



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



LUCAS HOLLANDA BELFORT

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:

temperamentos à adaptação dos modelos alienígenas ao ambiente jurídico brasileiro

Dissertação de Mestrado

Recife

2017

LUCAS HOLLANDA BELFORT

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:

temperamentos à adaptação dos modelos alienígenas ao ambiente jurídico brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Orientador: Prof. Dr. Edílson Pereira Nobre Júnior

Recife
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

BELFORT, LUCAS HOLLANDA .

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
temperamentos à adaptação dos modelos alienígenas ao ambiente jurídico brasileiro
/ LUCAS HOLLANDA BELFORT. - Recife, 2017.

124p

Orientador(a): EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Cooorientador(a): GUSTAVO RAMOS CARNEIRO LEÃO

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

1. AGÊNCIAS REGULADORAS. 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I. NOBRE
JÚNIOR, EDILSON PEREIRA. (Orientação). II. LEÃO, GUSTAVO RAMOS
CARNEIRO. (Coorientação). IV. Título.

340 CDD (22.ed.)

LUCAS HOLLANDA BELFORT

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:

temperamentos à adaptação dos modelos alienígenas ao ambiente jurídico brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Orientador: Prof. Dr. Edílson Pereira Nobre Júnior

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (Presidente – UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Gustavo Ramos Carneiro Leão** (1º Examinador – externo/UNICAP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Francisco de Queiróz Bezerra Cavalcanti** (2º Examinador – UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 14 de julho de 2017.

Coordenador(a): Prof.^a Dr.^a **Juliana Teixeira Esteves**.

RESUMO

BELFORT, Lucas Hollanda. **Poder normativo das agências reguladoras: temperamentos à adaptação dos modelos alienígenas ao ambiente jurídico brasileiro.** 2017. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

O trabalho apresenta uma análise dos poderes de cunho normativo exercidos pelas agências reguladoras brasileiras a partir da perspectiva das adaptações ao nosso ambiente jurídico de modelos estrangeiros oriundos do Reino Unido e sobretudo dos EUA, de modo a investigar se a intervenção regulatória, introduzida no Brasil com a reforma administrativa, harmoniza-se com as necessidades e características de nossos setores regulados no que condiz à eficiência do sistema bem como à segurança jurídica no sentido de legitimação a partir de nossa tradição jurídica e ordem constitucional, utilizando-se do instrumental teórico das delegações legislativas e da reserva de densificação normativa. Adjacente ao tema proposto, trilhou-se de maneira a ele propedêutica uma investigação acerca da justificativa econômica da intervenção da Função Executiva do Poder Político do Estado sobre os administrados, tendo como ponto de referência o instituto do poder regulamentar, em seus desdobramentos histórico e político, em sua convergência como termômetro prestante a medir as tendências intervencionistas, e como faceta do próprio sistema regulatório. Enfim, deu-se vazão à tendência doutrinária contemporânea da análise de impacto regulatório, teoria que ultrapassa a discussão da validade ou não da importação dos modelos estrangeiros e cuida em analisar a qualidade da regulação e da governança regulatória.

Palavras-chave: Regulação. Intervenção Estatal. Poder regulamentar. Reserva de densificação normativa. Análise de impacto regulatório.

ABSTRACT

BELFORT, Lucas Hollanda. **Normative power of regulatory agencies:** moderations to the adaptations of the foreign models in the Brazilian legal environment. 2017. 123 f. Master degree – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

This paper presents an analysis of the normative powers exercised by the Brazilian regulatory agencies from the perspective of the adaptation to our legal environment of foreign models from the United Kingdom and especially from the USA, in order to investigate if the regulatory intervention introduced in Brazil by administrative reform is harmonized with the needs and characteristics of our regulated sectors in what concerns the efficiency of the system as well as the legal security in the sense of legitimization from our legal tradition and constitutional order, using the theoretical instruments of the legislative delegations and ‘regulatory densification reserve’. Adjacent to the proposed theme, an investigative study of the economic justification of the intervention of the Executive function of the Political Power of the State over the citizens was conducted in an investigative manner, having as its point of reference the institute of the regulatory power, in its historical and political developments, In its convergence as a thermometer that provides a measure of interventionist tendencies, and as a facet of the regulatory system itself. Finally, the contemporary doctrinal tendency of the analysis of regulatory impact, which surpasses the discussion of the validity or not of the importation of the foreign models, takes care to analyze the quality of the regulation and the regulatory governance.

