma mistura ideal de regulação pública e privada⁴⁶⁷.

Isso, também, está relacionado ao papel da lei, e da regulação, na formação de um ambiente adequado para que a autorregulação ocorra. Assim como a lei cria a própria noção de mercado, também possibilita a autorregulação de forma mais eficiente, dentro de um *design* que reconheça o potencial da combinação de vários instrumentos, públicos e privados, para alcançar seus objetivos, como já amplamente visto.

2.14 – CONCLUSÃO PARCIAL

Chegado ao final deste capítulo, poder-se-ia, quiçá, repetir as bases nas quais se assenta a teoria responsiva da regulação. Fazê-lo, entretanto, poderia ser tarefa repetitiva e, mecânica, e ainda se terá oportunidade de repisar as várias premissas e ferramentas da referida Teoria.

O que se pretende enfatizar, por tudo quanto visto neste capítulo, é que parece ter ficado patente que construir-se um modelo regulatório inteligente tem suas claras vantagens, mas se trata de trabalho extremamente difícil, que demanda muito exame do mercado, paciência para compreensão das reações, desenvoltura nas comunicações. Talvez isso explique porque a prática regulatória tem se concentrado muito mais em simplesmente escrever regras punitivas que darão um alibi (político e jurídico) ao regulador do que pensar, criticamente, uma modelagem regulatória adequada ao setor.

⁴⁶⁶ Idem, ibidem, p. 2030. Definição de *neighborhood agreement* retirada de KENNEY, Douglas S.; STOHS, Miriam; CHAVEZ, Jessica et al. **Evaluating the use of good neighbor agreements for environmental and community protection**. Natural Res. Law Ctr., Univ. of Colo. Sch. of Law, 2004, p. iii.

⁴⁶⁷ VANDENBERGH, Michael P. **The private life of public law**, Novembro, 2005, 105 Colum. L. Rev. 2029, p. 2029.

Regular é tarefa árdua; punir, relativamente fácil.

Mas nem por isso melhor e mais adequada ao ordenamento jurídico. Por isso, pretende-se, no capítulo seguinte, investigar como se poderia, em um caso concreto, proceder a uma Regulação que fosse Responsiva e, obviamente, obedecesse aos ditamos constitucionais e legais de atuação da Administração Pública.

3 A REVERSIBILIDADE DE BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: AVALIAÇÃO À LUZ DA TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO

O capítulo final da presente dissertação tem por escopo aplicar os parâmetros regulatórios fornecidos pela teoria responsiva a um problema concreto do setor de telecomunicações envolvendo a reversibilidade de bens.

Parte-se de breves noções contextualizantes acerca do serviço público no ordenamento jurídico e dos princípios que o regem, especialmente o da continuidade e sua íntima conexão com a figura jurídica dos bens reversíveis. A seguir, expõe-se o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência quanto à correta delimitação dos bens reversíveis dentre todo o conjunto de bens utilizados pela concessionária prestadora do serviço em regime público.

Em seguida, adentra-se a sistemática dos bens reversíveis adotada pela Lei Geral de Telecomunicações, pela normatização da Anatel e pelo entendimento do Conselho Diretor. Exposta a problemática dos bens reversíveis no setor de telecomunicações, apresentam-se as críticas que ordinariamente se fazem contra uma interpretação ampliativa, nos moldes dados pela Anatel, do conceito de bens reversíveis.

Propõe-se, contudo, uma insuficiência de tais críticas, vez que derivadas de considerações pontuais ou meramente principiológicas. À luz da teoria responsiva da regulação, critica-se o tratamento jurídico dados aos bens reversíveis por sua falta de modelagem regulatória. Por fim, apresenta-se uma proposta de regulação dos bens reversíveis no setor de telecomunicações.

3.1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A problemática em relação aos serviços públicos diz respeito, antes de tudo, à relativa dificuldade de sua conceituação, visto ter relação com necessidades públicas variáveis no tempo.⁴⁶⁸ Eros Roberto Grau, em sua clássica obra sobre a Ordem Econômica na Constituição de 1988, também traz leitura similar, mas sob outra ótica: a de que há um confronto entre capital e trabalho, instrumentalizada pelo poder político, para se ampliar ou retrain a área de

⁴⁶⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional** In **Estudos de Direito Administrativo – Em Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Max Limonad, 1996, P. 119.

atuação do Estado no processo histórico⁴⁶⁹. O fato é que se sabe que os delineamentos jurídico-conceituais em torno da noção de serviço público ocorreram na França do século XIX.

Obviamente, prestações materiais envolvendo o Estado já existiam de há muito. Podem-se citar, por exemplo, declarações de direitos dos homens feitas após a Revolução Francesa, as quais continham a noção de utilidades comuns a serem garantidas pelo Estado; ademais, a própria afirmação dos direitos e liberdades do homem pressupõe a fruição de utilidades públicas, que se encontram na base da noção de serviço público.⁴⁷⁰

O desenvolvimento conceitual tardio se explica porque a ideia de que o Estado tem o dever de prover utilidades públicas como uma de suas missões precípua está nas antípodas do Estado Liberal, um Estado tipicamente absentéista e, por isso, só tomou força no final do século XIX, quando a jurisprudência do Conselho de Estado começa a delinear seus contornos⁴⁷¹. É clássica a afirmação de que o desenvolvimento desses estudos deveu-se, em grande medida, ao caso Blanco, que tratou de estabelecer a competência do Conselho de Estado para julgar uma causa de indenização proposta contra o Estado francês por conta de danos causados por vagonete da companhia estatal de fumo, ou seja, de um serviço público⁴⁷².

Deve-se esse desenvolvimento, também, aos juristas da Escola de Bordeaux ou Escola do Serviço Público, entre os quais León Duguit⁴⁷³. Seu objetivo foi eminentemente prático ao tratar do tema: estabelecer marcos divisórios claros entre o campo de atuação do Estado e o dos particulares, “procurando manter a noção de liberalismo e conformá-la às demandas sociais amparadas pelas declarações de direito”⁴⁷⁴. Sua importância foi tão grande na França que alguns denominaram o serviço público de a “teologia do Estado” nos séculos XIX e XX⁴⁷⁵.

No contexto brasileiro, ao menos nos primeiros anos da República, até o Estado Novo (1930), havia a concepção de serviços de utilidade pública, de inspiração marcadamente norte-americana. Vitor Rhein Schirato afirma que, mesmo em relação aos serviços de

⁴⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147

⁴⁷⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 12.

⁴⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 12.

⁴⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

⁴⁷³ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 12-13.

⁴⁷⁴ BRACONNIER, Stéphane. *Droit des Services Publics*, 2ª ed., Paris: PUF, 2007, p. 123.

⁴⁷⁵ ZIANI, Salim. *Du service public à l'obligation de service public*. LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 41

utilidade pública, a noção de liberdade de iniciativa era claramente existente, ao mesmo tempo em que, por óbvio, cuidava o Estado de intervir na prestação por meio da regulamentação, para garantir o atendimento aos interesses públicos relevantes⁴⁷⁶.

Nessa linha, afirmou Bilac Pinto, que haveria três modelos de controle e fiscalização dos serviços de utilidade pública, a) Regulamentação puramente contratual; b) Regulamentação efetiva por comissões; e c) Regulamentação direta pelo Poder Público. Na sua visão, a regulamentação direta pelo Poder Público só ocorreria nos regimes de propriedade público ou híbrida, sendo os outros dois aplicáveis ao caso da concessão.⁴⁷⁷ O mesmo Bilac Pinto manifesta, claramente, sua opção pelo sistema americano de regulamentação dos serviços, com a utilização de Comissões.⁴⁷⁸

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1937, houve crescente movimento de intervenção estatal na economia. Ao final da década de 1930, formou-se uma comissão de notáveis juristas⁴⁷⁹ para que se propusesse um texto de anteprojeto legislativo acerca da fiscalização e controle de “serviços públicos concedidos”⁴⁸⁰, em obediência ao art. 147 daquela carta, segundo o qual “A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços”.

As conclusões a que chegou a Comissão foram deitadas nas páginas de um trabalho de Odilon Braga, que afirmou:

Bem se vê, pois, que a noção de serviço público explorado por concessão, resultante dos trabalhos da Comissão Geral e das votações da Comissão Coordenadora, é a que emerge das realidades tradicionais do nosso direito administrativo, inspiradas pelo direito equivalente da Europa continental. Por efeito dela, o serviço denomina-se ‘público’, não porque seja de utilização do ‘público’ ou de ‘um público’, mas porque pertence ao sistema das atividades do poder público (arts. 1º, 8º e 10). Por conseguinte, o que este concede não é o serviço, mas tão somente sua execução lucrativa,

⁴⁷⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 16.

⁴⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 17.

⁴⁷⁸ PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos Serviços de Utilidade Pública**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89.

⁴⁷⁹ Formada por ordem do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, era composta por Miranda Carvalho, Eugênio Gudín, Hélio Macedo Soares, Alcides Lins, Lair Tostes, Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto, Plínio Branco, Seabra de Oliveira, Valdir Niemeyer, Lemos Neto, Saturnino de Brito, Ubaldo Lobo, Oscar Weinscheinck e Odilon Braga.

⁴⁸⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 18.

mediante o uso e o gozo dos bens e direitos destinados a assegurar a sua organização e seu funcionamento.⁴⁸¹

A Comissão constatou uma proximidade, que seria inconveniente, com o direito norte-americano quanto à prestação dos serviços públicos bem como uma “insuficiência legislativa” para controle e fiscalização deles, desde a época do Império brasileiro; tais fatores foram essenciais para que se propusesse, então, uma importante revisão do marco legal dos serviços públicos, tendo como finalidade precípua o maior controle/intervenção do Estado nas concessões⁴⁸².

Por isso é que, como se viu da citação de Odilon Braga, propôs-se alçar ao Estado as atividades antes classificadas como meras “utilidades públicas”, passando agora a ser funções públicas. Há uma clara mudança de paradigma, com a ação estatal deixando o mero campo do controle (ou regulação) para a própria assunção da atividade, para prestá-la direta ou indiretamente. A doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti terminou, dada sua grande influência, por consolidar essa visão no Brasil, atribuindo-se não só a titularidade da atividade ao Estado, mas também outorgando-lhe um regime especial⁴⁸³. Assim é que, segundo ele, é o regime jurídico ao qual está submetida a atividade que será determinante para sua classificação como serviço público ou não: “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender”⁴⁸⁴. Victor Rhein Schirato comentou que se pode dizer que a doutrina de Themístocles Cavalcanti consolidou o serviço público no Brasil não somente sob o ângulo de atividades pertencentes ao Estado, mas também sujeitas a um regime especial. Ficou clara, assim, a separação entre o regime jurídico de direito privado das atividades econômicas em geral e o regime jurídico de direito público dos serviços públicos.⁴⁸⁵ Vê-se que Gaston Jèze influenciou, decisivamente, suas concepções, pois, segundo o autor francês, falar em serviço público significa clamar por teorias e regras

⁴⁸¹ BRAGA, Odilon. **Serviços Públicos Concedidos**. In Revista de Direito Administrativo, *Seleção Histórica*, Rio de Janeiro: Renovar de Janeiro, 1995, p. 98.

⁴⁸² Idem, *ibidem*, p. 19.

⁴⁸³ Idem, *ibidem*, p. 20.

⁴⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 21.

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 21.

especiais, derogatórias, caracterizada pela subordinação do interesse particular ao interesse público.⁴⁸⁶

A aproximação como direito francês levou ao uso mais intenso da concessão de serviços públicos nos moldes europeus. Maurício Portugal divide as fases da concessão no Brasil em três. A primeira começa num contexto de, dada a escassez de recursos nacionais, criar-se um ambiente institucional sólido e estável para a atração dos investimentos, mesmo internacionais. A preocupação-mor nesse período foi o de garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e definir um prazo razoável para recuperação dos investimentos, a fim de o serviço ser prestado adequadamente.⁴⁸⁷ Na segunda fase, por volta dos anos 1960, os contratos de concessão são, de certa forma, desfigurados, pois se tornam instrumento de prestação de serviços públicos por empresas estatais, tornando-se algo quase dispensável, em razão do controle acionário das estatais pelo Poder Executivo, com poucos limites de atuação e sem regras claras para a prestação do serviço.⁴⁸⁸ A terceira fase da história dos contratos de concessão tem seu início com a publicação das Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995, invertendo a tendência anterior de invenção direta do Estado na economia.⁴⁸⁹

De toda forma, a concepção de serviço público subjacente à concessão vai desaguar, em regra, no modelo regulatório de *command and control* da concessão do serviço público, modelo esse marcado pela outorga de privilégios ao Poder Concedente e atribuição de deveres ao concessionário, num modelo de “contrato de adesão”, imperativo, marcadamente impositivo como regulamentação (como visto amplamente no primeiro capítulo).

Já se falou muito sobre o novo paradigma que vem regendo as relações jurídicas no direito administrativo, pautadas, sobretudo, no consenso. Isso vai significar que o serviço público adquirirá nova feição, sendo considerado “instrumento necessário para a realização dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros pelo texto constitucional vigente”⁴⁹⁰. Também Márcio Iorio Aranha coloca a base do Estado Regulador na compreensão de que intervenção estatal se dá como forma de garantir e preservar as

⁴⁸⁶ **Princípios Generales del Derecho Administrativo**, vol. II, Buenos Aires: De Palma, 1949, tradução Juan N. San Millán Almagro, p. 18 (tradução para o português de Vitor Rein Schirato). Apud SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 21.

⁴⁸⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada - fundamentos econômicos-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

⁴⁸⁸ Idem, ibidem, p. 38.

⁴⁸⁹ Idem, ibidem, pp. 38-39.

⁴⁹⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 73.

prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais.⁴⁹¹ Por isso é que Marçal Justen Filho afirma que o serviço público é o fornecimento de utilidades necessárias à satisfação de direitos fundamentais; ou seja, o serviço público é concebido como instrumento assecuratório da existência digna do ser humano, havendo um liame direto entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais.

Floriano Azevedo Marques afirmou que o “direito administrativo brasileiro prima por se desenvolver sobre grandes dicotomias, a exemplo do interesse público vs. interesse privado, serviço público vs. atividade econômica e autoridade vs. Liberdade”⁴⁹², mas arremata afirmando que o Estado pós-moderno não pode aceitar o rótulo de social ou absentéista. Sendo multifacetado, atua paralelamente à iniciativa privada, tanto de forma direta, indireta ou mesmo associativa, buscando, acima de tudo, otimizar o dispêndio de recursos públicos para o interesse público.⁴⁹³

Um exemplo claro disso nos dá Carlos Ari Sunfeld, que demonstra que os conceitos de “serviço público” e de “domínio público” sempre caminharam em paralelo. Ou seja, ao considerar que determinada atividade econômica seria um serviço público, o regime jurídico dos bens a elas necessário também deveria envolver grande dose de publicização. Em suas palavras, “serviço público e propriedade privada eram vistos como realidades incompatíveis”⁴⁹⁴.

Entretanto, a reforma administrativa que levou à privatização e a um novo modelo de delegação na prestação de serviços mudou esse cenário, abandonando-se “alguns dos elementos do chamado *regime do serviço público*”⁴⁹⁵. Segundo Carlos Ari, a liberalização dos setores de serviço público operou-se com a concomitante atribuição de verdadeiros direitos subjetivos de atuação (ex.: direito de ingresso no mercado).⁴⁹⁶ Contraste-se isso com o afirmado por Alexandre Santos Aragão, de que os serviços públicos foram tradicionalmente

⁴⁹¹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. London: Laccademia, 2015, p. 7.

⁴⁹² MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Belo Horizonte, n. 272, maio a agosto 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=245204>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁹³ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Belo Horizonte, n. 272, maio a agosto 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=245215>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Uso dos espaços públicos comuns pelas redes de serviço público. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 16, n. 56, p. 27-48, abr./jun. 2015.

⁴⁹⁵ Idem, ibidem, p. 28.

⁴⁹⁶ Idem, ibidem, p. 29.

entendidos como exógenos, impermeáveis à iniciativa privada, pressupondo-se, apenas, um prestador (em geral, o próprio Estado)⁴⁹⁷.

Assim, por exemplo, soaria, antigamente, um pouco esdrúxula a ideia de conferir direitos subjetivos a particulares de acesso ao domínio público. Poderia parecer uma preterição do interesse público. A absorção, no regime público, de elementos do mercado, ou do direito privado, importou consecutivamente uma revisão dessa concepção, fazendo, ademais, com que certos agentes particulares também merecessem uma qualificação de interesse público⁴⁹⁸.

Esse abandono de alguns elementos do regime do serviço público, como o denominou Carlos Ari Sundfeld acima, vai implicar, em alguns pontos ao menos, uma revisão da compreensão que antes de tinha de alguns princípios informadores do regime jurídico do serviço Público. Dinorá Grotti, em sua clássica obra sobre os serviços públicos, bem explica que um determinado instituto será moldado pelo regime que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico, regime esse que se sedimenta a partir de um conjunto de princípios. Esses princípios darão, ao instituto, “especificidade e singularidade”⁴⁹⁹.

Na mesma linha são as ponderações de Mário Masagão⁵⁰⁰, para quem os serviços públicos estão submetidos ao direito público, de forma semelhante às demais ações estatais (com exceção daquelas nas quais se equipara aos particulares). Tem-se, portanto, que é inerente para a visão do autor da noção de um “regime jurídico especial” ao serviço público; mesma linha é adotada por José Cretella Júnior⁵⁰¹, que fundamenta o regime jurídico dos serviços públicos em “princípios publicísticos”. Um dos mais explícitos, nessa linha, é Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma:

Serviço público ou atividade pública é aquela que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios. Este regime especial instaura procedimentos exorbitantes do direito privado, é derogatório das regras de direito comum e constitui situação privilegiada em favor das partes (o Poder Público), excepcionando a igualdade comutativa das situações e vontades

⁴⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços Públicos: Regulação para Concorrência*. In. GUERRA, Sérgio. **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 49.

⁴⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Uso dos espaços públicos comuns pelas redes de serviço público*. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 16, n. 56, p. 27-48, abr./jun. 2015, p. 29.

⁴⁹⁹ GROTTI, Dinorá Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 254-255.

⁵⁰⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 43.

⁵⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 43.

jurídicas. Não é, pois, uma qualidade própria da atividade; apenas decorre do regime normativo.⁵⁰²

No presente estudo, importa verificar a repercussão do novo paradigma do direito administrativo em um princípio específico do serviço público, o da continuidade, e especificamente, no setor de telecomunicações.