Keywords: Regulation. State intervention. Regulatory power. Normative densification reserve. Regulatory impact analysis.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	MERCADO E INTERVENÇÃO ECONÔMICA ESTATAL	12
2.1	TRAÇOS JURÍDICOS DO ESTADO SOCIAL E CARACTERÍSTICA DE SUA INTERVENÇÃO.....	12
2.2	ECONOMIA DE MERCADO E ECONOMIA DO BEM-ESTAR	14
2.3	FALHAS DE MERCADO E INTERVENÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS	19
2.4	TIPOLOGIA DA INTERVENÇÃO.....	20
2.5	FALHAS DE CONCORRÊNCIA (PODER DE MERCADO)	23
2.6	AS FALHAS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO	29
3	PODER NORMATIVO E REGULAMENTAR	36
3.1	O REGULAMENTO NA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA CLÁSSICA....	37
3.1.1	O Regulamento na Doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello	38
3.1.2	Poder Regulamentar segundo Ruy Cirne Lima.....	40
3.1.3	O Regulamento na Lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	41
3.1.4	Poder Regulamentar no Ensinamento de Hely Lopes Meirelles.....	43
3.2	RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
3.3	BUROCRACIA E TECNOCRACIA ESTATAIS ANTE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	55
4	INSTITUCIONALIDADE REGULATÓRIA NO REINO UNIDO E NOS EUA	59
4.1	TRADIÇÃO JURÍDICA.....	59
4.2	ESCORÇO INSTITUCIONAL REGULATÓRIO	73
4.3	ORGANISMOS INDEPENDENTES.....	76
4.4	REGULATORY BODIES.....	80
4.5	O FENÔMENO DA AGENCIFICAÇÃO NOS EUA.....	83
5	RESERVA DE DENSIFICAÇÃO NORMATIVA E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO	90
5.1	DELEGAÇÃO LEGISLATIVA.....	90
5.2	RESERVA DE DENSIFICAÇÃO NORMATIVA DA LEI	95
5.3	A.I.R.....	107
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

O tema da regulação e dos corpos administrativos criados para realizar tal função, bem como de sua capacidade de normatização, ou falta dela, são temas já bastante tratados na literatura jurídica nacional e sobretudo internacional. Não é tarefa fácil, pois, tentar trazer qualquer feitio novo à discussão já repassada por doutrinadores de renome.

Entende-se que o termo ‘regulação’, vindo das ciências físicas, pode ser empregado na conceituação de distintas situações dentro da seara do conhecimento jurídico, confundindo-se, por vezes, com regulamentação, ordenamento de normas de direito, ingerência positiva estatal na sociedade.¹

Abstraídos, em um primeiro momento, os conceitos importados das tradições jurídicas outras, nas quais o termo corresponde ao novo paradigma de Estado, sabidamente não mais produtor de bens e serviços, franqueados à iniciativa particular, mas como ordenador dos setores produtivos e sociais, como conformador, portanto, poder-se-ia classificar regulação, de uma forma geral, - sabendo ainda que há regulação estatal concentrada, estatal mediante órgãos reguladores e ainda por entidades não-estatais – como intervenção, propriamente.

Penetra-se no tema de maneira a homenagear tanto o direito público econômico, entendido por Laubedère como “o direito aplicável às intervenções das pessoas públicas na economia e aos órgãos dessas intervenções”², como a análise econômica do direito. Busca-se as justificativas econômicas para as manifestações jurídicas do Estado codificadas no instituto da intervenção, no caso, regulatória.

No primeiro segmento do trabalho, traz-se então sob uma perspectiva eminentemente econômica, as motivações científicas de atuação estatal. Tem-se que uma forma de avaliar o direito é o considerando um instrumento social de legitimação das decisões, sem que, intrinsecamente, carregue as respostas para os problemas

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

² LAUBEDÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 28.

que pretenda resolver. Essa constatação não leva à conclusão de que existe uma falha no sistema jurídico, mas de que é algo inerente a sua própria natureza.³

O direito, sob essa perspectiva, é vazio de conteúdo, é uma engrenagem historicamente desenvolvida pela sociedade para lidar com os conflitos gerados durante o convívio em comunidade. “Diante do conflito o direito aponta uma solução. Trate-se, portanto, de uma disciplina de escolhas”.⁴ O conteúdo dessa engrenagem jurídica é preenchido por outras disciplinas, que socorrem a sociedade na resolução desses conflitos.

Esclarecedor, desse ponto de vista formal do direito, é a crise em dois momentos da atividade jurídica denominada *ex ante* e *ex post*. O primeiro é o momento em que a sociedade escolherá, através de seu apresto institucional, as normas que serão criadas para tratar dos problemas vindouros. Embora se trate de uma normatização com vistas ao futuro, utiliza-se de parâmetros pretéritos para avaliar quais as consequências mais adequadas. “Em outras palavras, com base na experiência histórica, decidem-se as quais condutas o direito deve impor essas ou aquelas consequências”.⁵

No momento da elaboração normativa, o legislador ordinário ou o constituinte não se socorrem de sistemas e princípios jurídicos, mas políticos, cujas escolhas são permeadas pelas searas moral, econômica, religiosa, etc. Se assim não o fosse, a feitura técnica do ordenamento poderia ser entregue aos juristas, simplesmente. Ocorre, portanto, a interdisciplinaridade de forma mais patente neste momento da atividade jurídica.

O momento *ex post* ocorre no momento em que o quadro normativo já está estabelecido, tendo-se de se escolher dentre as possibilidades que ele oferta a melhor alternativa argumentativa possível para resolução dos problemas apresentados, levando em conta quais as consequências que os incentivos adjacentes às normas escolhidas exercerão sobre os outros atores sociais.

³ LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. A análise econômica do direito como instrumento analítico na prática jurídica: a forma e o conteúdo do direito: uma visão interdisciplinar. **Âmbito Jurídico**. 2013. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13951&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 ago. de 2015.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

Conquanto costume-se considerar esse momento como afeto de forma exclusiva ao jurista ou como campo que lhe é clássica e historicamente inerente, decisões jurídicas são tomadas além dos tribunais por todos os agentes, sejam da esfera jurídica ou não: cidadãos, empresários, políticos realizam suas escolhas através dos incentivos insculpidos nas normas. Assim o é no exemplo da escolha do empresário em pagar ou não um determinado tributo. Seria irreal a conjectura de que o cumprimento de suas obrigações fiscais se deva ao comprometimento moral de sua vida em sociedade, dado, por exemplo, a existência do próprio poder administrativo sancionador. A escolha em tela provavelmente levará em conta o aspecto do cálculo da vantagem obtida em pagar ou não o tributo. Se deixar de pagá-lo e arcar com as sanções for mais lucrativo para seu cometimento comercial do que pagar corretamente ao Fisco, então a escolha penderá pelo não pagamento. Se, ao contrário, o não pagamento e sua respectiva sanção, levando em conta o nível de efetividade da norma, for mais dispendioso do que arcar com esse determinado tributo, então o empresário o pagará. Dependerá do incentivo que a norma trará.

Por vezes, até mesmo o juiz diante de uma contenda posta baseia-se em critérios ou parâmetros não jurídicos, devido à complexidade dos conflitos da sociedade hodierna. Ponderar princípios, preencher o conteúdo de uma cláusula geral e de conceitos indeterminados, estabelecer metas e prazos, realizar juízo de proporcionalidade ante as prescrições normativas são exemplos de busca em parâmetros não estritamente jurídicos.