3.2 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE E BENS REVERSÍVEIS

Consoante ao texto normativo da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), o STFC insere-se na classificação dos serviços de interesse coletivo, podendo ser prestado tanto no regime público (por meio de concessão e permissão) como no privado (explorado, nesse caso, por meio de autorização) e na modalidade local ou de longa distância nacional ou internacional.

A importância outorgada pelo legislador ao STFC, precipuamente quando prestado em âmbito local, decorria do fato de que, à época, nas palavras de Pedro Dutra⁵⁰³, “este serviço ser destinado ao atendimento direto da demanda primária dos serviços de telecomunicações, a reunir a totalidade dos seus usuários [...]”. Assim, é um serviço submetido aos ditames de universalização e continuidade⁵⁰⁴.

Como se sabe, a concessão de serviço público é o instrumento por meio do qual o Poder Público delega a prestação, por colaboração, de um serviço público. Entre os vários princípios que informam a prestação do serviço, como o da atualidade, o da modicidade tarifária, ressaí o da continuidade. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, os serviços públicos, buscando atender necessidades prementes e inadiáveis da sociedade, não podem ser interrompidos. Ademais, a continuidade é aplicável não somente aos serviços públicos, como à atividade administrativa em geral, que não pode tolerar paralisações ou descontinuidades.⁵⁰⁵

⁵⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 170.

⁵⁰³ DUTRA, Pedro. **Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações**. Revista do Ibrac, v. 9, n. 2, p. 15-47, 2002, p. 18.

⁵⁰⁴ Incidentalmente, menciona-se a observação de Leonor Cordovil, que traz à baila crítica à Lei Geral de Telecomunicações, vez que as leis anteriores a ela e a Constituição estendiam as obrigações de continuidade aos serviços de telecomunicações de uma maneira geral, e não somente aos prestados em regime público. Cf. CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A Intervenção Estatal nas Telecomunicações – A visão do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 153.

⁵⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

Nenhuma discussão sobre a reversibilidade de bens na concessão pode prescindir de um aprofundamento acerca do princípio da continuidade no serviço público. Historicamente, afirma-se que o princípio remonta à jurisprudência do Conselho de Estado francês do ano de 1865, quando tratou do problema da duração dos órgãos e de suas responsabilidades, fazendo-o à luz da exigência da continuidade da ação administrativa⁵⁰⁶.

Dinorá Grotti afirma que a sistematização geral dos princípios do serviço público é atribuída a Louis Rolland, segundo o qual está “o princípio da continuidade do funcionamento dos serviços ao lado dos princípios da modificação e da igualdade de tratamento a ser conferida a todos os cidadãos/usuários”⁵⁰⁷. A noção de continuidade, de fato, erigiu-se em um dos principais fundamentos para a assunção dos serviços públicos pelo Estado, o único que, em tese, poderia garanti-la⁵⁰⁸.

José Roberto Dromi divide o princípio da continuidade entre a continuidade absoluta e a relativa, afirmando que existem serviços que, tendo em vista a satisfação das necessidades coletivas inadiáveis, não podem ser interrompidos (serviço de água encanada), sendo um caso de continuidade absoluta. Fala-se em continuidade relativa quando o serviço não é prestado sem interrupção, mas a fruição ocorre apenas em certos momentos, como o serviço de bombeiros ou instrução escolar.⁵⁰⁹

No Brasil, geralmente se apresenta o princípio da continuidade como um dos pilares da atuação administrativa, elemento fundamental do regime jurídico-administrativo. No plano constitucional, tratar-se-ia de postulado implícito, mas corolário do princípio da eficiência, implicando tanto a “impossibilidade de sua interrupção por parte da Administração” quanto, por outro lado, “o pleno direito dos administrados a que esse serviço não seja suspenso ou interrompido”⁵¹⁰.

No plano legal, sobressai, entre outros diplomas, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que, no artigo 22, trata do tema da seguinte maneira:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são

⁵⁰⁶ GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da continuidade do serviço público**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 78.

⁵⁰⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255.

⁵⁰⁸ GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da continuidade do serviço público**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 76.

⁵⁰⁹ DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo**. Tomo 2. Buenos Aires: Ástrea, 1992, p. 7.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 79.

obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

A continuidade quanto aos serviços essenciais não é detalhada pelo CDC, mas num diálogo de fontes, pode-se utilizar a Lei nº 7.783/1989, que trata da greve e aponta alguns serviços considerados essenciais. O art. 10, VII, estabelece que, entre outros, os serviços de telecomunicações são essenciais, obrigando-se, assim, a sua continuidade.

Como decorrência da continuidade do serviço público, a doutrina clássica sempre advogou, e a legislação andou na mesma toada, que, chegada a concessão ao seu termo, houvesse algum instituto jurídico que regulasse o destino dos bens, de propriedade da concessionária, essenciais à prestação do serviço público.

Para exemplificar o posicionamento clássico da doutrina, trazem-se à colação as lições de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello para quem as concessões devem estabelecer, em regra, a reversão dos bens e isso independente de indenização no termo final, a fim de que não ocorra interrupção do serviço e que sua prestação possa continuar a ocorrer por terceiro.⁵¹¹

Incidentalmente, afirme-se que, quando uma norma trata da reversão de bens, ela, geralmente, o faz juntamente ao instituto da amortização, que possui dupla finalidade, “uma renovadora, a outra restitutiva”, ou seja, de estímulo à renovação de infraestrutura mesmo já ao final da concessão e de recomposição financeira do que ainda não tenha sido recuperado pela exploração do serviço e tenha sido gasto em bens reversíveis⁵¹².

Na mesma linha, afirmando a conexão entre a continuidade e a reversibilidade de bens, veja-se, a título de exemplo, o entendimento da Procuradoria da Anatel referendado pela Agência Nacional de Telecomunicações⁵¹³, para quem, “chegado ao fim da concessão é imperioso que existam condições factíveis para que o serviço prestado em regime público seja mantido incólume (princípio da continuidade), mantendo-se todos os requisitos de sua prestação adequada”

⁵¹¹ MELO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, jan. 1953, p. 9-10.

⁵¹² CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 22-46, jan. 1956.

⁵¹³ Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012.

Floriano Marques Neto afirma que a continuidade dos serviços públicos possui aplicação clara em dois momentos distintos. O primeiro é quando da prestação do serviço, que se protraí no tempo, ensejando “fruição livre de paralisações injustificadas, de modo que os serviços públicos estejam permanentemente ofertados aos usuários e em condições adequadas de uso”⁵¹⁴. Trata-se de regras que, por exemplo, impedirão cortes na prestação do serviço público de uma maneira geral, tirante algumas exceções legais e regulamentares (ver art. 6º, §3º, da Lei nº 8.985/1995).

Mas o princípio da continuidade esparge seus reflexos também em outro momento da concessão, qual seja, o de sua extinção, dando origem a uma série de regramentos entre os quais está o da reversão de bens. A razão disso é clara: o fim da concessão não “pode obstaculizar a continuidade da prestação do serviço, de modo que os bens que se fazem necessários para assegurar a sua manutenção deverão reverter ao Poder Concedente (ou àquele que assumir a prestação do serviço em nome do Poder Público)”⁵¹⁵.

A reversibilidade dos bens traz, também, duas consequências para momentos distintos da prestação do serviço: num primeiro momento, significa que os bens reversíveis estão afetados, destinados especificamente à prestação do serviço público; sabe-se, assim, de antemão, que tais bens, pelo fato de serem reversíveis, estão vinculados à continuidade do serviço. Em um segundo momento, com o fim da concessão, esses bens passarão ao poder concedente, ou seja, o fim do título jurídico de delegação do serviço é, também, a condição necessária e suficiente para que os bens reversíveis passem ao domínio do concedente⁵¹⁶.

3.3 ASPECTOS HISTÓRICOS E NATUREZA JURÍDICA DOS BENS REVERSÍVEIS

Afrânio de Carvalho realizou um dos primeiros levantamentos dos diplomas que estipularam a reversão nas concessões de serviços públicos no Brasil: segundo seu estudo, a primeira lei geral reguladora das concessões de serviço público (Lei de 29 de agosto de 1828), “estabelece regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objeto a navegação

⁵¹⁴ MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. **Parecer sobre reversibilidade de bens no STFC**, 2015, mimeo, p. 13.

⁵¹⁵ Idem, ibidem, p. 13.

⁵¹⁶ Idem, ibidem, p. 14.

de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos”. A reversão dos bens para o concedente acha-se subentendida nesse dispositivo⁵¹⁷:

Art. 13. Findo o prazo do contrato, as autoridades, a quem competir, poderão contratar a conservação das obras, reduzindo as taxas de uso, e de passagem, com quem oferecer melhores vantagens.⁵¹⁸

No decreto especial seguinte, a reversão é mencionada nominalmente. Trata-se do Decreto nº 24, de 17 de setembro de 1835, que, autorizou o Governo a conceder “privilégio exclusivo de navegação à Companhia do Rio Doce”, e tratou das hipóteses de reversão:

Art. 9º. As taxas, que a Companhia estabelecer em seu benefício pelo trânsito das estradas, pontes, canais, ou pela navegação que lhe é privativa, serão consideradas interesse do capital nos primeiros 40 anos, reservando-se à Nação, passado esse prazo, o direito de remir as obras pelo valor e modo que for estabelecido a juízo de árbitros, ou de prorrogar o privilégio por mais outros 40 anos, findos os quais reverterão à Nação as mencionadas obras sem indenização alguma, obrigada a Companhia a entregá-las em bom estado.

Ocorre que, no Direito francês, de onde se hauriu o instituto da reversibilidade, por exemplo, uma dificuldade é que há poucos textos legislativos tratando do regime de bens na concessão. No entanto, a doutrina e jurisprudência têm tentado fornecer uma solução desde o final do século XIX. O Conselho de Estado estabelecerá, portanto, o início de categorização entre os de bens de *retour*, bens de *reprise* e bens próprios, classificação adotada até hoje⁵¹⁹.

Os bens de *retour* são os bens reversíveis, mas que já eram bens públicos desde o início e continuaram sendo; os de *reprise* são bens privados, mas que reverterão ao Poder Público para a continuidade de prestação do serviço, e os próprios são aqueles incorporados ao patrimônio da concessionária e que com ela continuarão após o advento do termo contratual⁵²⁰.

Essa classificação de inspiração francesa remete a outra questão. Ela diz respeito à propriedade dos bens reversíveis: Seriam eles públicos ou privados? Na lição da jurisprudência francesa, os bens reversíveis não precisam ser, necessariamente, públicos,

⁵¹⁷ PAULA, André Saraiva de. **Análise jurídica da política econômica**: possibilidade de aplicação ao controle dos bens, serviços e direitos vinculados aos serviços de telecomunicações. 2011. 154 f., il. Dissertação (Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios), Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 52.

⁵¹⁸ Lei de 29 de agosto de 1828, art. 13

⁵¹⁹ ROUSSEL, Carine. **La classification des biens dans les délégations de service public**. 2001. Disponível em: <http://ged.univ-valenciennes.fr/nuxeo/site/esupversions/f576012a-66bf-4986-82d3-943d1f6e97f1>. Acesso em 20.8.2016.

⁵²⁰ Cf. AUBY, Jean-Marie et al. **Droit administratif des biens**. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 202.

sendo suficiente que o regime desses bens seja tal que permita, de fato, a existência de garantias para a continuidade do serviço público⁵²¹.

Francisco Campos, com supedâneo nas lições de Otto Mayer, já afirmava que o capital do concessionário era propriedade particular, podendo ser transformado em instalações e materiais de acordo com sua conveniência e necessidade. Obviamente, trata-se de capital afetado ao serviço público, mas sem que o simples fato da concessão transfira a propriedade privada ao concedente.⁵²² Na mesma linha, se manifestava José Saboia Viriato de Medeiros, para quem a reversibilidade de bens não modificava a natureza jurídica deles. Entendia-a como uma condição aposta no contrato a um bem privado e, expirado o prazo convencionado, os bens de propriedade até então da concessionária iriam ao domínio do poder concedente.⁵²³ Carlos Medeiros Silva, em estudo sobre a reversão de bens, citou importante voto do Ministro Orosimbo Nonato sobre o tema, no qual afirmou que o fato de ser determinado bem destinado ao serviço público não o tornava bem público.⁵²⁴

Afrânio de Carvalho, também, já fazia diferenciação entre os bens da concessionária e os bens públicos, afirmando que “todos os preceitos, uns constantes de leis de direito público, outros de leis de direito privado, se articulam perfeitamente entre si, formando uma cadeia inquebrável dentro da qual se afirma a propriedade do concessionário”⁵²⁵. Esse equívoco de considerar públicos os bens da concessionária parte da “falsa premissa de que a reversão e o resgate são sinais de propriedade pública, quando, na verdade, o são de propriedade particular, como atrás se tirou a limpo. Seria um contrassenso estipular a reversão de bens ao Estado no fim da concessão, se, na vigência desta, os bens já fossem ... do Estado!”⁵²⁶.

Floriano Azevedo Marques sistematiza os bens da concessionária em três grandes grupos: (i) bens que são do domínio público e que são transferidos ao concessionário, sem que essa transferência implique mutação da titularidade (é o caso da estação de metrô); (ii) bens adquiridos pela concessionária ao longo da concessão, mas vinculados, essencialmente, à

⁵²¹ LACHAUME, Jean François et al. **Droit des services publics**. Paris: LexisNexis As, 2012, pp. 476-477

⁵²² SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público – Reversão – Fundo de amortização – Interpretação dos atos administrativos – Ilegalidade e abuso de poder – Instrumento público – Mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 454-470, jan. 1956, p. 458.

⁵²³ MEDEIROS, José Saboia Viriato. Concessão de serviço público – Natureza jurídica dos bens concessionário – reversão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 489-497, jan. 1953, p. 489.

⁵²⁴ SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público – Reversão – Fundo de amortização – Interpretação dos atos administrativos – Ilegalidade e abuso de poder – Instrumento público – Mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 454-470, jan. 1956, p. 458.

⁵²⁵ CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 22-46, jan. 1956, p. 14.

⁵²⁶ Idem, *ibidem*, p. 16.

prestação do serviço, razão pela qual, estando afetados à continuidade, sobre eles há um influxo de direito público, fazendo-os reverterem ao poder concedente ao final da concessão; e, por fim, (iii) bens privados da concessionária e que, não sendo essenciais à prestação do serviço, estão completamente submetidos ao regime privado.⁵²⁷

Tendo visto, portanto, ainda que breve e pontualmente, a origem histórica no Brasil dos bens reversíveis e a sua natureza privada (ao menos para a maioria da doutrina), resta entrar no ponto principal de estudo, que diz respeito ao conceito mesmo do que sejam os bens reversíveis e toda a celeuma regulatória que daí se seguiu.

3.4 A CONCEITUAÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS

É de sabença comum que o direito administrativo, pela ausência de codificação, resente-se de maior uniformização de seus institutos. Cada doutrinador, por exemplo, quando trata dos elementos ou atributos do ato administrativo, elenca alguns de sua preferência em detrimento de outros, utilizados por outros doutrinadores. Dessarte, não era de se esperar completa uniformidade na conceituação dos bens reversíveis. Apenas para exemplificar, para Cretella Júnior, reversão é “o instituto de direito público mediante o qual, finda a concessão, volta automaticamente para o domínio do Estado todo o material de instalação, bem como os bens públicos temporariamente cedidos ao concessionário”⁵²⁸

Tal conceituação levaria a um alargamento enorme dos bens reversíveis. Por isso, é mais comum, e consentâneo com a realidade, afirmar-se que os bens reversíveis são aqueles que, vinculados à prestação do serviço, impedem sua desorganização, tendo como objetivo permitir que o concedente possa continuar a explorar o serviço, finda a concessão⁵²⁹.

Floriano Azevedo Marques aponta três situações nas quais a reversão pode estar envolvida: (i) a reversão como instituto de devolução de bens; (ii) a reversão como vetor de auferição de bens; e (iii) a reversão como instituto para garantia da continuidade do serviço.

⁵²⁷ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 196.

⁵²⁸ CRETTELA JR., José. **Tratado de direito administrativo. Vol. III, p. 165**. Apud LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. São Paulo: RT, 1997, p. 128.

⁵²⁹ SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público – Reversão – Fundo de amortização – Interpretação dos atos administrativos – Ilegalidade e abuso de poder – Instrumento público – Mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 454-470, jan. 1956, p. 459.

O primeiro caso ocorreria quando os bens reversíveis são entregues pelo Poder Concedente à concessionária para que preste o serviço, retornando ao domínio do concedente após a expiração do termo contratual. O exemplo citado por Floriano Marques é o da concessão de rodovias *brownfield*, em que o uso de um bem público rodovia — é transferido à concessionária, mas o bem segue sendo público e sua posse deve retornar ao Poder Público ao final da concessão.

A reversão pode, também, ocorrer como “vetor de auferição de bens pelo Poder Concedente”, ou seja, como fator de aumento patrimonial do Poder Concedente. Em casos quietais, parte-se do pressuposto de que, para a prestação do serviço, é necessário, antes de tudo, que determinado bem público seja construído ou elaborado. Assim, esses bens, inexistentes quando da outorga da concessão, passarão ao domínio do Poder Concedente ao término do contrato administrativo. O exemplo que ele dá é o caso da concessão de uma rodovia *greenfield*, caso em que a concessionária deve proceder à construção de infraestrutura como pré-requisito à operação do serviço. Como exemplo, ele dá o caso da produção de energia elétrica com a construção e operação de uma usina hidrelétrica.⁵³⁰ Nesses casos, o bem construído ou fabricado deve, necessariamente, reverter para o patrimônio público, caso contrário ter-se-ia a inviabilização da prestação do serviço.

Em terceiro lugar, a reversão pode funcionar como “instituto para garantia da continuidade do serviço prestado em regime público”. Nesse caso, ela alcança os demais bens que a concessionária utiliza no prazo da concessão para prestação do serviço. Trata-se, é claro, de bens reversíveis, mas que são dotados de fungibilidade (diferentemente da rodovia construída), em outras palavras, não é necessário que determinado e específico bem seja empregado. Ou seja, esses bens, por sua natureza, possuem outras finalidades que não o emprego no serviço público. Tanto do ponto de vista do domínio quanto do da função por eles desempenhadas, poderiam ser normalmente, e sem ressaltos, privados. Entretanto, por estarem jungidos à continuidade do serviço público, mesmo que estejam na dominialidade privada, são funcionalmente públicos⁵³¹.

Nesse caso, portanto, a reversão ocorrerá à medida que o bem é necessário para a continuidade do serviço, e não como um vetor de aumento patrimonial do Poder Concedente.

⁵³⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Parecer sobre reversibilidade de bens no STFC**, 2015, mimeo, p. 21.