O julgador utiliza-se de balizas jurídicas para decidir – a legalidade –, aplicando uma escolha meta-jurídica realizada antes, no momento da elaboração da norma ou, inconformado com essa decisão posta (a norma), ou mesmo quando ela não baste para solucionar a causa, utiliza-se de parâmetros meta-jurídicos próprios, que serão legitimados através da argumentação.⁶

Conclui-se que o direito, sob o ponto de vista formal é vazio de conteúdo e instrumento legitimador das escolhas da sociedade.

É nesse diapasão que a análise econômica se estabelece como uma alternativa de preenchimento do conteúdo da engrenagem jurídica de modo a usar seu instrumental teórico calcado na eficiência alocativa num ambiente de escassez de

⁶ LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. *op. cit.*

recursos para tomar decisões especialmente voltadas a evitar e resolver conflitos ocorridos nas esferas econômica e social.

“A economia pode prever as consequências da decisão com mais precisão, bem como oferecer um imenso instrumental analítico ao jurista para conhecer melhor o panorama fático englobado em sua escolha”.⁷ É de tal forma que o estudo das falhas do mercado pode ilustrar as veredas que o direito deve trilhar como ferramenta de atuação do Estado na intervenção nos mercados para consecução dos objetivos de nossa República e prevalência e respeito aos princípios de nossa ordem econômica e social estabelecidos na Constituição Federal.

No capítulo segundo, por tratar-se de segmento cujo fito é a observação específica do poder ou competência administrativa regulamentar, ainda que à luz de enfoques alheios ao dogmático, à primeira vista, ao tema, quis-se dar vazão a sua dimensão conceitual de conformação doutrinária sob a ótica de alguns dos administrativistas clássicos de nossa tradição publicista.

Prosseguindo, afigurasse-nos que só é possível uma análise distinta ao cabo que se dê relevância aos antepassados desdobramentos do objeto de estudo, tratando-se, portanto, sob uma dimensão histórica da atribuição regulamentar, especificamente as relações de sujeição especial, a aproveitar desta teoria, de uma vez, a evidência indelével de empoderamento de uma então recente seara administrativa frente ao exigido tecnicismo e ramificações prestacionais inseridas no desenvolvimento do Estado liberal burguês em detrimento do fator democrático, decorrente do ‘Estado Legislativo’, já fortemente reclamado como de fato é comezinho e prescindível que se gize; depois, adjacente a tais posicionamentos conflitantes entre legalidade como bandeira do Estado de direito e atuação do apresto administrativo, encontra-se a figura do regulamento, esquivo entre a porfia e cujo grau de normatividade se mostra ponto de contraste eficaz na localização do pêndulo que representa as contrações e relaxamentos intervencionistas e não intervencionistas, respectivamente.

Portanto, mais do que diagnosticar e apresentar as distintas lições doutrinárias acerca das relações de sujeição frente aos direitos fundamentais ou frente ao corolário relacionamento substancial entre Administração e cidadão, quer se contornar as

⁷ LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. *op. cit.*

ancestrais relações formais que dão origem aos problemas atuais, entre se saber como, de fato, conceber a tecnocracia, o respeito à retórica da legalidade como segurança contensiva, o atual fator democrático e a própria competência regulamentar.

No terceiro segmento, adentra-se nos modelos e aprestos regulatórios do Reino Unido e EUA, enaltecendo do primeiro seu desenvolvimento histórico para gizar as distintas formações das tradições jurídicas dos modelos importados ao Estado Brasileiro. O intuito da parte do segmento tratante do modelo dos EUA residiu em tentar demonstrar como a configuração dos primeiros órgãos administrativos a culminar na atual e complexa conformação regulatória norte-americana se deu a partir de um modelo próprio e pragmático de institucionalidade e relação estatal, ao passo que muito herda da tradição jurídica britânica, apresenta critérios peculiares e dela distintos. A necessidade de tal apresentação justifica-se na medida em que o sistema regulatório brasileiro, como de resto o de boa parte das estruturas administrativas dos países ocidentais, se deu por um decalque institucional sobre o qual, após análise dos posicionamentos doutrinários acerca da viabilidade prática e jurídica, poderemos concluir se perfaz modelo eficaz e condizente com nosso feitio constitucional.

E, enfim, no último capítulo, pondera-se, a partir da análise das delegações legislativas e da teoria da reserva de densificação normativa, as conformações das adaptações daqueles modelos discutidos, findando com a ultrapassagem da discussão sob a insígnia da teoria de análise de impacto regulatório.

2 MERCADO E INTERVENÇÃO ECONÔMICA ESTATAL

2.1 TRAÇOS JURÍDICOS DO ESTADO SOCIAL E CARACTERÍSTICA DE SUA INTERVENÇÃO

Em contraponto ao que ocorria no modelo liberal, o papel jurídico do Estado, entendido como a modalidade de que se reveste sua ação, por razões histórico-políticas, ganhou amplitude com intercessão em esferas de atividades até então consideradas independentes ou intocáveis pela mobilização do setor público, surgindo, assim, o Estado Social. Em especial, a atividade econômica deixa de ser afeta exclusivamente à seara dos indivíduos, considerados como conteúdo de uma hermética esfera privada, e passa a ser objeto característico da atividade conformadora dos poderes estatais, e a economia transforma-se ao deixar de tratar apenas das escolhas realizadas pelos indivíduos passando a analisar também o comportamento do Estado.⁸

Dada a importância dos mercados no tangenciamento das condições de vida da sociedade, o Estado apresenta-se, assim, como um agente condutor da atividade econômica e até a atuar como seu agente.

Pondo de lado por ora as causas em seus aspectos políticos e sociais, Cabral de Moncada⁹ aponta os traços essenciais desse modelo jurídico, a saber: a atenuação da distinção das esferas do direito público e privado, a crescente funcionalização da autonomia privada às vontades dos poderes públicos bem como a imperatividade normativa na conformação da vida econômica e social.

Quanto ao primeiro traço indicado, gize-se a própria intervenção estatal na esfera econômica, fazendo ruir a clássica distinção maniqueísta das correlatas áreas de atuação da autonomia privada e dos poderes públicos. Ademais, face ao fenômeno de constitucionalização dos direitos, inerentes aos processos políticos do Estado Social, não há mais espaços impermeáveis ao direito público. Cite-se também a inversão da atuação potestativa do Estado a tender por uma forma contratual de realizar seus cometimentos públicos a fim de abrandar seus custos e desgastes com

⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra. 2003, *passim*.

⁹ *Ibidem*, pp. 18-20; pp. 24-26.

os atores sociais, ao mesmo tempo em que as atividades privadas abandonam parcialmente sua irrestrita liberdade em prol da regulamentação de suas atuações, vide o exemplo dos contratos de seguro.

Explica-se, prosseguindo, certa capitulação da autonomia da vontade aos poderes públicos devido à natureza dos objetivos e consequências do Estado Social. Sabendo que os campos econômico e social são terrenos de disputas de interesses conflituosos, não se esperará que as tensões particulares se arrefeçam com o caminhar natural das forças em jogo e naturalmente resolvam, por si, os problemas, motivo pelo qual o “Direito intervém no sentido de conformar e condicionar o exercício da vontade privada em ordem a interesses que assume em nome dos princípios da solidariedade social e outros”.¹⁰

Por fim, tem-se que a norma, neste Estado interventionista, transforma-se, consequentemente, num programa de realizações, não mais com a neutralidade axiológica característica do modelo liberal, mas carregada com valores econômicos e sociais apta aos seus deveres de conformação nesses respectivos campos. Por corolário, a alteração axiológica da norma com vistas ao interventionismo econômico-social transforma o próprio Estado de Direito, assumindo uma essência positiva, a incorporar um tipo de ação que não é apenas subsidiária das atividades individuais, mas **configuradora** do modelo socioeconômico. A intervenção pública na dimensão econômica é, justamente, o caminho para a modificação do Estado de Direito: “de uma noção formal e garantística passou-se a uma noção material e conformadora, a que é vulgar chamar-se ‘Estado Social de Direito’”.^{11 12} Essa tipologia da intervenção até aqui comentada tem o condão de retirar da atividade econômica privada o critério de legitimidade das decisões econômicas, não significando, contudo, que o Estado pretenda criar uma ordem econômica alternativa ao mercado, tomando-se como exemplo de ruína o desempenho das economias de planejamento central dos países

¹⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, pp.30-31.