⁵³¹ Idem, *ibidem*, p. 23.

Estando o bem afetado ao serviço, ou à continuidade do serviço, para ser mais precisamente, ele é um bem reversível.

Tal concepção vai ao encontro de mudanças na noção de propriedade, inclusive dos bens públicos, nos últimos anos. Citem-se duas que interessam mais diretamente ao presente trabalho:

- a) crescente *desmaterialização* da noção de riqueza⁵³², correspondente a um predomínio do valor do uso sobre o valor da simples comutação;
- b) maior *funcionalização* da propriedade, manifestada na crescente atenção do direito para com a finalidade a ser cumprida no emprego dos bens⁵³³. Especificamente com relação à *funcionalização da propriedade*, ela foi definida por Floriano Marques Neto como “a crescente atenção do direito para com a finalidade a ser cumprida pelo emprego de bens, públicos e privados, e que tem como fator mais patente a adstrição dos bens à função social”⁵³⁴.

Essa última concepção é a que predomina nos meios jurídicos, ou seja, afirma-se, comumente, que os bens reversíveis são aqueles que desempenham uma função na concessão, a de assegurar a continuidade do serviço, como se vê nas citações reproduzidas nas notas de rodapé⁵³⁵⁵³⁶⁵³⁷⁵³⁸⁵³⁹.

⁵³² Cf. MENZEL, Ulrich. La revolution pos industrial: tercerización y desmaterialización de la economía. **Revista D+C Desarrollo y Cooperación**, Frankfurt, n. 5, 1995, p. 56-78.

⁵³³ BASTOS, Celso Ribeiro et al. **As tendências do direito público no limiar do novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 374.

⁵³⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Bens Públicos, Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p 389.

⁵³⁵ “A reversão compreende os bens de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. [...] Os bens, moveis ou imóveis, estranhos à destinação do contrato, são do patrimônio privado da concessionária que deles pode dispor livremente. [...] a razão de reverterem ao concedente, indiscriminadamente, todos esses bens, está em que o que reverte, não são propriamente esses, senão o serviço concedido, serviço publico de execução subrogada no concessionário e que este, finda a concessão, terá de devolver organizado e aparelhado, como um todo, em ponto de poder ser prestado continuamente pela Administração ou mediante nova delegação desta a terceiro. Dai decorre, obviamente, que os bens que possua a concessionária, não vinculados à prestação do serviço, não reverterem, o que seria uma obrigação sem causa, um enriquecimento ilícito”. Cf. NUNES, Castro. Parecer: Concessão de Serviço Público – Reversão – Fundo de Amortização – Publicidade de Atos Administrativos – Poder de Polícia – Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 42, p. 457-458, outubro a dezembro de 1955).

⁵³⁶ “[a] reversão, como a própria palavra indica, é o retorno do serviço ao concedente, ao término do prazo contratual da concessão. (...) a reversão só abrange os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. Os demais, não utilizados no objeto da concessão constituem patrimônio privado do concessionário, que deles pode dispor livremente, e, ao final do contrato, não está obrigado a entregá-los, sem pagamento, ao concedente. Assim é porque a reversão só atinge o serviço concedido e os bens que asseguram a sua adequada prestação”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 351.

⁵³⁷ “Serviços de bondes do Distrito Federal; reversão à Prefeitura dos bens da companhia, sua concessionária; somente são reversíveis aqueles vinculados, próprios ou afetos à execução do serviço concedido, na

De toda forma, é preciso deixar bem vincado, como já se disse, que os bens reversíveis são não (necessariamente) públicos, mas podem sim ser bens particulares, caracterizados por um instituto especial: o da afetação ao serviço público. Trata-se de uma espécie de “titularidade privada de coisas públicas”, não ao modo de propriedade, mas pela funcionalidade; afetação não traduz, portanto, título de propriedade, mas de potestade sobre a coisa. Segundo Gaspar Ariño Ortiz, esta é a concepção mais condizente com a atual forma de atuação do Estado, qualificando bens com um regime misto para consecução das tarefas necessárias, entrecruzando-se uma feição pública (a vinculação ao serviço, que está submetida ao direito público) e outra privada (o regime jurídico geral do bem, no qual não interfira tal situação). Na sua visão, a afetação se insere entre os deveres de *facere* ou *praestare*, constituindo-se numa vinculação de conteúdo positivo que tem natureza de obrigação e de sujeição⁵⁴⁰

O mesmo autor traz os seguintes efeitos jurídicos dessa situação de “afetação”, entre outros⁵⁴¹:

- A imobilidade dos bens em relação ao serviço;
- A perda por seu proprietário do *ius disponendi*: proibição de cessões, alienações, arrendamentos etc., (no caso da concessão, ao menos sem autorização do Poder Concedente);
- A obrigação de conservação e manutenção em bom estado, sob as ordens da administração;

conformidade do respetivo contrato, esclarecido por 'termos de acordo' posteriores; os adquiridos, portanto, pela concessionária, por aplicação de seus recursos, sem aquela destinação, são de sua livre propriedade e, consequentemente, não reversíveis. Se a reversão estabelecida significa, ou implica, a do serviço concedido, a inteligência a dar à cláusula respectiva, quanto à devolução dos bens da concessionária é de que tais bens são aqueles vinculados, próprios ou afetos à execução do serviço concedido, de forma a assegurar que ela volta ou reverta ao poder concedente devidamente aparelhado”. Cf STF, RE 32.8651 DF, 24 T., Rel. Min. Edgard Costa, j. 28.8.56.

⁵³⁸ "Administrativo. Ação Popular. Prestadora de Serviço Público de Telefonia. Escritório Administrativo já desativado. Alienação bem reversível. Conceito, (...) 2.4 Vê-se que o bem alienado continuar como bem reversível, ainda que fora de uso não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço" Cf. STJ, AgRg no REsp 971.851, 2 L, Rel. Min. Castro Meira, DJE 08.09.2008.

⁵³⁹ “A afetação de bens ao serviço verifica-se na data da reversão não abrangendo bens que, por desnecessários, ou obsoletos, ou por conveniência do concessionário, forem desvinculados do domínio da concessão. Não pode o concedente impedir que o concessionário desvincule qualquer bem utilizado na exploração do serviço de uma vez que sobre o patrimônio do concessionário não tem direito algum derivado de eventual e futura aquisição de propriedade.” Cf. Apelação Cível nº 41.248, Relator Ministro Carlos Madeira. Acórdão publicado na Revista de Direito Administrativo – RDA/145-64).

⁵⁴⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, maio 2013, p. 17-18.

⁵⁴¹ Idem, ibidem, p. 18.

- A ação de ofício para que a administração recupere a posse sobre eles, e isto ainda que sem a vontade de seu dono, e qualquer que seja o título pelo qual se separou (venda, arrendamento, execuções etc.);

A questão da afetação do bem é extremamente importante, uma vez que, na visão funcionalizada dos bens, não importa tanto a titularidade dele quanto a função que é desempenhada no contexto do serviço. Ou seja, quando se afirma que tal bem é reversível e está afetado à prestação do serviço, não necessariamente se quer dizer que esse bem é público, nem mesmo que é de titularidade da concessionária; ele pode muito bem ser de um terceiro privado, mas que, por um acordo com a concessionária, está sendo utilizado para a prestação do serviço. Isso reforça que o fundamento da reversão é a continuidade do serviço e não eventual patrimonialidade do bem. Essa a posição da doutrina e da jurisprudência majoritárias, ao menos.

Essa visão pode trazer uma consequência jurídica relevante: ela implica que, estando o bem funcionalmente afetado à continuidade, essa afetação é que continua sendo necessária, depois do fim da concessão, independentemente da propriedade do bem. Ou seja, a reversão não deve implicar, necessariamente, a transferência da propriedade do bem reversível para o Poder Concedente, mesmo porque a concessionária pode utilizar bens de terceiros na viabilização do serviço. Assim, Floriano Marques Neto entende que os contratos que formalizem a utilização de bens de terceiros na concessão devem estipular cláusula prevendo a manutenção do pacto firmado ao término de seu prazo, sub-rogando ao poder público ou ao novo concessionário os efeitos deles, assegurando-se, assim, plenamente, a continuidade da prestação do serviço, sendo alcançado o objetivo da reversão.⁵⁴²

3.5 O CONTEXTO DOS BENS REVERSÍVEIS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES – A PRESTAÇÃO, EM REGIME PÚBLICO, NO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO

O serviço de telefonia fixa, que recebe no Brasil a denominação técnica de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), ganhou do legislador destacada relevância no âmbito das

⁵⁴² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Parecer sobre reversibilidade de bens no STFC**, 2015, mimeo, p. 26.

telecomunicações. Cumpre, prefacialmente, e em breves linhas, situar esse serviço dentro da sistemática adotada pela Lei nº 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Antes de se adentrar no tema específico deste tópico, deve-se recordar que descabe falar em um único regime de concessão aplicável a todos os serviços públicos, já que, como defende Floriano Azevedo Marques, o regime jurídico da concessão dependerá do objeto concedido.⁵⁴³ Especificamente quanto aos bens reversíveis, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também defendem a impossibilidade de uma teoria geral, devendo ser analisado cada setor separadamente⁵⁴⁴.

Em 1995, foi ab-rogado constitucionalmente o monopólio estatal do setor de telecomunicações. A CF de 1988, em sua redação original, previa que os serviços de telecomunicações seriam prestados por empresa estatal. Com a Emenda Constitucional nº 8/1995, abriu-se a possibilidade de que a prestação do serviço ocorresse por meio de sua delegação a concessionária, permissionária e autorizada de capital privado. Decidiu-se, com esteio na referida Emenda, que seria promovida a privatização do setor, com a venda da participação da União nas empresas, e ocorreriam licitações de novas outorgas para operação de serviços de telecomunicações.

Era necessário, contudo, fazer uma reestruturação da regulamentação do setor para que se adequasse à entrada de entidades privadas e do surgimento da competição. O Plano Geral de Outorgas (Decreto nº 2.534/1998) previu que a concessão pública para exploração do STFC fosse outorgada em 1998 para uma empresa em cada uma das regiões em que foi dividido o Brasil. Após o Leilão de privatização, o resultado foi o seguinte: a Telemar ficou responsável pela Região I (RJ, MG, Nordeste e parte do Norte), a Brasil Telecom pela Região II (Sul, Centro-Oeste e parte do Norte), a Telesp pela Região III (Estado de São Paulo) e a Embratel pela Região IV (Brasil inteiro). Essas as concessionárias de telefonia fixa, com obrigações de universalização e continuidade, por um lado, e legatárias dos antigos clientes das estatais e de suas redes, por outro⁵⁴⁵.

⁵⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 158.

⁵⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149.

⁵⁴⁵ É preciso lembrar que a prestação do STFC em regime público também pode se dar por permissão. Na sistemática de telecomunicações, isso somente pode ocorrer diante de situação excepcional que comprometa o regular funcionamento do serviço e que, em virtude de peculiaridades momentâneas, não possa ser prestado mediante outorga de outra concessão. Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. **As Novas Tendências na Regulamentação do Sistema de Telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 77.

Ocorre que, além dessas quatro operadoras, foram expedidas autorizações também para as chamadas “empresas espelhos” — uma para cada região — como tentativa de incentivar alguma competição na telefonia fixa. Dessa forma, a Vésper tornou-se a “espelho” da Região I, a GVT, da Região II e a Vésper São Paulo, da Região III. Na Região IV, Intelig ficou operando.

Formou-se, assim, um regime de duopólio em cada região do PGO. O objetivo dessa regra era duplo: em primeiro lugar, aumentar a atratividade da concessão e estimular o investimento nela, já que, tendo recebido pesadas obrigações de universalização, não veria ampla competição nos nichos mais rentáveis do mercado; em segundo lugar, estimular a entrada da empresa espelho e o investimento nela, pois seria a única competidora do antigo monopolista do STFC, em regime privado, atuando com mais liberdade e menos obrigações. De passagem, tratar-se-ia de aplicação concreta do princípio da distribuição das cargas públicas no direito administrativo, com obrigações mais pesadas àqueles que, inicialmente, receberam os maiores benefícios⁵⁴⁶.

A Brasil Telecom, a Telemar e a Telesp foram autorizadas a prestar, inicialmente, apenas o STFC local e longa distância intrarregional, ou seja, dentro de suas respectivas regiões de concessão, não podendo atuar fora delas. A Embratel e a Intelig, por sua vez, ficaram responsáveis pela exploração do STFC longa distância intrarregional, interregional e internacional, em todas as regiões do PGO.

Apresentam-se, a seguir, as principais disposições do PGO sobre o tema:

Art. 9º A desestatização de empresas ou grupo de empresas, citadas no art. 187, da Lei nº 9.472, de 1997, implicará, para a respectiva Região, a imediata instauração, pela Agência Nacional de Telecomunicações, de processo licitatório para:

I – relativamente às Regiões I, II e III, expedição, em cada Região, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço local e do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional;

II – relativamente à Região IV, expedição, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço de longa distância nacional de qualquer âmbito e do serviço de longa distância internacional.

⁵⁴⁶ VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 154-155.

O regime de duopólio, contudo, durou pouco. De fato, o PGO previa que duraria somente até o dia 31 de dezembro de 2001.

E duas foram as vertentes pensadas para se introduzir ainda mais a competição no mercado de telefonia fixa: 1) possibilitar que qualquer um que preenchesse determinadas condições objetivas e subjetivas obtivesse autorização para prestar o serviço; 2) permitir que as concessionárias, antes limitadas à atuação dentro de sua própria região, passassem a atuar também nas regiões das outras, agora como autorizadas, podendo alavancar seu poder econômico para fazer concorrência nos mercados dominados por outras concessionárias.

Esse último caso, contudo, somente poderia ocorrer caso a concessionária tivesse antecipado as obrigações de universalização, anteriormente previstas para dezembro de 2003. Vejam-se as disposições pertinentes:

Art. 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997. [...]

§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.

Mesmo antes, no regime de duopólio poderia haver expedição de autorização para outros *players* (chamadas de “espelinhos”) naquelas localidades em que não houvesse previsão de atendimento pelas concessionárias ou autorizadas até 2001. Ou seja, nessas localidades, ou haveria um monopólio (somente da autorizada “espelinho”) ou um duopólio (concessionária e autorizada “espelinho”):

Art. 12. A Agência Nacional de Telecomunicações, em observância aos princípios de universalização e competição, poderá, mediante licitação, outorgar concessão ou expedir autorização para prestação dos serviços de que trata o art. 1º, em áreas específicas, onde concessionária ou autorizada, da respectiva Região, não tenha previsão de atendimento até 31 de dezembro de 2001.

Esse, portanto, o cenário do mercado de STFC local quanto aos *players* nos seus momentos iniciais. Tal panorama é importante para se ter em vista duas consequências bastante relevantes para o setor de telecomunicações.

A primeira é que, conquanto muito se tenha preocupado com a introdução da competição e o início das operações do serviço, pouco se cuidou do evento que estaria do outro lado do espectro: o termo final da prestação do serviço. Isso terminou por gerar pouca atenção aos bens reversíveis no começo da prestação privatizada dos serviços, pouca fiscalização, baixíssima densidade normativa sobre o tema, controle frouxo das “listas de bens reversíveis” etc. Esse será um dos vieses de crítica aos bens reversíveis (e à própria Anatel) por alguns interlocutores, entre eles o TCU.

Ademais, a introdução da competição no regime público representou um distanciamento razoável das práticas e da teoria até então presentes no ordenamento nacional. Vitor Schirato mostra que, na concepção tradicional, serviço público e exclusividade de prestação estatal estiverem, normalmente, jungidas. A razão disso seria tributária de uma visão de que os serviços públicos, em sua própria essência, implicam uma restrição ao direito fundamental da livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência, por ser exclusividade do Estado e, por conseguinte, uma restrição ao princípio da livre concorrência⁵⁴⁷.

A conclusão parcial a que se quer chegar aqui é: a introdução da competição num serviço prestado em regime público não se fez acompanhar de outras flexibilizações no regime de prestação do serviço. Tem-se, portanto, um cenário no qual velhas e novas concepções do serviço público se misturam, num amálgama de regras que gerará, juntamente a outras circunstâncias, um problema de “sustentabilidade” da concessão, um dos vieses de crítica aos bens reversíveis.

Resta agora, estudar o cenário regulamentar dos bens reversíveis e as decisões administrativas da Anatel sobre o tema, para em seguida aprofundar-se nas críticas e na solução proposta, baseada na Regulação Responsiva.

3.6 O CENÁRIO REGULAMENTAR DOS BENS REVERSÍVEIS – NORMAS E DECISÕES DA ANATEL

⁵⁴⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 22.

Em relação ao marco regulatório dos bens reversíveis, desde a propositura do Projeto de Lei que veio a ser convertido na Lei Geral de Telecomunicações, a ideia da reversibilidade como função da continuidade já estava patente, como se vê na mensagem de seu encaminhamento: “os institutos da desapropriação, servidão e reversão de bens, como mecanismos jurídicos de que a Agência pode lançar mão para assegurar a continuidade da prestação dos serviços”⁵⁴⁸.

O artigo que trata da reversão dispõe:

Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

A doutrina especializada, comentando o tema, já entendia, há muito, que a reversão abrangia os “bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço”, ou seja, no caso de bens da concessionária não utilizados no serviço, não haveria que se falar em bens reversíveis, mas sim de patrimônio privado da concessionária, que dele poderia dispor livremente.⁵⁴⁹

Por seu turno, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), aprovado pela Resolução nº 447/2006 da Anatel caminha na mesma linha, definindo os bens reversíveis em função da continuidade, como se lê: “equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público” (inciso art. 3º, IV). O mesmo regulamento concede a possibilidade de utilização de bens de terceiro, ou seja, de bens que não integrem o seu patrimônio, mas, nesse caso, a concessionária deve fazer constar “cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los

⁵⁴⁸ BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de Motivos n. 231**. Brasília: DOU, 10 de dezembro de 1996, p. 55.

⁵⁴⁹ ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo Direito de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 82.

e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito da Agência sub-rogar a outros” (art. 12).

Ademais, a Resolução Anatel nº 447/2006 cria uma série de obrigações para os concessionários de telecomunicações em relação aos bens e contratos utilizados na prestação de serviços, obrigações estas que serão implementadas por meio da manutenção de um Inventário (art. 4º), de uma Relação de Bens Reversíveis (RBR) (art. 5º) e da apresentação de uma relação dos bens e serviços contratados com terceiros (art. 6º), bem como anuência prévia para venda.

O Inventário é o “documento em que se acham *registrados os bens e direitos integrantes do patrimônio da Prestadora contendo*, no mínimo, a descrição com o número de patrimônio, *qualificação (reversível ou não)*, situação (onerado ou não), localização, utilização, estado de conservação, custo histórico atualizado e depreciado e, no caso de bens móveis, nome do fabricante, modelo e série de fabricação”. Vê-se, portanto, que se trata de processo bastante oneroso.

O Contrato de Concessão, por sua vez, trata de definir quais são os bens vinculados à concessão são definidos nos seguintes termos:

Cláusula 22.1. Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária, bem como de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros, e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 01 – Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional. [...]

§ 2º Integram também o acervo da concessão as atividades e processos necessários à prestação do STFC em regime público, objetivando a preservação da continuidade do serviço, levando em consideração a essencialidade desses itens e as constantes mudanças tecnológicas inerentes a sua prestação.

Por fim, a Cláusula 22.1, §4º dispõe que se houver risco à continuidade dos serviços ou impedimento da reversão dos bens vinculados à concessão, a Anatel poderá negar autorização para utilização de bens de terceiros ou exigir que o respectivo contrato contenha cláusula pela qual o proprietário se obriga, em caso de extinção da concessão, a manter os contratos e em sub-rogar a Anatel nos direitos dele decorrentes.

Assim foi que o art. 93, inciso XI, da Lei Geral de Telecomunicações determinou que o Contrato de Concessão indicasse os bens reversíveis, se houvesse.

A Anatel regulamentou o dispositivo legal por meio da Resolução nº 447/2006, como se viu. Acontece que a implementação das previsões legais e regulatórias acerca dos bens reversíveis se deu com vários percalços e solavancos.

O primeiro deles diz respeito à própria abrangência do que sejam os bens reversíveis. De fato, os serviços de telecomunicações possuem algumas peculiaridades que tornam complexa a aplicação aparentemente simples dessas disposições. O fato é que o instituto dos bens reversíveis foi pensado em outro contexto, o de serviços muito mais simples, em que havia uma clara associação entre serviço prestado e sua infraestrutura. Por isso, entende-se que Diógenes Gasparini desse como exemplo de bem reversível o bem utilizado para a execução e exploração do serviço de travessia de um rio por meio de balsa. Com o fim do termo de prestação do serviço, retornaria “o barco de propriedade pública utilizado nos serviços de apoio ao de travessia e na manutenção dos equipamentos aplicados na prestação desse serviço”⁵⁵⁰.

Sempre houve certa dificuldade em se caracterizar quais eram os bens reversíveis da concessão, o concessionário propugnando por uma lista reduzida de bens e o poder concedente por uma lista mais completa. A lista com os bens reversíveis, divulgada no site da Anatel, consta de dezenas de milhares de páginas⁵⁵¹. O custo não é só para as empresas de elaborar a listagem, mas também para a Anatel controlá-las.

O advento da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões) parecia colocar uma pá de cal nas discussões, pois exigia que o edital de licitação e o contrato de concessão tratassem dos bens reversíveis, aumentando a segurança jurídica dos participantes na licitação, que saberiam de antemão quais os bens reversíveis, não mais se perdendo tempo e dinheiro com discussões jurídicas e administrativas acerca desses bens.

A LGT, da mesma forma, afirmou que os bens reversíveis deveriam estar previstos no Contrato de Concessão, seguindo a mesma linha da Lei das Concessões. Tudo parecia, portanto, estar de acordo com as melhores práticas. Cite-se, ainda, o Agravo Regimental no Resp nº 971851, que defende, da linha do quanto exposto neste trabalho, que somente os bens necessários à continuidade do serviço é que reverterem. Veja-se a ementa a seguir:

⁵⁵⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 332-333.

⁵⁵¹ <http://www.anatel.gov.br/dados/index.php/telefonica-fixa/telefonica-fixa>. Acesso em 30.11.2016.

EMENTA ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO. 1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os "equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público" (grifo nosso). 2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço. 3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95. 4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível. 5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis – RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá incluir neste rol outros bens não informados pela Prestadora. 6. Na espécie, ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, como bem reconhece o aresto recorrido, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do imóvel controvertido nesta ação popular. 7. Agravo regimental não provido”. Nesse acórdão, inclusive pelo teor da própria ementa transcrita, verifica-se que se adentrou na questão da definição dos bens reversíveis. O STJ se fundamenta na Resolução nº 447, de 19.10.2006, que aprovou o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis.

O caso chegou ao STF, mas a decisão permaneceu inalterada:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. ALIENAÇÃO DE BEM NÃO AFETADO AO SERVIÇO. ALEGADA REVERSIBILIDADE. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE FATOS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SUFICIÊNCIA DOS FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS DA CAUSA. ÓBICE DOS ENUNCIADOS 279, 282, 283, 356 E 454 DA SÚMULA DO STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 602931 AgR / SC – SANTA CATARINA AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. Joaquim Barbosa Julgamento: 01/02/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma).

No entanto, algumas particularidades do setor de telecomunicações tornaram cada vez mais difícil a aplicação desse ponto tão consensual da doutrina. Ora, a administração dos bens de uma concessão de serviço de telecomunicações é algo muito mais complexo do que em alguns serviços tradicionais. E isso por dois motivos, basicamente.

O primeiro é que os bens são, em si mesmos, mais complexos, já que os elementos que compõem as redes de telecomunicações são muito mais sofisticados do que balsas para atravessar um rio. Dizer quais desses bens são “essenciais” ou “efetivamente vinculados” à prestação do serviço é um processo extremamente difícil, laborioso, caro, sujeito a muita litigância.

Em segundo lugar, o setor de telecomunicações, ao contrário de muitos outros, e provavelmente mais do que qualquer um deles, está sujeito a contínuas mudanças e progressos tecnológicos. Isso tem como consequência a necessidade de constante atualização de redes e equipamentos. Portanto, mesmo depois que tais ou tais bens sejam definidos como reversíveis, é muito provável que eles sejam substituídos rapidamente, o que pode demandar novo processo de análise.

A complicar ainda mais a situação, sabe-se que os bens utilizados pelas concessionárias para a prestação do STF não mais se restringem a apenas esse serviço, mas dão suporte a outros também. Comentando sobre essa situação, Floriano Azevedo Marques afirma se trata dos “bens multisserviços”, que estão afetados à prestação do STFC em regime público, por um lado, mas, por outro, são utilizados para prestação em serviços submetidos ao regime privado.⁵⁵² No primeiro caso, haveria incidência das regras de reversibilidade; no segundo, não.

Diante dessa situação fática, três soluções se desenham:

(i) Poder-se-ia propugnar pela integral reversão desses bens à União, o que poderia criar problemas pelo impacto que traria nos outros serviços e também pelo valor ainda não amortizado que deveria ser pago pelo ente estatal;

(ii) Deve reverter à União somente o direito de uso desses bens, como expressamente autorizado pelo artigo 102 da LGT, ao mesmo tempo solucionando o problema da continuidade (franqueando à União a possibilidade de seu uso) e não ocasionando perturbações nos outros serviços, que poderiam continuar a ser explorados.

(iii) A reversão somente deve ocorrer em cima de fração do bem que é utilizado para o serviço público, havendo uma situação de copropriedade. Segundo Floriano Azevedo Marques, poder-se-ia solucionar o problema com atribuição de “direito real fracional” sobre bens com uso múltiplo “tanto para (i) o STFC prestado em regime público (e que portanto,

⁵⁵² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Parecer sobre reversibilidade de bens no STFC**, 2015, mimeo, p. 85.

reverte ao final da concessão), por parte da União; como para (ii) outras atividades prestadas em regime privado (nas quais inexistente o conceito de reversão), por parte da concessionária”, tendo como resultado, também, uma indenização mais reduzida do que a que ocorreria com a reversão integral do bem⁵⁵³.

Mas, mais do que as normas em si mesmas, é preciso indagar como a Anatel, por seu Conselho Diretor, intérprete máximo de suas normas no âmbito administrativo, considerou ao longo do tempo a questão.

3.6.1 Posição da Anatel sobre os bens reversíveis

A Anatel começou a tratar da reversibilidade de bens na concessão desde os idos de 2001, na Análise nº 006/2001, do Gabinete do Conselheiro Antônio Valente. Nela a Anatel pondera, ainda sobre os termos do Serviço Móvel Celular, então operado como concessão, que “os bens reversíveis são definidos como aqueles essenciais à continuação do serviço”, tais como antenas, transceptores etc. Mencione-se, outrossim, no mesmo ano, o caso da solicitação pela Telesp para “terceirização de atividades de processamento de dados e alienação de bens associados a essas atividades e de imóvel que abrigava uma central telefônica” (Análise nº 061/2001 – Gabinete do Conselheiro Luiz Perrone). O Conselheiro relator, no que tange à alienação de bens para esse fim, afirmou que “na escritura de compra e venda do imóvel seja inserida cláusula contendo o ônus da reversão imposta à área onde se encontra implantada a central telefônica, inclusive, quanto a alienações sucessivas. Assim fica assegurada a reversibilidade de bem gravado no Contrato de Concessão e, conseqüentemente, garantida a continuidade dos serviços”. Em 2009, outra concessionária solicitou autorização para alienação de bem imóvel, o qual foi concedida por ser o bem “dispensável à continuidade e atualidade do serviço prestado em regime público”.⁵⁵⁴ Finalizando essa linha de precedentes, cite-se o caso, em 2010, em que se fez a distinção entre⁵⁵⁵ “quais imóveis seriam essenciais à prestação do SIFC ou seja, quais seriam hospedeiros de infraestrutura indispensável ao SIFC e quais seriam hospedeiros de prédios administrativos”.

Os precedentes sobre bens reversíveis continuaram nessa linha até aproximadamente o ano de 2011, quando se começou a alterar o entendimento antes exposto. Um caso ilustrativo

⁵⁵³ Idem, *ibidem*, pp 87-88.

⁵⁵⁴ Análise nº 645/2009-GCER.

⁵⁵⁵ Análise nº 513/2010/GCAB.

é o do pedido de reconsideração interposto da Telemar Norte Leste (atual Oi) contra decisão da Anatel que lhe havia aplicado multa por onerar um bem imóvel sem autorização da Agência. Eis as palavras do relator do caso ⁵⁵⁶:

Quanto ao argumento da empresa de que os imóveis em que estariam localizados os equipamentos de telefonia que, segundo entendimento da Telemar, seriam os únicos bens essenciais à prestação do STFC, dada a indispensabilidade desses bens para a prestação do serviço, entendo que tal argumento não merece prosperar. Isso porque a argumentação da empresa não prevê o fato de que se vier a perder o imóvel em que os equipamentos estão localizados, deverá efetuar adaptações em sua rede, o que poderá causar interrupções no serviço considerado essencial, afetando, por conseguinte a continuidade do STFC. Ademais, a condição de reversível ou não foi definida pela Administração Pública e somente a esta caberá dizer se tal bem deixou de ter tal condição. Não é demais destacar que no próprio Regulamento de Controle de Bens Reversíveis consta a reversibilidade de bem imóvel.

Essa visão caminha no sentido de afirmar que o patrimônio da Concessionária que seja utilizado, de uma forma ou de outra, para a prestação do serviço, é reversível. De forma semelhante, decidiu-se em outro caso de ano de 2001, que o “fato de existir no imóvel infraestruturas e equipamentos que são indispensáveis à prestação do STFC [...], implica, necessariamente, que o imóvel, enquanto abrigar esses equipamentos, deve ser considerado bem reversível, nos termos do Contrato de Concessão”.

De forma mais clara ainda, a visão patrimonialista encontra-se na Análise nº 329/2012, também do Conselheiro Jarbas Valente, segundo o qual “é em razão da necessidade de garantia da continuidade na prestação do serviço, além da de evitar a dilapidação do patrimônio, que existe a vedação da oneração de bens reversíveis sem anuência prévia da Anatel”. Torna-se cada vez mais patente a linha argumentativa, de vinculação da continuidade da prestação do serviço com o patrimônio da concessionária (evitar a dilapidação).

O caso paradigmático e que consolidou es visão na Anatel foi relatado pelo Conselheiro Rodrigo Zerbone⁵⁵⁷. Seu argumento principal girou em torno da importância do bem para o valor econômico da concessão de longo prazo⁵⁵⁸. Assim, a partir de 2012, começou a imperar na Anatel, mais claramente, a concepção patrimonialista da concessão,

⁵⁵⁶ Análise nº 307/2001, do Gabinete do Conselheiro Jarbas Valente.

⁵⁵⁷ Análise nº 131/2012.

⁵⁵⁸ Análise nº 131/2012-GCRZ, de 09/03/2012. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=274096>>

afetando a classificação de bens reversíveis, independentemente da função real desempenhada pelo bem na concessão.

Destarte, a reversão, nessa visão, está jungida ao patrimônio da concessionária, e não à necessidade de se cumprir o postulado da continuidade. O caso tratava justamente da venda de uma sede administrativa da empresa Telefônica, concessionária de STF no Estado de São Paulo (o conhecido caso Martiniano, no setor), que terminou sendo vetada pela Anatel. O viés patrimonialista ficou claro, ainda, quando a Procuradoria pretendeu limitar o uso de bens de terceiros pela concessionária, alegando risco de despatrimonialização. Ademais, segundo o consignado na própria decisão da Anatel, devem-se avaliar os bens da concessionária sob dois pontos de vista: um funcional e outro patrimonial, é dizer, deve-se considerar a “natureza, função e relevância do bem” juntamente à relevância econômica original do bem para a “atratividade da concessão” e os “efeitos da evolução patrimonial sobre a eficiência da concessão e sobre a modicidade tarifária”.

Já em 2015, o conselheiro Igor Freitas propôs uma revisão dos critérios adotados pela Anatel para classificação dos bens reversíveis. Por meio da Análise nº 5/2015-GCIF, de 6/3/2015⁵⁵⁹, entendeu que a reversibilidade está indissociavelmente ligada à imprescindibilidade para a prestação do serviço concedido e que bens puramente administrativos não são necessários para a continuidade do serviço, descabendo falar em reversão desses ativos. Até o presente momento, uma definição final ainda não foi tomada, estando em curso na Agência uma avaliação pela área técnica.

3.7 QUATRO APRECIÇÕES CRÍTICAS

Diante desse cenário de incertezas e mudanças repentinas de entendimento, sem um claro embasamento ou mesmo uma alteração legislativa para tanto, levantaram-se algumas críticas à sistemática dos bens reversíveis ou ao modo de proceder da Anatel em sua classificação.

3.7.1 Violação do princípio da eficiência e da segurança jurídica

⁵⁵⁹ <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=324951>. Acesso em 8.12.2016.

O primeiro tipo de crítica que se faz aos bens reversíveis é de que sua existência é pouco eficaz e não assegura necessariamente a continuidade, porque só reverte o que é inútil ao Poder Concedente; sua existência é, também, cara, tanto por conta do dispendioso controle necessário quanto pelo fato da existência da indenização dos bens não amortizados; por fim, argumenta-se que eles geram insegurança jurídica, pois a celeuma em torno de sua delimitação tende a levar a um enfrentamento administrativo e judicial constante entre Concedente e Concessionária.

Oswaldo Aranha Bandeira de Melo⁵⁶⁰, em trabalho sobre o tema, afirmou que a reversão de bens apresenta os seguintes inconvenientes:

- a) ao término da concessão, deve estar todo o capital amortizado e, se o prazo não for bastante longo, as tarifas para se conseguir tal fim precisam ser bem altas;
- b) dificulta a renovação do aparelhamento quando próximo o termo da concessão;
- c) faz com que as vantagens da reversão sejam auferidas por geração que não pagou as tarifas, compreendendo contraprestação do serviço mais amortização do capital;
- d) favorece disputa entre concedente e concessionário, para compelir a este que mantenha o aparelhamento, nos últimos anos da concessão, em bom estado, dando-lhe conservação adequada, sendo, muitas vezes, aquele obrigado a medidas coercitivas para tal.

Conclui afirmando que “disso resultam: tarifas altas com serviço de padrão baixo e sem qualquer vantagem com a reversão, pois os materiais voltam ao poder público em condições de grande depreciação, quase inúteis”⁵⁶¹.

Uma das mais fortes críticas à reversão é de que, frequentemente, só reverte ao Poder Concedente o que é inútil, algo que se agrava ainda mais com o problema da obsolescência da

⁵⁶⁰ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, jan. 1953, p. 10.

⁵⁶¹ Idem, ibidem, p. 10.

tecnologia⁵⁶². Assim é que, ao final da concessão, para que não haja pagamento de indenização à concessionária, os bens reversíveis devem estar totalmente amortizados. Se não estiverem, e provavelmente não o estarão, dada a dinâmica de substituição dos bens por obsolescência tecnológica, depreciação, necessidade de aumento de capacidade na prestação do serviço, por exemplo, tem-se que é altamente provável haver litigância entre concessionária e poder concedente acerca do valor da indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados.

Mas também muito se discutiu acerca da difícil caracterização dos bens reversíveis, ou mesmo a amplitude de sua natureza jurídica, gerando insegurança jurídica. Digladiam-se, em especial, e como já visto no debate travado na Anatel e mesmo na conceituação de bens reversíveis, duas correntes principais: a patrimonialista, que o enxerga como vetor de crescimento do patrimônio do Estado, e a funcionalista, que defende a reversibilidade somente para os bens afetados à continuidade do serviço.

É possível afirmar que a concepção patrimonialista do regime jurídico da reversibilidade de bens encontra eco nos primórdios do instituto. Isso porque, ao firmar o contrato, a concessionária, usualmente, recebia com ele um conjunto de bens necessários à sua prestação. Portanto, a concepção que se tinha era de que os bens empregados na prestação do serviço público constituíam, por assim dizer, “patrimônio do próprio serviço público”. O título formal de propriedade era do concessionário, mas, na sua contabilização técnica, eram considerados ativos do próprio serviço, que deveriam ser revertidos ao Poder Concedente, ao final da prestação⁵⁶³.