¹¹ *Ibidem*, p. 32.

¹² Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”, transforma-se, assim em Estado Social de Direito, no qual “o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização dos objetivos de justiça social. (VERDÚ, Lucas, 1975, *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115.)

do leste europeu até as décadas de 1980/1990, mas, sim, alcançar o seu correto funcionamento.

Essa transformação positiva na atuação estatal faz com que, munido pelas informações das ciências econômicas, sua faceta intervintiva trabalhe sobre os mercados no intuito do alcance de seus fins de justiça social. Veremos, pois, adiante, como a racionalidade presente nos mercados é o caminho mais adequado ao critério de escolha econômica, mas como pode ser corrigida pela intervenção e regulação estatais.

2.2 ECONOMIA DE MERCADO E ECONOMIA DO BEM-ESTAR

Economia de mercado é a que aloca recursos através das decisões descentralizadas de muitas empresas e famílias quando interagem nos mercados de bens e serviços.¹³ Dessa forma, segundo a famosa lição de Adam Smith, as inter-relações entre uma variada gama de vendedores e compradores, cada um na busca de seus objetivos e interesses particulares, são guiadas como por uma mão invisível que as leva aos resultados de mercado desejáveis, promovendo o bem-estar econômico geral.¹⁴ Essa lógica esteia-se no equilíbrio natural dos preços aos níveis de oferta e demanda presentes no mercado, pois a reação livre dos preços à força daquele é o único modo das informações necessárias ao seu estabelecimento prevalecerem, fazendo com que se chegue ao seu ponto ótimo.

¹³ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009, *passim*.

¹⁴ Antes da publicação, em 1776, do mais célebre ensaio econômico de Adam Smith, “A Riqueza das Nações”, “em 1714, Bernard Mandelville publicou ‘A Fábula das Abelhas ou Vícios Privados, Benefícios Públicos’ (The Fable of the Bees: or Private Vices, Public Benefits), onde faz afirmações aparentemente paradoxais: se todos praticassem os vícios considerados mais degradantes pelo código moral, o bem comum sairia lucrando. Sustentava que o egoísmo, a avareza e o desejo de adquirir riquezas tornavam os homens mais industriosos e faziam prosperar a economia. A lógica do paradoxo era evidente: aquilo que os moralistas medievais consideravam como vícios constituíam as forças motrizes que impulsionavam o novo sistema capitalista. A filosofia econômica, moral e religiosa favorável ao capitalismo não mais encarava tais motivações como vícios”. (HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução Jaime Larry Benchimol. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1982, p.51.)

A economia do bem-estar, na lição de Mankiw,¹⁵ é o estudo de como a alocação dos recursos afeta o bem-estar econômico. Daí advém a introdução das noções de excedentes do consumidor e excedentes do produtor como termos de aferição do grau de bem-estar que cada categoria terá dentro das transações de mercado, a partir do ponto de vista de cada agente, de sua percepção, podendo se auferir se, de fato, há ou não bem-estar entre os atores sociais.

O excedente do consumidor se calcula subtraindo o valor que este está disposto a pagar por um determinado bem ou serviço – a disposição para pagar – com o valor efetivamente por ele pago. Parte-se, pois, do princípio de que os consumidores são racionais nas tomadas de decisões e de que devem ser respeitadas suas preferências (princípio geral da soberania do consumidor).¹⁶ Destarte, os consumidores sempre quererão pagar o menor preço pelo bem desejado, e quanto menor for esse preço, os diferentes consumidores com diferentes valores referentes às suas disposições a pagar entrarão na curva de demanda¹⁷, aumentando o montante dos excedentes globais dos consumidores.