Entretanto, deve ficar claro que a reversão de bens é, antes de tudo, opção legal/regulatória. Carlos Ari Sunfeld dá como exemplo o caso das frotas de ônibus nos

⁵⁶² “Em muitos casos, as instalações e aparelhagens entregues ao Governo, ao fim das concessões, estavam em tão precárias condições de conservação e tantos consumidores já tinham desistido do serviço, em vista de sua inferior qualidade, que o funcionamento ulterior pelo Governo foi julgado impraticável e tais serviços foram completamente abandonados. Realmente, só reverte o inútil. Tudo que tem valor, tudo que pode ser alienado, transferido a concessionária transforma em dinheiro, para reforço da sua receita. E' o que se verifica em relação ao patrimônio imobiliário da empresa. Foi adquirido, por ser necessário. Prestou serviços à concessionária. Mas à medida que se aproxima a reversão, o que se verifica é que a empresa modifica a organização de seus serviços, para tornar dispensáveis os imóveis de mais alto valor, pela sua localização privilegiada. Hoje é uma estação de passageiros que se fecha; amanhã é um depósito de carros que se torna, de repente, vazio, para justificativa da alienação. Seria interessante levantar uma estatística dessas liberações, para verificar a dupla coincidência, que aumenta o número de imóveis inúteis, à medida que se aproxima a reversão, ao mesmo tempo que a inutilidade parece selecionar, ou preferir, os imóveis melhor situados e, em consequência, mais valorizados”. (AZEVEDO, Gustavo Filadelfo. *Concessão de serviço público — Reversão — Natureza do direito da concessionária sobre a coisa reversível*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 433-479, jan. 1955, p. 465)

⁵⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Parecer sobre reversibilidade de bens na concessão de telefonia fixa*. 2015, mimeo, p. 11.

serviços de passageiros em que, por questões econômico-regulatórias, se afastam do regime da reversibilidade bens diretamente vinculados à prestação dos serviços, como ônibus e garagens pertencentes às concessionária, a fim de não onerar o Poder Público com a possível assunção de pesados gravames financeiros ao final da concessão. Assim, no Município de São Paulo, a exclusão desses bens do regime de reversão foi exigida por lei.⁵⁶⁴

No setor de telecomunicações, a opção regulatória parece ter sido, de fato, a funcional, o que fica ainda mais claro quando se lembra de que, no setor de telecomunicações, a obsolescência tecnológica é bem grande. Isso implica grande e contínuo investimento em infraestrutura, gerando potencialmente grande passivo para o Poder Concedente, que teria de arcar com pesadas indenizações para amortizar investimentos feitos recentemente em bens reversíveis, por conta da obsolescência tecnológica. Em outras palavras, “os investimentos na etapa final da concessão, nesse contexto, fatalmente seriam fonte de significativo endividamento do Poder Público perante a concessionária (uma vez que seria economicamente inviável amortizá-los em curto prazo)”⁵⁶⁵.

Não se pode olvidar, ainda, outro fator: a existência de competidores às concessionárias, o que inviabiliza, em tese, o modelo tradicional de reversão, pois as concessionárias perderiam valor ao longo do tempo frente a outras prestadoras, não sendo mais “fontes de aquisição de propriedades pelo Poder Público. Em função disto tudo, a LGT adotou quanto à reversão um sistema muito mais flexível do que o tradicional”⁵⁶⁶.

Carlos Ari Sundfeld também entende que a reversão da propriedade de bens não é a única alternativa que assegure a continuidade do serviço público de STFC. Dito de outro modo, a propriedade dos bens não é elemento essencial para a continuidade do serviço, ainda que, no passado, isso tenha sido adotado majoritariamente⁵⁶⁷. Em outras palavras, existem outros meios jurídicos, a par da propriedade, para garantir a continuidade do serviço público. Por sua grande importância, veja-se a citação de suas palavras:

Os conceitos de serviço público e de domínio público sempre caminharam em paralelo. A *publicatio* das atividades (os serviços públicos), importou também na publicização dos bens a elas necessários (bens públicos aplicados aos serviços públicos). Assim, serviço público e propriedade privada eram vistos como realidades incompatíveis. A reforma desses serviços, com a desestatização de sua prestação e a desregulação dos mercados, importou

⁵⁶⁴ : “art. 17. [...] § 4º – Não são considerados bens reversíveis para efeito desta lei: I – os veículos e frota de ônibus; II – a garagem; III – instalações e equipamentos de garagem. Lei 13.241, de 12 de dezembro de 2001.

⁵⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer sobre reversibilidade de bens na concessão de telefonia fixa**. 2015, mimeo, p. 12.

⁵⁶⁶ Idem, ibidem, p. 15.

⁵⁶⁷ Idem, ibidem, p. 20.

também o abandono de alguns dos elementos do chamado regime do serviço público. Nesse específico sentido, assistiu-se de fato a uma privatização, ao menos parcial, desse regime. Um exemplo disso tem-se no fato de a legislação não se preocupar mais, como no passado, com a titularidade da infraestrutura necessária à prestação de serviços (como o de telecomunicações). Antes, a propriedade estatal dos meios era tida como indispensável à própria existência e continuidade dos serviços, o que explica, p.ex., a reversão, em favor do Estado, ao fim da concessão, dos bens empregados no serviço. Mas, na atualidade, a técnica jurídica para garantia do suporte material dos serviços é outra: a infraestrutura pode, sem maiores problemas, ser de titularidade privada, pode inclusive ser objeto do comércio privado, mas os poderes do proprietário veem-se atingidos por condicionamentos indispensáveis à garantia do cumprimento de sua função social. Surgem então, para o proprietário dessa infraestrutura, deveres em relação aos novos prestadores — como os de dar passagem, de compartilhar o uso, de contratar, de dar conexão etc., tudo no sentido de assegurar o acesso aos meios materiais necessários à prestação dos serviços. Como correlatos desses deveres, aparecem, então, em favor de terceiros, autênticos direitos subjetivos: de exigir o compartilhamento de infraestrutura, a interconexão, a passagem etc.⁵⁶⁸

Por isso é que o art. 155 da LGT afirma a obrigação geral de suportar o uso da infraestrutura por terceiros; se isso não for suficiente, é possível a instituição de servidões compulsórias ou desapropriações em favor da concessionária:

Art. 100. Poderá ser declarada a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis ou móveis, necessários à execução do serviço, cabendo à concessionária a implementação da medida e o pagamento da indenização e das demais despesas envolvidas. [...]

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Carlos Ari Sundfeld faz interessante analogia entre os bens das concessionárias e a classificação das benfeitorias (art. 96 do Código Civil). Para ele, os bens da concessionária poderiam ser necessários, úteis e voluptuários. Os necessários são *indispensáveis* à prestação do serviço, destinados a conservar especificamente o serviço de telefonia, ou a “evitar que se deteriore”, segundo o Código Civil. Claro que o que é indispensável à prestação do serviço, é questão cambiante e a ser verificada caso a caso. No entendimento patrimonialista, o

⁵⁶⁸ Idem, ibidem, p. 28.

entendimento seria o de que são reversíveis todos os bens da concessionária que tenham sido adquiridos com recursos da concessão ou que pertençam à concessionária⁵⁶⁹.

Nesse passo, relembre-se lição de Vera Nudeo, para quem, como é sempre questão controversa o saber com precisão quais bens, exatamente, reverterão ao domínio do concedente ao final da concessão, é medida salutar dos contratos de concessão explicitar quais serão, especificamente, os bens a serem revertidos.⁵⁷⁰ Deve-se consignar, contudo, que o anexo ao contrato de concessão não contém uma listagem pormenorizada desses bens, o que mitiga, por esse ponto, a abordagem patrimonialista ou, do contrário, levaria a exageros, abarcando tudo. Segue a lista abaixo:

ANEXO Nº 01

QUALIFICAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO LOCAL

- a) Infraestrutura e equipamentos de comutação e transmissão, incluindo terminais de uso público;
- b) Infraestrutura e equipamentos de rede externa;
- c) Infraestrutura e equipamentos de energia e ar condicionado;
- d) Infraestrutura e equipamentos de centros de atendimento e de prestação de serviço;
- e) Infraestrutura e equipamentos de sistema de suporte à operação;
- f) Infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas no Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;
- g) Outros indispensáveis à prestação do serviço

Ademais, outro indício de que a LGT não previu um regime patrimonialista foi o de que essa noção patrimonialista está, quase sempre, vinculada a um prestador de serviço monopolista, que poderá construir e entregar considerável patrimônio para o Poder

⁵⁶⁹ Idem, ibidem, p. 27.

⁵⁷⁰ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. São Paulo: RT, 1997, pp. 128-129.

Concedente à custa de ampla extração de renda que consegue por meio de sua atuação solitária⁵⁷¹.

Posição contrária implicaria ou enriquecimento do Poder Concedente à custa do concessionário pela assimilação do domínio privado, isto é, da parte do patrimônio não destinada à exploração do serviço⁵⁷² ou mesmo enorme indenização a custear esses outros bens. Themistocles Cavalcanti afirma a razão: “Isto porque a reversão não confere ao concedente senão o direito ao recebimento do acervo da empresa, destinado ao serviço, quando findar a concessão⁵⁷³”.

Ademais, insta observar que o regime das concessionárias de STFC é, nas palavras de Sundfeld, o da liberdade patrimonial completa, à qual se junta a liberdade de investimentos, tendo apenas uma vinculação quanto aos resultados a serem alcançados (como qualidade do serviço).⁵⁷⁴

Quanto ao uso de bens de terceiros, há um aparente problema de ambiguidade, pois, ao mesmo tempo em que não foram claramente definidos como reversíveis, o contrato de concessão afirma que eles devem constar “da relação apresentada anualmente pela Concessionária” (cl. 22.1, § 7º). Segundo Carlos Ari Sundfeld, isso não implica automática transformação desses bens em reversíveis. Seu escopo é de, tão somente, permitir à Agência reguladora realizar eficaz acompanhamento acerca do modo de prestação do serviço, para em qualquer eventualidade assumir, com conhecimento de causa, a sua prestação, ou mesmo para saber em que medida os bens utilizados são reversíveis ou não. Nesse último caso, só reverterá o que for indispensável à continuidade do serviço, o que claramente não é o bem por inteiro, já que serve a vários outros usos. Segundo Carlos Ari, “reverterá, nessas situações, um bem imaterial, o ‘direito de uso’ sobre a infraestrutura; este é o bem jurídico indispensável à continuidade da prestação do serviço”⁵⁷⁵.

Ademais, em interessante raciocínio, ele afirma que tornar esses bens, utilizados para outros serviços, como reversíveis, implicaria subsídio cruzado explicitamente vedado pela legislação, e isso porque reversão integral de um bem usado apenas parcialmente pelo STFC

⁵⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer sobre reversibilidade de bens na concessão de telefonia fixa**. 2015, mimeo, p. 31.

⁵⁷² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Concessão de serviço público – reversão de bens. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 102, p. 453-462, jan. 1970, p. 462.

⁵⁷³ Idem, ibidem.

⁵⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer sobre reversibilidade de bens na concessão de telefonia fixa**. 2015, mimeo, p. 37.

⁵⁷⁵ Idem, ibidem, p. 49.

acabaria subvencionando a prestação de SCM por uma nova concessionária, que receberia a infraestrutura do Estado não para prestação integral do serviço em regime público, mas sim para prestar um serviço em regime privado, ao menos parcialmente.⁵⁷⁶

Raciocínio contrário implicaria, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, uma “desapropriação indireta” dos bens da concessionária, ou seja, esbulho possessório, tomada de propriedade alheia sem o devido processo legal⁵⁷⁷. Também Floriano Azevedo Marques entende que pretender que a LGT ordene a reversão integral de bens que somente parcialmente são usados pelo STFC ou mesmo de bens de terceiro seria trazer ao ordenamento jurídico uma hipótese de expropriação sem abrigo constitucional.⁵⁷⁸

Com esse raciocínio, pode-se ver o equívoco da Anatel em classificar a sede administrativa de uma concessionária como bem reversível. É óbvio que a concessionária deve ter sua sede em algum lugar, mas esse lugar específico não é objeto de reversão. O que é indispensável ao serviço torna inviável sua execução sem ele, o que não é o caso de um específico prédio administrativo⁵⁷⁹. Afirmar que determinado bem possa, no futuro, ser útil, não o torna reversível, pois o bem reversível é um bem necessário, não apenas útil.

A insegurança jurídica fica patente quando se consideram as inúmeras reviravoltas do caso, ora classificando bens administrativos como reversíveis, ora como não atingidos pela reversibilidade⁵⁸⁰.

3.7.2 A crítica do TCU: baixa transparência e pouca fiscalização

O TCU, ao longo do ano de 2015, fez uma investigação acerca do tratamento dado pela Anatel aos bens reversíveis, pretendendo entender, entre outras coisas, o seguinte:

- a) O processo de regulamentação da Anatel e a legislação vigente abrangem os aspectos necessários para o controle fidedigno dos bens reversíveis?

⁵⁷⁶ Idem, ibidem, p. 51-52.

⁵⁷⁷ Idem, ibidem p. 51.

⁵⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 244-245.

⁵⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer sobre reversibilidade de bens na concessão de telefonia fixa**. 2015, mimeo, p. 59.

⁵⁸⁰ Também a classificação do backhaul como bem reversível ajudou a aumentar a celeuma. Sobre o assunto, ver: ARANHA, Marcio Iorio. **Direito das Telecomunicações**. Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais. 3ª ed., London: Laccademia Publishing, 2015, p 149.

- b) O processo de controle e acompanhamento garante a fidedignidade e a atualidade do controle dos bens reversíveis?
- c) O processo de fiscalização garante a fidedignidade e a atualidade do controle dos bens reversíveis?

Em um longo relatório, o TCU afirmou, com base nas Relações de Bens Reversíveis (RBR) de 2011, que a quantidade desses bens supera oito milhões de itens patrimoniais. Na Tabela 1, elencou o valor total do custo de aquisição dos referidos bens que foram declarados pelas concessionárias de STFC:

Tabela 1 – Valor total dos bens reversíveis em 2010, 2011 e 2013 (*) (R\$ bilhões)

Concessionária	2010 (A)	2011 (B)	% de variação 2011/2010 (B-A)/A	2013 (C)	% de variação 2013/2010 (C-A)/A	% de variação 2013/2011 (C-B)/B
1. Oi	58,85	58,48	-0,6	51,94	-11,7	-11,2
Brasil Telecom	25,61	24,08	-6,0	nd	nd	nd
Telemar	33,25	34,40	3,5	nd	nd	nd
2. Telefônica	37,87	38,93	2,8	40,94	8,1	5,2
3. Embratel	9,67	9,38	-3,1	10,46	8,1	11,5
4. CTBC	1,07	1,22	14,9	1,33	24,6	8,4
5. Sercomtel	0,30	0,31	2,3	0,33	8,8	6,4
Total	107,76	108,32	0,5	105,00	-2,6	-3,1

Tabela 2 – Valores não amortizados:

Concessionária	2010 (A)	2011 (B)	% de variação 2011/2010 (B-A)/A	2013 (C)	% de variação 2013/2010 (C-A)/A	% de variação 2013/2011 (C-B)/B
1. Oi	9,61	7,37	-23,3	7,15	-25,6	-3,0
Brasil Telecom	4,69	2,80	-40,2	nd	nd	nd
Telemar	4,92	4,56	-7,2	nd	nd	nd
2. Telefônica	6,81	6,71	-1,4	6,99	2,7	4,1
3. Embratel	3,15	2,95	-6,2	3,15	0,0	6,6
4. CTBC	0,20	0,26	29,2	0,33	66,1	28,5
5. Sercomtel	0,09	0,08	-12,4	0,08	-10,5	2,1
Total	19,85	17,37	-12,5	17,69	-10,9	1,9

O TCU identificou, sistematicamente, o que denominou de “fragilidades na regulamentação da Anatel relativa aos bens reversíveis”, com prejuízo à transparência e à legitimidade do seu controle. Entre elas, destacou as seguintes, em suas palavras:

- a) não houve atualização dos normativos existentes, apesar das demandas nesse sentido apresentadas por atores diretamente afetados pelo regulamento;
- b) a interpretação conferida pela agência às exigências previstas na regulamentação de bens reversíveis foi alterada, sem que tenham sido promovidas modificações no respectivo regulamento ou em outros atos normativos;
- c) houve vários problemas de publicidade dos critérios para análise dos bens reversíveis como os contidos na Análise nº 131/2012-GCRZ (já citada anteriormente);
- d) a equipe de auditoria ressaltou que o Despacho nº 2.262/2012 do Conselho Diretor da Anatel, que foi emitido com base na referida Análise, não determinou que as concessionárias fossem notificadas dessa decisão, embora essa notificação tenha sido proposta na análise. Assim, conforme apontado pela Anatel, as concessionárias não foram informadas sobre essa alteração de critérios para os bens reversíveis.

Na visão do TCU, a baixa transparência da regulamentação relativa aos bens reversíveis se deve ao fato de que o Conselho Diretor, muitas vezes, abriu mão de tratar do tema, afirmando ser competências das áreas técnicas. Isso implicou que muitas decisões importantes foram comunicadas somente via Ofício, sem o conhecimento mais amplo da sociedade. Como exemplo, citou os Ofícios nº 244/2007/PBOAC/PBOA/SPB – Anatel e nº 246/2007/PBOAC/PBOA/SPB-Anatel, que trataram de questões pontuais e foram encaminhados a concessionárias específicas. Nesse ponto, conclui afirmando que “a transferência da responsabilidade do Conselho Diretor para a área técnica da Anatel referente à determinação de critérios relativos a bens reversíveis, sem especificação da forma adequada para a realização da atividade delegada, trouxe dificuldades para o acompanhamento e o controle desses bens”⁵⁸¹.

⁵⁸¹ TC nº 024.646/2014-8.

Outro problema verificado pelo TCU foi o fato de que houve modificação da interpretação da Anatel sobre as exigências relativas à regulamentação de bens reversíveis, sem que tenha havido qualquer mudança nos normativos⁵⁸².

O TCU também questionou se o processo de controle e acompanhamento dos bens reversíveis garante a fidedignidade e a atualidade do registro desses bens. Segundo o relatório, a unidade técnica constatou a ocorrência de falhas nessas atividades, como realização de poucas e precárias ações de controle e acompanhamento de bens reversíveis entre 1998 e 2005.

Obviamente, a aplicação de um regime jurídico como o da reversão implica, ou deveria implicar, acompanhamento minucioso da gestão dos bens reversíveis, pois contituem acervo do serviço público ao qual estão vinculados, apesar de serem bens privados, demandando-se constante investigação para evitar qualquer malversação desses bens.

Quando se fala de fiscalização de bens reversíveis, deve-se ter em mente que as concessionárias estão sujeitas à dupla fiscalização: “uma que se refere às restrições naturais dos direitos fundamentais das pessoas físicas ou jurídicas por parte de qualquer das entidades de direito público, nos limites da sua competência — fiscalização geral; e outra, referente à organização e funcionamento do serviço por parte do poder concedente — fiscalização especial”⁵⁸³.

Quando se fala, então, de controle de bens reversíveis, obviamente está-se a falar na necessidade de uma fiscalização especial e não meramente rotineira. Entre as atividades de fiscalização especial, em sentido amplo, estão as seguintes.⁵⁸⁴:

- regulamentação da organização e funcionamento do serviço concedido em algum aspecto particular;
- autorização ou aprovação das atividades dos concessionários, cujo procedimento em casos pré-determinados, está sujeito à audiência prévia ou posterior dos inspetores fiscais;
- supervisão sobre os serviços do concessionário e mesmo de interferência na gestão do próprio serviço, quando assim for julgado necessário ao bom desempenho dele;

⁵⁸² TC nº 024.646/2014-8.

⁵⁸³ MELO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, jan. 1953, p. 39.

⁵⁸⁴ Idem, ibidem, p. 39.

- verificação pura e simples de como vem sendo levado a efeito o serviço ou cumpridas as determinações da fiscalização.

Mesmo nas fiscalizações realizadas, a equipe de auditoria destacou que: a) os métodos de controle e acompanhamento utilizados pela Anatel são muito simples, “baseiam-se somente na verificação patrimonial, item a item, sem que haja uma reflexão posterior sobre a importância e a relevância de cada item para assegurar a continuidade e atualidade do serviço, conforme preconizado pela LGT”; b) os fiscais da Anatel encontram dificuldades para obter e validar as informações que servem de base para suas atividades, além de se ressentirem da ausência de padronização da maneira como a auditoria deve ser conduzida em diferentes regionais.

Em suma, após longo estudo acerca da maneira como a Anatel lidou com os bens reversíveis, o TCU concluiu que a eficiência do processo de análise das solicitações de alienação, substituição, desvinculação e oneração dos bens reversíveis é baixa, falta transparência e que não houve controle correto e especial desse patrimônio importante das concessionárias.

3.7.3 Relação com a sustentabilidade da concessão⁵⁸⁵

Outra vertente de ataque à existência de bens reversíveis no setor de telecomunicações vem de estudos da própria agência. Em 15 de junho de 2016, por meio do Acórdão nº 215/2015-CD, o Conselho Diretor da Agência determinou um especial acompanhamento da execução dos contratos de concessão, em especial o de análise de sustentabilidade da concessão, com base em projeções futuras de demanda, receitas, custos e investimentos requeridos pelo contrato e demais normas de regência; com a finalidade de garantir a capacidade de atração de capitais da concessão e subsidiar decisões sobre manutenção ou alteração da política em que se baseia a concessão; com periodicidade sincronizada com o ciclo de revisão do contrato e do Plano Geral de Metas de Universalização; com fundamento nos arts. 22, III, e 66 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.⁵⁸⁶

O que estava por trás de tal determinação era a preocupação de que o STFC prestado em regime público teria se tornado inviável, o que poderia terminar por transferir à União o

⁵⁸⁵ Análise nº 25/2016-GCIF.

⁵⁸⁶ Acórdão nº – 215/2015-CD – Processo nº – 53500.004493/2009-29.

dever de continuidade da prestação do serviço, e de sua contínua universalização. Explique-se melhor.

A área técnica da Anatel entendeu que se trata de

momento de claro e inexorável declínio do STFC, quando o mesmo é analisado como um produto independente, apontando que o cenário atual do setor de telecomunicações é caracterizado por um novo comportamento dos usuários, que passaram a utilizar as variadas alternativas de comunicação eletrônica, que surgiram a partir do desenvolvimento tecnológico, da massificação e do uso da Internet.⁵⁸⁷

Como visto, o país foi dividido em várias regiões no Plano Geral de Outorgas e em cada região uma concessionária ficou responsável pela prestação do serviço, e é fato em que em nenhuma região do PGO as concessionárias, antes monopolistas, conseguiram preservar a sua posição dominante, o que implicaria alteração do quadro normativo de 1997, data da publicação da LGT, impondo revisão de medidas assimétricas pró-competição, favoráveis a novos entrantes. Mais ainda, estaria a colocar em dúvida a conveniência de a União continuar com a obrigação de atuar como “fiadora da universalização” e da continuidade do STFC em regime público⁵⁸⁸.

Mais ainda: seria ainda justificável uma intervenção estatal para dar continuidade a um serviço que possui cada vez menos atratividade do ponto de vista social, popular? A conclusão a que se chegou, analisando a demanda pelos serviços, foi a de que “as tecnologias móveis, mais compatíveis com as necessidades humanas atuais e futuras, oferecem mais qualidade e comodidade aos usuários”⁵⁸⁹.

Uma das medidas assimétricas presentes da LGT é certamente a existência de bens reversíveis, antes vista como a salvação da continuidade do STFC em regime público, agora vista como uma pedra de tropeço tanto para a concessão quanto para a União. O Projeto de Reavaliação do Regime e do Escopo dos Serviços de Telecomunicações, do Ministério das Comunicações, recentemente afirmou quanto ao tema:

Bens Reversíveis: O papel dos bens reversíveis como garantidor da continuidade dos serviços prestados em regime público tem se mostrado problemático, principalmente como ferramenta inibidora de investimentos

⁵⁸⁷ Análise nº 25/2016-GCIF.

⁵⁸⁸ Idem.

⁵⁸⁹ Idem.

em redes compartilhadas (utilizadas para prestar tanto o objeto da concessão – STFC, quanto para os demais serviços autorizados).⁵⁹⁰

A conclusão, então, a que chegou a Anatel foi de que a concessão do STFC perdeu a sustentabilidade por duplo aspecto:

- a) um é o referente à mudança social/cultural/tecnológica, acarretando verdadeira obsolescência em estágio avançado do serviço e “perda de atratividade do objeto da concessão”;
- b) outro por conta das mais variadas restrições que se impuseram à prestação do serviço em regime público, e em especial os bens reversíveis.

3.7.4 A insuficiência das críticas precedentes – a visão da regulação responsiva

A teoria da regulação responsiva, como visto, propõe uma modelagem regulatória de incentivo a comportamento virtuoso e cooperativo do agente econômico. Parte da presunção de que se deve dar a possibilidade ao agente regulado de praticar uma autorregulação vigiada, tendo em vista a ameaça crível de punições severas e até mesmo incapacitantes (caducidade da concessão, por exemplo).

Para facilitar a crítica que a teoria responsiva poderia oferecer à atual sistemática dos bens reversíveis, recapitular-se-á, em breves tópicos, suas bases, confrontando-as com a regulamentação atual.

- *A crítica fundamental: inexistência de modelagem regulatória.*

Como foi amplamente visto, para a teoria responsiva, a resposta regulatória ótima advém, antes de tudo, de uma modelagem de sanções e estratégias, escalonadas de forma que se possa sempre subir (implicando maior intervenção) ou descer (significando abrandamento

⁵⁹⁰ Idem.

da posição interventiva) uma pirâmide regulatória de acordo com o comportamento da firma e/ou necessidades sociais.

Analisando a problemática dos bens reversíveis no setor de telecomunicações, ficou patente sua íntima conexão com o princípio da continuidade, ou seja, o que se pretende resolver com o instituto dos bens reversíveis é o risco de descontinuidade do serviço prestado em regime público.

Pela sistemática atual, tanto dos legados históricos concernentes à concessão de serviços públicos quanto a prática no setor de telecomunicações, a reversão dos bens é que garante a continuidade. Assim, é o patrimônio da concessionária, seus bens, que garantem a continuidade do serviço público. Mas, na ótica teoria responsiva da regulação, o que garantiria a continuidade do serviço seria a modelagem regulatória.

Quando formulada a solução do problema nesses termos, entende-se que a legislação atual, encampada pela Anatel, substituiu modelagem regulatória inteligente pelo rol de bens reversíveis. Esta parece ser a crítica fundamental à situação hodierna e muitos dos problemas que se encontram presentes atualmente decorrem justamente da falta de modelagem, uma vez que as respostas regulatórias aos problemas que surgem são, muitas vezes, *ad hoc*, casuísticas, podendo agravar os problemas. Assim, quando confrontada com a análise do TCU de que não estava acompanhando corretamente os bens reversíveis, a resposta da Anatel foi endurecer sua concepção sobre o conceito de bens reversíveis, ou meramente exigir outra lista quase interminável com todos os bens reversíveis (lista essa que dificilmente pode ser verificada, em sua veracidade).

- *Regulação command and control e suas consequências no caso específico*

A mera descrição de como se dá a regulamentação dos bens reversíveis leva à inelutável conclusão de que ela nada mais é do que uma aplicação clássica da regulação tipo “command and control”. Nessa lógica, a resposta regulatória é: dadas as normas legais e regulamentares, criam-se cláusulas contratuais prevendo a existência de bens reversíveis e, em seguida, deve-se formar a lista com os milhares de bens, a ser fiscalizada com pesadas sanções. Ocorre que isso gera as seguintes consequências:

- *Ausência de cooperação/consensualidade/finesse*

Concede-se ao regulado, de fato, uma mínima cooperação: indicar quais os bens, sendo essenciais à prestação do serviço, são de fato bens reversíveis. Obviamente, não é uma cooperação que vai ao âmago da decisão regulatória; trata-se de algo muito mais mecânico e passivo, quase como uma cooperação de alguém que paga determinada quantia após ser multado.

Em outras palavras, é regulação com conteúdo quase que inteiramente determinado pela Lei, sem construção conjunta de parâmetros e metas. Ademais, a mesma norma é indistintamente aplicada a todas as situações (regulação “one size fits all”).

- *Ausência de indução a comportamentos virtuosos e recrudescimento de litigância, levando à quebra de confiança.*

Como consequência direta da regulação pouco responsiva e consensual, cria-se um ambiente em que o regulado se acha injustiçado pela duras normas da Anatel, ao passo que esta julga que o regulado só tem interesse em lucrar e não em cooperar, recrudescendo as sanções e mesmo as normas e suas interpretações. Tem-se, portanto, que o regulado não é motivado a cooperar, a atuar virtuosamente em relação ao regulador e à sociedade. É o jogo de gato e rato descrito por Ayres e Bratihwaite em toda a sua força de expressão.

Quebra-se, assim, a relação de confiança que deveria existir entre regulador e regulado, confiança essa um elemento essencial para a boa resposta regulatória.

- *Inexistência de sequenciamento de instrumentos regulatórios.*

O único instrumento para se garantir a continuidade do serviço público é o instituto da reversibilidade de bens, no modelo atual. Isso é próprio da rigidez da regulação comando e controle. Por isso que, se há uma “crise” no uso desse instrumento, o sistema todo parece

entrar em crise. Daí as críticas de que se viu cercada a Anatel por todos os lados quando, começando a se vislumbrar o final do prazo das concessões, temeu-se eventual imprestabilidade dos bens reversíveis.

A teoria responsiva, para justamente evitar a falha regulatória quando um instrumento não responde adequadamente, propõe uma modelagem prevendo um sequenciamento de instrumentos complementares e sucessivos: quando um falhar em determinadas situações, pode-se utilizar o outro.

○ *Ausência de diálogo, gerando assimetria de informação*

Foi visto que um dos grandes benefícios da cooperação é a geração de informações para o regulador; muitas vezes, o regulado está mais bem posicionado para conhecer a fundo determinada situação do que o próprio regulador; o caso dos bens reversíveis fornece um exemplo nesse sentido.

De fato, percebe-se que, partindo do conceito de bem reversível como o bem essencial para a continuidade do STFC, deve-se indagar, concretamente, se tal ou tal bem é necessário para o serviço. Além de individualizar o bem, deve-se identificá-lo na sua multiplicidade. Por exemplo, trata-se de um tipo de estação de comutação? Quantas são? E em que condições estão? Onde estão? Qual o seu valor? O fato é que, em casos quietais, o regulador termina-se baseando quase que por completo nas informações da firma regulada, para o que uma relação dialógica contribuiria muito.

• *Ausência de terceiros na implementação institucional da Agência*

Um dos pilares da regulação responsiva, e ainda mais no seu desenvolvimento pela “smart regulation” de Neil Gunningham, é certamente a participação de terceiros no processo regulatório. Elemento fundamental de equilíbrio nas relações entre regulador e regulado, trazendo vozes por vezes dissonantes, por vezes consonantes, mas sempre com o intuito de fiscalizar a atuação regulatória para não deixar a cooperação degenerar em captura, o “tripartismo” está, em grande parte, ausente da regulamentação atual no caso de bens reversíveis.

Obviamente, e como em todo procedimento normativo, alterações regulamentares são submetidas a Consultas Públicas; também é possível a realização de audiências públicas; mas não está aí a essência do Tripartismo, que é colocar um terceiro, selecionado, na mesa de negociação para construção mesma da regulamentação. Não participando da modelagem, o terceiro não possui tanto interesse no sucesso do ambiente regulatório, podendo-se mais facilmente comportar como o PIG zeloso.

- *Pouca importância dada à licença social (para o bem e para o mal da empresa)*

Em um dos tópicos do segundo capítulo, viu-se que, além da licença regulatória, existem as licenças econômica e social. A regulação comando e controle termina emprestando pouca voz à licença social, que poderia exercer uma boa pressão reputacional ou mesmo sobre o órgão regulador no caso de adoção da regulação responsiva.

- *Violação, em geral, dos princípios de design regulatório propostos*

Enfim, a regulamentação atual viola, de uma maneira geral, os princípios que devem ser observado para uma boa regulação, quais sejam:

- O de que se deve preferir uma abordagem que misture instrumentos complementares a instrumentos individuais;
- O de que se deve privilegiar a virtude da parcimônia: medidas menos intervencionistas devem ser preferidas para alcançar os resultados;
- O de que se devem perseguir os objetivos utilizando uma resposta escalada por meio de uma pirâmide de instrumentos regulatórios (tanto de estratégias quanto de sanções);
- O de que se deve capacitar terceiros para atuar, de forma selecionada, mas à maneira de um mercado contestável, na construção de soluções regulatórias;
- O de que se deve procurar soluções regulatórias que maximizem oportunidades de resultados em que todos ganham (regulador, regulado e sociedade),

encorajando-se atitudes que vão "além da conformidade" exigida normativamente;

Exposta, então, a crítica sobre a regulamentação atual dos bens reversíveis sob a ótica da regulação responsiva, resta, para concluir o trabalho, apresentar uma proposta que pudesse seguir as linhas desta modelagem regulatória.

3.8 UMA PROPOSTA PARA PRESERVAR A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EM REGIME PÚBLICO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

3.8.1. Regulação Responsiva e Supremacia do Interesse Público

Para Parejo Alfonso, a centralidade do direito administrativo, em uma sociedade complexa como a atual, não se deve dar, exclusivamente, ou mesmo proponderantemente, por meio de atuações autoritárias; obviamente o poder, enquanto tal, não desaparecerá, mas a atuação administrativa deve ser mais refinada, com doses mais ponderadas, muitas vezes mais sutil⁵⁹¹. É claro que continua sendo a missão da regulação compatibilizar o funcionamento do mercado com outros vetores axiológicos da Constituição⁵⁹². Contudo, a hodierna intervenção regulatória exerce papel de mediação de interesses e não de mera imposição de objetivos e metas. O pressuposto, agora, é o de que os interesses dos usuários, do mercado e mesmo dos regulados devem permear, sim, o regulador e assim o “Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências”.⁵⁹³ Por isso também que para Salvatore Cattaneo, citado por Odete Medauar, uma das características da

⁵⁹¹ APOLINÁRIO, Marisa. **O Estado Regulador: o novo papel do Estado – Análise da perspectiva da evolução recente do direito Administrativo – O exemplo do sector da energia**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 78.

⁵⁹² PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *A regulação pública como instituto de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI*. In Albuquerque, Alexandre de al. **Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005, p.162.

⁵⁹³ RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das Telecomunicações – A regulação para a competição**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 85.

regulação, hoje, é a busca de soluções negociadas.⁵⁹⁴ Novamente, deixe-se vincado que a teoria responsiva não propõe, como elemento ideológico, um Estado mínimo, mas, para usar as palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto, entende que o ponto de partida deve ser de uma “intervenção leve”, pró-sociedade.⁵⁹⁵

Ao longo do presente trabalho, ficou claro que: 1) é importante que haja uma resposta regulatória que esteja em sintonia com os dados normativos e sociais do Estado Democrático de Direito; 2) ao menos no que tange à regulação de bens reversíveis no STFC, o foco deste trabalho, a regulação do tipo comando-e-controle não tem oferecido solução adequada; 3) para se atingir resultados regulatórios ótimos, é necessário que se adote, não uma regra específica, mas sim uma modelagem regulatória inteligente. Aventou-se, portanto, a possibilidade de uso da modelagem fornecida pela teoria responsiva da regulação.

Antes de passar, contudo, a uma proposta de solução do problema nos moldes da referida teoria, é preciso enfrentar, muito brevemente, uma última objeção, já parcialmente respondida. A teoria responsiva da regulação, ao preconizar acordos com o regulado (seja na autorregulação pura e simples, seja na autorregulação supervisionada), não seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público? Não estaria tal teoria advogando uma transação inconstitucional do interesse público?

Obviamente, essa pergunta não poderá ser respondida de forma exaustiva neste trabalho, uma vez que não é o seu foco principal. Mas não se pode, contudo, deixar de enfrentá-la. Cingir-se-ão ao essencial, portanto, as considerações a serem feitas sobre este tópico. Deve-se lembrar, contudo, que as longas ponderações acerca da consensualidade no direito administrativo já indicam claramente o caminho da resposta.

A doutrina especializada sobre o assunto demonstra que há uma multiplicidade de entendimentos sobre qual vem a ser o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, que podem ser divididos de quatro maneiras: (i) indisponibilidade da finalidade legal, ou seja, não se pode fraudar o intuito da Lei; era a noção enunciada por Lúcia Figueiredo, para quem interesse público é simplesmente “aquilo que a lei assim quis”⁵⁹⁶; (ii) indisponibilidade do dever de agir da Administração, pautando-se pela legalidade

⁵⁹⁴ CATTANEO, Salvatore. **Agencies e Regulation nel Regno Unito**. Le Autorità indipendente. Milão: Giuffrè, 1999, p. 282. Apud MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 256.

⁵⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 74.

⁵⁹⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.35.

administrativa; (iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos, insuscetíveis de prescrição aquisitiva ou paralisação; e (iv) indisponibilidade das competências administrativas, sendo irrenunciáveis essas competências.⁵⁹⁷

Juliana de Palma, em estudo monográfico sobre o tema, afirma que a imprecisão conceitual do princípio torna sua aplicabilidade prática muito restrita, entendendo, então, que restringir-se a celebração de acordos administrativos por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público mostra-se, assim, um descompasso, já que tanto os acordos administrativos podem ser um veículo de atingimento do interesse público quanto a indisponibilidade do interesse público não possui precisão material e previsão normativa.⁵⁹⁸

A autora entende, e nesta dissertação adota-se sua concepção, que, em princípio, tudo pode ser transacionado no direito administrativo, ressalvadas, por óbvio, as situações em que haja impedimento legal à transação. Cite-se o caso, por exemplo, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), cujo art. 17, §1º, impede a transação nas ações propostas.⁵⁹⁹ Ela mesma afirma que “direitos pecuniários, potestade sancionadora e atos de autorização” são bons exemplos de relações jurídicas transacionáveis.⁶⁰⁰

Entende-se, portanto, na linha do exposto, que a adoção da teoria responsiva da regulação não deve ser impedida pela invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

3.8.2. Uma modelagem proposta pela Regulação Responsiva

Segundo a modelagem da teoria responsiva, deve-se estabelecer um objetivo regulatório e criar-se uma pirâmide de estratégias regulatórias e punições correspondentes. Como pano de fundo, a teoria pressupõe uma ampla margem de liberdade a ser conferida ao agente regulado, sendo exceção a abordagem minuciosa do *command and control*, uma vez que ensejadora de litígios, de aumento de custos e pouco incentivadora de bons comportamentos, abordagem que não premia o agente que deseja cooperar voluntariamente e desnecessária mesmo para aqueles que estão calculando custos e benefícios de uma eventual infração das

⁵⁹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 177.

⁵⁹⁸ Idem, ibidem, p. 182.

⁵⁹⁹ Idem, ibidem, p. 187.

⁶⁰⁰ Idem, ibidem, pp. 187-188.

normas regulatórias, uma vez que, se forem mesmo agir racionalmente, irão calcular que não vale a pena a transgressão, por conta da pesada punição que receberão.

Cotejando-se o quanto propugnado pela teoria responsiva da regulação com as disposições normativas acerca da reversibilidade de bens na concessão de telecomunicações, verifica-se uma enorme diferença de visão de *design regulatório*. De pronto, no caso dos bens reversíveis, o arcabouço normativo não deixa muita margem a incentivos. É regulação nos moldes *command and control*, minuciosa, querendo regular, de antemão, situações jurídicas consideradas sensíveis (como possível interrupção do serviço ao final da concessão). A profusão de regras, mecanismos de controle, esclarecimentos da Anatel, decisões de seu Conselho Diretor, tudo parece ter como pano de fundo o pressuposto de que as concessionárias não irão cooperar.

Pode-se concluir, portanto, afirmando que a regulação dos bens reversíveis, tal qual praticada hoje, não se amolda aos reclamos da regulação responsiva, e que ela deveria ser revista para que gerasse melhores resultados, mais eficazes.

De que maneira, isso pode ser feito? Veja-se que o problema que a reversibilidade de bens procura resolver é, mediatamente, o da continuidade dos serviços públicos, mas, imediatamente, é uma questão de compartilhamento de infraestrutura. Explique-se melhor.

A reversibilidade de bens existe para que o concessionário detentor da infraestrutura seja obrigado a entregá-la ao próximo concessionário, para que este possa prestar o serviço. Se o novo concessionário tivesse de construir, *ab ovo*, a infraestrutura para prestar o serviço, os ganhos com a universalização de acesso do serviço prestado em regime público seriam extintos ao termo de cada concessão.

Assim, o que a reversibilidade faz, na verdade, é possibilitar o uso de infraestrutura do antigo concessionário essencial à prestação do serviço pelo novo concessionário. Quando se trata de uso da mesma infraestrutura por dois ou mais prestadores, fala-se em compartilhamento de infraestrutura. Obviamente, no caso da reversibilidade, não há hoje, propriamente falando, um compartilhamento da infraestrutura, uma vez que a mesma infraestrutura não é utilizada por dois prestadores ao mesmo tempo, mas sim sucessivamente; a reversão implica a perda da propriedade da infraestrutura pelo concessionário. Mas não precisaria ser assim, necessariamente.

O problema que se quer resolver é o da continuidade do serviço prestado em regime público. Formula-se, então, a seguinte questão: a continuidade do serviço pode ser resolvida

com o compartilhamento de infraestrutura essencial à prestação do serviço? Ou seja, é possível preservar incólume o princípio da continuidade do serviço público por meio de disposições normativas que obriguem o compartilhamento pelo detentor da infraestrutura essencial à prestação do serviço?

Tome-se de empréstimo o caso da interconexão de redes. A interconexão é a operação técnica que permite a interligação entre redes de diferentes prestadoras de serviço, de modo que os usuários de uma consigam se comunicar com o de outras. Assim, por exemplo, o usuário da determinada empresa de STFC, chamada de X, consegue se comunicar com usuário de outra empresa que presta o serviço de telefonia fixa, chamada de Y. A ligação da rede X-Y é a interconexão.

Percebe-se, desde logo, que a interconexão é tema fundamental para as telecomunicações. Longe estão os tempos em que inexistia a obrigatoriedade de interconexão e os usuários de uma empresa ficavam “locked in”, como que presos a ela, sem poder se desligar dela, ainda que outra ofertasse melhores serviços, somente porque ela já estava com grande base de usuários, o que permitia comunicação mais ampla.

É interessante observar que, mesmo se tratando de ponto fulcral para o funcionamento das telecomunicações, a solução encontrada não foi prestar os serviços em regime público; pelo contrário, a LGT dá preferência à negociação privada entre as partes, somente invocando a atuação da Agência em caso de necessidade⁶⁰¹⁶⁰².

Aplicando-se o mesmo princípio para o caso da continuidade, parece que a obrigatoriedade de compartilhamento de infraestrutura essencial à prestação do serviço em regime público poderia, então, ser uma solução. Mas essa obrigatoriedade, por si só, não basta.

Veja-se que tal ideia já tinha sido aventada no Brasil por meio de Proposta do Senador Flexa Ribeiro, em seu PLS 53/2010⁶⁰³. Em seu texto, proibia-se a utilização do instituto da reversibilidade de bens no setor de telecomunicações e afirmava-se que “as obrigações de continuidade associadas aos serviços explorados em regime público serão regulamentadas

⁶⁰¹ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 265.

⁶⁰² Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação. § 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado. § 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão.

⁶⁰³ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95850>. Acesso em 4.12.2016.

com base no princípio constitucional de função social de propriedade”. No relatório de apresentação do Projeto, o Senador criticou a atuação da Anatel, por meio do que chamou de gestão patrimonial, afirmando que a Agência deveria fazer uma “gestão de contratos”.

Ocorre que a gestão de contrato, por si só, não seria suficiente. Obviamente, parece ser melhor, de fato, do que a “gestão patrimonial” atual; mas, quando se vê o histórico de litígios ocorridos na interconexão (especialmente relacionados a valores a serem pagos às prestadoras de serviços de telefonia celular por conta de uso da rede móvel), entende-se que não basta mera disposição normativa ampliativa de liberdade empresarial para se construir regulação eficaz.

Deve-se, por óbvio, estruturar uma modelagem regulatória, que envolva, por certo, a gestão de contratos, mas que não olvide outros elementos fundamentais, na visão da Regulação Responsiva. Em outras palavras: deve-se criar uma pirâmide de estratégias regulatórias e de sanções que fomente o compartilhamento da infraestrutura entre as concessionárias novas e antigas.

Na base dessa pirâmide, poderia situar-se a estratégia de, com base na obrigatoriedade legal de compartilhamento de infraestrutura pela concessionária, a concessionária negociar livremente seus termos com outrem, com incentivo a comportamento transparente (publicações) e não-discriminatório. Caso fossem firmados acordos de compartilhamento entre atual concessionária e nova prestadora do serviço, o problema da continuidade do serviço seria resolvido.

Isso exige, por óbvio, planejamento regulatório, uma vez que a nova concessionária deveria estar selecionada com razoável antecedência (*buffer zone*) em relação ao vencimento do contrato de concessão, para que haja tempo hábil para negociação e firmatura de contratos.

Mesmo situando-se ainda na base da pirâmide, seria necessário dar assento a um terceiro, de alguma forma representante do interesse público, para participar, mais de perto, da fiscalização do concessionário. Esse terceiro poderia ser selecionado por meio de procedimento licitatório ou talvez outro mais simplificado, mas de forma que garantisse a expertise dos participantes no assunto em tela.

Se tal estratégia não fosse suficiente para engajar a concessionária na oferta de sua infraestrutura, ou ainda se, feita a oferta, esta se recusasse a firmar os contratos, por razões pouco convincentes (*circuit breaker*), poder-se-ia pensar na criação de uma Entidade Supervisora de Ofertas específica para os casos relacionados à continuidade do serviço

prestado em regime público. Tal entidade poderia fiscalizar se as ofertas estão sendo feitas corretamente, com transparência, de forma isonômica, propondo correções e sanções.

Escalando a pirâmide, poderia haver fiscalização ostensiva por um Grupo de Supervisão composto de atores governamentais e não-governamentais. Isso representaria uma escalada “em rede”, pois aos atores estatais se juntariam entidades da sociedade civil, com enorme poder sobre reputação das empresas, ativo essencial à sua sobrevivência.

Em um degrau acima, haveria a obrigação de separação funcional da empresa, a fim de facilitar o controle e a transparência de preços e oferta. A separação contábil, passo anterior, envolve a contabilidade separada para diferentes órgãos da empresa, de modo que a apropriação de receitas e despesas de cada unidade gestora possa estar separada, facilitando a mensuração de custo e avaliação de ativos. Já na separação funcional ocorre a efetiva separação de ativos em diferentes unidades de negócio, mas ainda com o mesmo proprietário. Há, ainda, a separação estrutural, medida drástica não utilizada nesse grau da pirâmide, situação na qual os ativos são atribuídos a pessoas distintas, havendo uma cisão da propriedade⁶⁰⁴.

Se tais medidas fossem inócuas, seria o caso de pensar em controle direto dos preços de atacado, ou seja, a Agência Reguladora determinaria, compulsoriamente, o preço, baseado em custos, a ser cobrado pelo compartilhamento da infraestrutura. Seria enorme ingerência na liberdade de iniciativa, mas feita como resposta à ação de um agente não-cooperativo.

Por fim, se nada disso funcionasse, a Agência Reguladora poderia declarar os bens indispensáveis à prestação do serviço como reversíveis e retirá-los da propriedade da concessionária, medida drástica de supressão do direito de propriedade.

Todas essas estratégias deveriam ser conjugadas com sanções crescentes também. Ou seja, se a empresa não firmasse os contratos quando a estratégia ainda estivesse na base da pirâmide, e isso em um determinado número de meses antes do fim do contrato, seria aplicada uma multa, cujos valores iriam crescendo à medida do passar do tempo. Outras punições seriam já aplicadas pela escalada regulatória (fixação de preços, separação funcional, declaração de reversibilidade etc.), ao passo que punições como suspensão do serviço ou decretação de caducidade poderiam ser inconvenientes, pois se trataria de serviço prestado em regime público, pautado pela continuidade.

⁶⁰⁴ MANRIQUE, Delcio Ferreira. **Concorrência em telecomunicações**: análise da aquisição da Brasil Telecom pela OI. 2011. 101 f., il. Dissertação (Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 46. <http://repositorio.unb.br/handle/10482/9155>. Acesso em 4.12.2016.

Tal seria, para os propósitos deste trabalho, uma possível modelagem, inspirada na teoria da regulação responsiva, para resolver os problemas decorrentes do princípio da continuidade dos serviços públicos.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou abordar a reversibilidade de bens no setor de telecomunicações não com base nos argumentos que comumente se levantam, como o da violação da eficiência administrativa, ou da necessidade de mínima intervenção regulatória, mas sim a partir de uma teoria que, tendo franco suporte acadêmico e empírico, corresponda aos desenvolvimentos últimos do direito administrativo.

Viu-se, no início do trabalho, que o direito administrativo pede, atualmente, por novos padrões de intervenção, mais calcados no diálogo e no consenso, em uma espécie de construção conjunta de soluções regulatórias. Obviamente, não se trata de pensar o direito administrativo, da forma como cogitado por alguns críticos, como um ramo jurídico puramente autoritário, criado, maquiavelicamente, para favorecer o Estado, nem se está propondo uma condenação do direito administrativo tal qual concebido no início do século XX.

O que se passou a reconhecer, com o amadurecimento do pensamento jurídico ao longo do tempo, foi que, para atingimento de seus próprios fins, o direito administrativo poderia valer-se de instrumentos mais flexíveis ou participativos, a fim de que, alcançando maior legitimidade, pudesse ser mais efetivo no cumprimento de suas normas.

Procurou-se preservar, assim, os objetivos do direito administrativo, mas de forma a conciliá-los melhor com a liberdade reconhecida aos entes privados. No fundo, a antiga concepção divisória entre interesse público e interesse privado, o primeiro como apanágio do Estado, o segundo jungido a interesses lucrativos, foi superada em parte por um amálgama de interesses de ambas as partes, em que se reconhece, precipuamente, que os agentes privados, também, contribuem para o interesse público, não havendo que se falar em necessária dicotomia entre ambos.

Os reflexos dessa nova concepção irão ecoar não só no direito administrativo em geral, mas também no Direito Regulatório, reclamando novas abordagens regulatórias que sejam mais consentâneas com o direito administrativo reconfigurado por novos paradigmas. Por um lado, esse ramo do Direito não desaparece, nem mesmo a noção de interesse público,

descabendo falar em ausência total de intervenção do Estado, pelo prisma constitucional; por outro, deve-se observar que a continuidade da adoção de práticas meramente unilaterais, em uma regulação do tipo comando e controle, não se harmoniza com os modernos ditames paradigmáticos do direito administrativo, já mencionados.

Essa situação coloca importante questão: há alguma teoria que concilie ambos os valores hodiernamente buscados pelo direito administrativo? Buscou-se haurir, na teoria responsiva da regulação, uma resposta adequada a essa pergunta. A teoria desenvolvida por Ayres e Braithwaite pretende consolidar um padrão de intervenção regulatória que, ao mesmo tempo em que respeite a liberdade do agente privado e lhe outorgue grande confiança para fazer sua autorregulação, atribui ao Estado o papel de fazer um *design* de estratégias regulatórias para acompanhar e fiscalizar a atuação do ator privado e sancioná-lo, se for o caso.

Uma contribuição inovadora da Teoria, talvez a principal, vem da modelagem regulatória piramidal que lhe é característica, por qual da qual se preveem situações nas quais o regulador deve escalar uma pirâmide de estratégias e sanções, especialmente quando a autorregulação não é suficiente ou o ator privado não coopera com o regulador para a solução ótima. O ponto de partida da teoria é de que se deve estabelecer uma relação de confiança mútua entre regulador e regulado, de maneira que a atitude normal do regulador, em princípio, é acreditar que o regulado tem condições de cumprir voluntariamente seu papel no desempenho de um serviço com qualidade e regular. Isso não significa assumir, como amplamente visto e debatido, que os regulados são “bons” e não se importam com o dinheiro, numa visão ingênua da realidade, uma vez que tal atitude do regulador está no contexto da pirâmide: uma “traição” do regulado deve levar a drásticas consequências. Por conseguinte, argumentam os autores da Teoria, começar, *ab ovo*, já com as pesadas sanções é contraproducente, pois não levam à cooperação, ao comportamento virtuoso, engendrando, pelo contrário, um jogo de gato e rato prejudicial ao mercado e aos usuários.

Postas, assim, as bases da Teoria, passou-se a discutir a reconfiguração do serviço público (em consequência do apreciado no Capítulo 1) como obrigação estatal por meio da qual se concretizam os direitos fundamentais; essa reconfiguração conceitual leva a uma adaptação regulatória do regime de prestação de serviço (na linha do Capítulo 2), que passa a ser não necessariamente mais sujeito a um regime especial de prestação único, mas maleável e adaptado a cada setor. Uma das consequências dessa parcial privatização do regime a que se

submete o serviço público é a possibilidade de coexistência de vários regimes de prestação, inclusive sob o pálio da concorrência. Argumentou-se, em seguida, que a reversibilidade de bens na concessão de serviço público, a sua forma clássica de delegação, sempre foi vista como instrumento essencial à continuidade, um princípio inseparável do regime especial de prestação do serviço.

Passou-se, ato contínuo, à descrição do modelo de prestação de serviços de telecomunicações instituído pela Lei Geral de Telecomunicações, bem como sobre a caracterização dos bens reversíveis nesse setor. Quanto ao primeiro ponto, viu-se que os serviços de telecomunicações podem ser prestados tanto no regime público quanto no privado, como ocorre de fato com o STFC, e que a previsão da existência de possíveis bens reversíveis incide apenas na prestação em regime público. No que tange ao segundo, argumentou-se que, apesar do pouco cuidado com que a Anatel tratou os bens reversíveis desde o início, os bens reversíveis, na linha do pretendido pelo marco legal, são somente aqueles bens essenciais e vinculados à prestação do serviço em regime público.

Para melhor contextualização do problema causado pela existência dos bens reversíveis no setor, discorreu-se sobre a mudança de entendimento da Anatel ao longo dos anos relativa à conceituação dos bens reversíveis, com grande insegurança jurídica. Ademais, somam-se a essa outras críticas, mas que, na ótica da teoria responsiva, se reputam insuficientes.

Assim, e concluindo o trabalho, apresentou-se uma crítica ao modelo atual de bens reversíveis com fulcro na teoria responsiva da regulação, cujo cerne é: a continuidade da prestação em regime público deve ser garantida por uma modelagem regulatória adequada e responsiva, e não por uma regra do tipo comando e controle. Foram vistos, nesse passo, os problemas que a solução atual apresenta, como ausência de diálogo, de sequenciamento de instrumentos, de participação de terceiros, aumento de litigiosidade etc.

Pretendeu-se, por fim, sem esgotar todas as possibilidades existentes, divisar uma solução que, ao mesmo tempo em que preservasse a continuidade do serviço prestado em regime público, prestigiasse também liberdade empresarial. Cogitou-se, assim, na livre negociação entre as partes (atual concessionária e futura concessionária), como ocorre com a interconexão, mas dentro de uma modelagem regulatória inteligente, qual seja, se a negociação livre falhar, medidas cada vez mais interventivas devem ser tomadas.

Espera-se, assim, ter contribuído para que o debate sobre os bens reversíveis no setor de telecomunicações supere o discutido na prática do setor, com argumentos sobre eficiência, custos etc., aprimorando a modelagem regulatória, modernizando o direito administrativo, atraindo investimentos e melhorando a prestação do serviço, em prol dos usuários e dos investimentos no País.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Max Limonad, 1999.

AHDIEH, Robert. **The new regulation: from command to coordination in the modern administrative state** Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_ahdieh/1>. Acesso em: 30 jun. 2016.

AITA, Luana. **Protestos de rua e “rolezinhos” prenunciam o novo papel dos administrados na evolução da administração consensual?**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, p. 24-32, jun. 2014.

ALBUQUERQUE, Alexandre de at al. **Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, F. H. Mendes de. **Administração pública no direito privado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 67, p. 388-391, jan. 1962.

APOLINÁRIO, Marisa. **O Estado Regulador: o novo papel do Estado – Análise da perspectiva da evolução recente do direito Administrativo - O exemplo do sector da energia**. Coimbra: Almedina, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. BLC-Boletim de Licitações e Contratos. Brasília a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Administração pública pluricêntrica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 227, p. 131-150, jan./mar. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos: Regulação para Concorrência**.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARANHA, Marcio Iorio. **Direito das Telecomunicações**. Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais. 3ª ed., London: Laccademia Publishing, 2015.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. London: Laccademia, 2015.

ATHAYDE, José Gustavo. **As Agências reguladoras – independência e poder normativo em face da CONstituição Federal de 1988**, in Fórum administrativo, Belo Horizonte, abril de 2003.

AUBY, Jean-Marie at al. **Droit administratif des biens**. 5ª ed. Paris: Dalloz, 2008.

AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992.

AZEVEDO, Gustavo Filadelfo. **Concessão de serviço público – Reversão – Natureza do direito da concessionária sobre a coisa reversível**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 41, p. 433-479, jan. 1955.

BALDWIN, R., & CAVE, M. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

BALLEISEN, Edward J.; MOSS, David A. **Government and markets: toward a new theory of regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BALLESEIN, Edward J.; EISNER, Marc. **The promise and pitfalls of Co-regulation: How Government can draw on private governance for public purpose**. In MOSS, David; CISTERNINO, John. *New Perspectives on Regulation*. USA: The Tobin Project, 2009

BASTOS, Celso Ribeiro et al. **As tendências do direito público no limiar do novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Julia. **Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world.** Disponível em:

<http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/287328/mod_folder/content/0/

Black,%20Decentring%20regulation.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRAITHWAITE, John Bradford. **Responsive regulation and developing economies.** World Development, v. 34, n.5, 2006.

BRAITHWAITE, John Bradford. **Restorative justice and responsive regulation.** Oxford, UK: Oxford Univ. Press, 2002.

BRAITHWAITE, John Bradford. **Rules and principles: a theory of legal certainty.** Australian Journal of Legal Philosophy, v. 27, p. 47-82, 2002. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=329400>> <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.329400>> Acesso em: 28.11.2016.

BRAITHWAITE, John Bradford; **MAKKAI, Toni. Trust and compliance.** Policing and Society, v. 4, n. 1, 1994. Disponível em: <https://www.academia.edu/13159899/Trust_and_compliance_?auto=download>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de Motivos n. 231.** Brasília: DOU, 10 de dezembro de 1996.

CAETANO, Marcello. **A reforma administrativa.** In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo – Doutrinas Essenciais. São Paulo: RT, 2012

CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it.** New York: Cambridge University Press, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Afrânio de. **Propriedade dos bens da concessão.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 45, p. 22-46, jan. 1956.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

CARVALHO, Gabriela. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014.

CASTELLS, Manuel. **Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação**. Tradução de Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.); WILHEIN, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: UNESP, 1999

CASTRO, Marcus Faro. **Pluralismo jurídico: principais ideias e desafios**. In SILVA, Felipe Gonçalves; Rodriguez, José Rodrigo. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Concessão de serviço público – reversão de bens**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 102, p. 453-462, jan. 1970.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do poder discricionário**. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 128, p. 1-26, abr./jun. 1977.

COROVIL, Leonor Augusta Giovine. **A Intervenção Estatal nas Telecomunicações – A visão do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CORVALÁN, Juan Gustavo. **Transformações do “regime de Direito Administrativo”**: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da administração pública. A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 179/80, 1990.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Comparado de acordo com a Constituição de 1988**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRETELLA JR, José. **As categorias jurídicas e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 85, 1996.

CRETELLA JR, José. **Esquemas privatísticos no direito administrativo**. Revista e Informação Legislativa. Brasília, v. 24, n. 96, out./dez. 1987.

CRETELLA JR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan. 1971.

CRETELLA JR., José. **Tratado de direito administrativo. Vol. III**.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GIBSON, Sérgio Armanelli. **Direito administrativo em enfoque: as contribuições da teoria discursiva de Jürgen Habermas**. *Fórum Administrativo – direito público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38457>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANIELS, Brigham. **When Agencies Go Nuclear: A Game Theoretic Approach to the Biggest Sticks in an Agency's Arsenal**. 80 Geo. Wash. L. Rev. 442, 2012;

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos – As Ações do Estado na Produção Econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo – Doutrinas Essenciais**. São Paulo: RT, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade na Constituição de 1988**. 2ª ed. Editora Atlas, São Paulo, 2001.

DIAS, Edna Cardozo. **Gestão ambiental e certificação**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, set./out. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx? pdiCntd=10962>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DUTRA, Pedro. **Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações**. Revista do Ibrac, v. 9, n. 2, p. 15-47, 2002.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo Direito de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ESTLUND, Cynthia. **Rebuilding the law of the workplace in an era of self-regulation**, 105 Colum. L. Rev. 319, 2005.

FAGUNDES, M. Seabra. **Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 78, p. 1-25, jan. 1964.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FELDMAN, Yuval. **Five models of regulatory compliance motivation: empirical findings and normative implications**. In LEVI-FAUR, David. Handbook on the Politics of Regulation. USA: EE, 2011,

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

FOLGER, R.; KONOVSKY, M.A. **Effects of procedural and distributive justice on reactions to pay raise decisions**. Academy of Management Journal, n. 32, p. 115-130, 1989.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Da obrigatoriedade das leis administrativas nas práticas governamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 118, p. 12-33 out./dez. 1974.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Do poder administrativo, o poder entre poderes**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 119, p. 16-32, jan/mar. 1975. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40723/39474>>. Acesso em: 28.11.2016.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. **Da dogmática autoritária à administração pública democrática**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 213-239, maio/ago. 2011.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo, Dialética, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva: 2014.

GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro; ORTIZ, Gaspar Ariño. **La Competencia em Sectores Regulados – Regulación Empresarial y Mercado de Empresas**. 2ª ed., Albolote: Granada, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da continuidade do serviço público**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GOMES, Guilherme Lemos Sant'Anna. Contornos jurídicos da regulação normativa. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (org.). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUIMARAES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GUNNINGHAM, N.; KAGAN, R.; THORNTON, D. **Social license and environmental protection**: why businesses go beyond compliance. *Law and Social Inquiry*, v. 29, n. 2.

GUNNINGHAM, Neil. **Mine Safety: Law, Regulation, Policy**. Federation Press, 2007.

GUNNINGHAM, Neil. **Negotiated non-compliance: a case study of regulatory failure**. 9 *Law & Pol'y*, n. 69, 1987.

GUNNINGHAM, Neil; REES, Joseph. **Industry self-regulation: an institutional perspective**. 19 *Law & Pol'y*, n. 363, 1997.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy**. 24 *Law & Soc. Inquiry* 853, 1999.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulation and the Role of Trust: Reflections from the Mining Industry**. 36 *J.L. & Soc'y* 167 2009.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection**. 21 *Law & Pol'y*, n. 49, 1999.

HAURIOU, Andre. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 465-473, jan. 1945.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. 10 *HARV. L. REV.* 459, 1897.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Excerto traduzido. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/download/262/126>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 5. ed. [s/l]: Laterza, 2003.

JIMENEZ, Marco. **Finding the good in Holmes's bad man**. 79 Fordham L. Rev. 2069. 2011. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol79/iss5/9>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Contornos da Atividade Administrativa de Fomento no Direito Administrativo Brasileiro: Novas Tendências**. In Mello, Celso Antônio Bandeira de. et al. **Direito Administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KENNEY, Douglas S.; STOHS, Miriam; CHAVEZ, Jessica et al. **Evaluating the use of good neighbor agreements for environmental and community protection**. Natural Res. Law Ctr., Univ. of Colo. Sch. of Law, 2004.

KRAMER, R.M.; TYLER, T.R. (eds.). **Trust in organizations: frontiers of theory and research**. Londres: Sage Publications, 1996.

LACHAUME, Jean François at al. **Droit des services publics**. Paris: LexisNexis As, 2012.

LAFERRIÈRE, M. **Introduction à l'histoire des institutions administratives: discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif**. Bureau de la Revue de Législation et Jurisprudence. 1838. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k94639g>. Acesso em 16.1.2017.

LEHFELD, Lucas de Souza. **As Novas Tendências na Regulamentação do Sistema de Telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

LEVI, M. A state of trust. In: BRAITHWAITE, V.; LEVI, M. (eds.). **Trust and governance**. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

LEVI-FAUR, David. **Handbook on the Politics of Regulation**. USA: EE, 2011.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIMA, Ruy Cirne. **O Código Civil e o direito administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 62, p. 1-15, jan. 1960.

LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios Jurídicos e Regulação**. (Tese Pós-Graduação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. São Paulo: RT, 1997.

MANRIQUE, Delcio Ferreira. **Concorrência em telecomunicações: análise da aquisição da Brasil Telecom pela Oi**. 2011. 101 f., il. Dissertação (Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011, <http://repositorio.unb.br/handle/10482/9155>. Acesso em 4.12.2016.

MARKELL, David L.; GLICKSMAN, Robert L. **A holistic look at agency enforcement**. *N.C.L. Rev.*, n. 93, p. 1, December, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Bens Públicos, Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p 389.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. In MODESTO, Paulo at al. **Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da Organização Administrativa Brasileira**. 2^a ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista de direito público da Economia Fórum, Belo Horizonte, V. 1, nº 1, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Parecer sobre reversibilidade de bens no STFC**, 2015, mimeo.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Empresas estatais e parcerias institucionais**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Belo Horizonte, n. 272, maio a agosto 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=245204>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

MARSHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do Direito Administrativo. In Mattos, Paulo et al. **Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano**. São Paulo: editora 34, 2004.

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas: considerações acerca das suas insuficiências à luz do substancialismo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

MARZUOLI, Carlos. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*. In: PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998.

MATTOS, Paulo et al. **Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano**. São Paulo: editora 34, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDEIROS, José Saboia Viriato. **Concessão de serviço público – Natureza jurídica dos bens concessionário – reversão.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 33, p. 489-497, jan. 1953.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et al. **Direito Administrativo e liberdade.** São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Evolução científica do direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 83, p. 1-31, jan. 1966.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 34, p. 34-48, jan. 1953.

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, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

MENZEL, Ulrich. **La revolution pos industrial: tercerización y desmaterialización de la economía.** Revista D+C Desarrollo y Cooperación, Frankfurt, n. 5, 1995.

MINZNER, Max. **Why Agencies Punish.** 53 Wm. & Mary L. Rev. 853, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo.** São Paulo: RT, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MODESTO, Paulo et al. **Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da Organização Administrativa Brasileira.** 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A globalização e o direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 265-280, out./dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático.** 2ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 243, p. 41-47, jan. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa.** Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado – O Direito Administrativo em tempos de Globalização.** Belo horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transadministrativismo: uma apresentação.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set/dez. 2014.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo – Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática.** 2ª ed., Belo Horizonte; Fórum, 2010.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública.** Almedina: Coimbra, 1997.

MOREIRA, Vital; FORTE, André Matos. **Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a "Declaração de Condeixa"**. Revista de direito público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 249-259, jan./mar. 2003.

MOSS, David; Cisternino, John. *New Perspectives on Regulation*. USA: The Tobin Project, 2009.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos. – Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MURPHY, Kristina. **The role of trust in nurturing compliance**: a study of accused tax avoiders. Working Paper 49, p. 2-3, Novembro, 2004. Disponível em: <<https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/43171/2/49.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

NETO, Pedro Thomé de Arruda. **Reforma do Estado e evolução dos modelos de gestão pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamentos de uma nova administração pública constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 133-158, abr. 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e; Neto, Eurico Bitencourt. **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais- Diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional**. In Estudos de Direito Administrativo – Em Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo, Max Limonad, 1996.

NUNES, Castro. **Parecer: Concessão de Serviço Público – Reversão – Fundo de Amortização – Publicidade de Atos Administrativos – Poder de Polícia – Abuso de Poder**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 42, p. 457-458, outubro a dezembro de 1955).

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Agências reguladoras e concorrência**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000

O'SULLIVAN, K.P.V.; FLANNERY, Darragh J. **A discussion on the resilience of command and control regulation within regulatory behaviour theories**. Set. 1, 2011.

Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1927500>> Acesso em: 28.11. 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira**. Tese de Doutorado defendida na USP, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, maio 2013.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3ª ed. Albolote: Granada, 2004.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Almedina, 2003

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998.

PARKER, Christine. **The "compliance" trap: the moral message in responsive regulatory enforcement**. 40 Law & Soc'y Rev., n. 591, 2006.

PAULA, André Saraiva de. **Análise jurídica da política econômica: possibilidade de aplicação ao controle dos bens, serviços e direitos vinculados aos serviços de telecomunicações**. 2011. 154 f., il. Dissertação (Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios), Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

PAVÃO, Nara de Carvalho. **Instituições, credibilidade e governança regulatória no Brasil - um estudo de caso do desenho da regulação nos setores de telecomunicações e eletricidade**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro – O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática – Institutos de Participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Interesse público e administração concertada**. Revista de Direito Municipal, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34726>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos Serviços de Utilidade Pública**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **A regulação pública como instituto de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI**. In Albuquerque, Alexandre de at al. **Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das Telecomunicações – A regulação para a competição**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

REASON, J. **Managing the risks of organizational accidents**. Ashgate: University of Michigan, 1997.

REISS, Dorit Rubinstein. **The benefits of capture**. Wake Forest L. Rev., n. 47, p. 569-570, 2012.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias**. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, n. 272, maio a agosto 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=245215>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada - fundamentos econômicos-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: [s/e], 1947.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO, Jean. **Hacia un derecho común europeo: nuevas perspectivas en derecho administrativo**. In: *Páginas de derecho administrativo*. Temis: Bogotá, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes at al. **Perspectivas do direito público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; GONÇALVES, Priscila Brólio. **O CADE, a Concorrência e a Operação Nestlé-Garoto**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, p. 263-278, dez. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42130>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

ROUSSEL, Carine. **La classification des biens dans les délégations de service public**. 2001. Disponível em: <http://ged.univ-valenciennes.fr/nuxeo/site/esupversions/f576012a-66bf-4986-82d3-943d1f6e97f1>. Acesso em 20.8.2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. Malheiros Editores, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANT'ANA, Diogo de. **Estado, direito e produção de alimentos: análise a partir do “ponto de estrangulamento” no setor de fertilizantes.** 2012. Tese (doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/7Hlxtn>> Acesso em: 13 abr. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** 2011. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público.** Revista de direito público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=38663>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

SEIDENFELD, Mark. **Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation**, 41 Wm and Mary L. Rev. 411, 2000.

SHAPIRO, S. **The social control of impersonal trust.** Atl. J of Sociology, n. 93, p. 623-58, 1987.

SHAPIRO, S.; RABINOWITZ, R. **Punishment versus cooperation in regulatory enforcement: a case study of OSHA.** Administrative Law Rev., n. 49, p. 713-62, 1997;

SHORT, Jodi L. **The paranoid style in regulatory reform.** 63 Hastings L.J. 633, 2012.

SHORT, L. J.; TOFFEL, Michael W. **Making self-regulation more than merely symbolic: the critical role of the legal environment**, 55 Admin. Sci. Q. 361, p. 362, 2010. Disponível em: <http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1259>. Acesso em: 29 jun. 2016.

SILVA, Almiro do Couto e. **Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 95, p. 19-37, jan. 1969.

SILVA, Carlos Medeiros. **Concessão de serviço público – Reversão – Fundo de amortização – Interpretação dos atos administrativos – Ilegalidade e abuso de poder – Instrumento público – Mandado de segurança.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 43, p. 454-470, jan. 1956.

SILVA, Felipe Gonçalves. **Entre potenciais e bloqueios comunicativos: Habermas e a crítica do Estado democrático de direito.** Cad. CRH, Salvador, v. 24, n. 62, p. 307-330, ago. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792011000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792011000200006>.

SILVA, Felipe Gonçalves; Rodriguez, José Rodrigo (org.). **Manual de Sociologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SOLOMON, Jason M. **Book Review Essay: Law and Governance in the 21st Century Regulatory State Law.** 86 Tex. L. Rev. 819, 2008;

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A função regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (org.). **Direito empresarial público.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (org.). **Direito empresarial público.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (org.). **Direito empresarial público.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena, Villela. **Função regulatória.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADAE), Salvador, Instituto Brasileiro de direito público, n°. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

SOUZA, Leandro Marins de. **Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor: sistematização e regulação.** 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SPARROW, M. **The regulatory craft**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4^aed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer sobre reversibilidade de bens na concessão de telefonia fixa**. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Regulação de telecomunicações e direito da concorrência**. Mimeo.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Uso dos espaços públicos comuns pelas redes de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 16, n. 56, p. 27-48, abr./jun. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149 – 174.

SUNSTEIN, Cass R. **Free markets and social justice**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

TÁCITO, Caio. **O ensino do direito administrativo no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 46, p. 503-507, jan. 1956.

TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 242, Out./Dez. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42977>> Acesso em: 27.11.2016.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. **A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos.** Dissertação de Mestrado (Direito). UnB, 2012. Disponível em: <http://www.docs.ndsr.org/dissertacao2012VictorEpitacioCravoTeixeira.pdf>. Acesso em 8.2.2017.

THORNTON, Dorothy, KAGAN, Robert A., & GUNNINGHAM, Neil. (2009). **When Social Norms and Pressures Are Not Enough: Environmental Performance in the Trucking Industry.** Law & Society Review.

TYLER, T.R. **The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities.** Personality and Social Psychology Review, v. 1, n. 4, p. 323-345, 1997.

TYLER, T.R.; DEGOEY, P. **Trust in organizational authorities: the influence of motive attributions on willingness to accept decisions.**

VALLE, Vanice Regina Lírio. **A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 119-140, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7959>. Acesso em: 30.11.2016.

VANDENBERGH, Michael P. **The private life of public law,** 105 Colum. L. Rev. 2029, 2005.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

WEIL, Prosper. **Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1977.

WOEHLING, Jean-Marie. **Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France.**

ZIANI, Salim. **Du service public à l'obligation de service public.** LGDJ, Lextenso éditions, 2015.

ZUBALLI, Umberto. Il controllo della discrezionalità. In: PARISIO, Vera (org.). **Potere discrezionale e controllo giudiziario**. Milão: Giuffrè, 1998.