De maneira análoga, o excedente dos produtores se calcula subtraindo seus custos – suas despesas adicionadas ao valor que atribuem ao próprio trabalho, em suma, o valor de tudo aquilo que precisam abrir mão para produzir o bem (seu custo de oportunidade¹⁸) – do valor efetivamente pago pelo seu bem ou serviço, de modo que os produtores sempre desejarão que os consumidores paguem mais, isso vindo a acontecer, incluem-se na curva da oferta os produtores com diferentes custos,

¹⁵ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 138; p.154.

¹⁶ STIGLITZ, Joseph E. **La Economía del Sector Público**. Tradução do inglês Maria Esther Rabasco e Luis Toharia. 3. ed. Barcelona: Antoni Bosch Editor, 2000, p. 72.

¹⁷ Curva da Demanda: Relação entre o preço de mercado de um produto e a quantidade desse mesmo bem que os consumidores desejam adquirir. É representada numa escala gráfica (daí ser também chamada Escala da Demanda) em cujos eixos registram-se os preços do mercado (eixo vertical) e a quantidade de produto que os consumidores adquiririam àqueles preços (eixo horizontal). As alterações na Curva da Demanda ocorrem em função das variações no preço e na renda dos consumidores. Por exemplo, se ocorrer a elevação no preço da soja no mercado internacional, os consumidores deverão demandar uma quantidade menor desse produto no mercado. Ao contrário, se as safras forem muito boas, os preços deverão cair e os consumidores deverão consumir mais desse produto. Para estabelecer-se o equilíbrio anterior, deverá ocorrer retração na oferta, o esgotamento dos estoques, a elevação dos preços e a retração consequente da demanda (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 147.)

¹⁸ Custos de Oportunidade: Conceito de custos utilizado por Marshall. Segundo esse conceito, os custos não devem ser considerados absolutos, mas iguais a uma segunda melhor oportunidade de benefícios não aproveitada. Ou seja, quando a decisão para as possibilidades de utilização de A exclui a escolha de um melhor B, podem-se considerar os benefícios não aproveitados decorrentes de B como *opportunity costs*, custos de oportunidade. (*Ibidem*, p. 153.)

aumentando o excedente global dos produtores, e em consequência o bem-estar dos mesmos.

Assim, para calcular o chamado **excedente total** deve-se somar o excedente dos consumidores e dos produtores, segundo a equação:

Excedente total = valor para os compradores (disposição para pagar) – quantia paga pelos compradores + quantia recebida pelos vendedores – custos pelos vendedores

Sabendo que a **quantia paga pelos compradores** e a **quantia recebida pelos vendedores** são iguais, os dois termos cancelam um ao outro, de maneira que o excedente total do mercado é o valor total que os consumidores estão dispostos a pagar pelos bens, subtraídos os custos totais dos vendedores para fornecer esses bens.

Eficiente, pois, é a alocação de recurso que maximiza o excedente total recebido por todos os membros da sociedade.¹⁹ Se uma alocação é ineficiente, significa que parte dos ganhos das transações entre produtores e consumidores não está sendo obtida. Se um bem não está sendo produzido ao seu menor custo, a produção deverá ser deslocada ao produtor que consegue perpetrá-lo, reduzindo o custo total, aumentando o excedente global dos produtores e, consequentemente o excedente total. Da mesma forma, se um bem não está sendo comercializado ao consumidor com maior disposição de valores para sua compra (ineficiência alocativa), seu comércio deverá ser deslocado para os que lhe atribuem maior valor, aumentando o excedente total segundo a mesma lógica.

Pode-se concluir que os mercados livres – *laissez-faire* – alocam a oferta de bens aos consumidores que lhes atribuem o maior valor, ao passo que alocam a demanda por bens aos produtores que detêm a possibilidade de produzi-los ao menor custo. Ademais, os mercados livres produzem a quantidade de bens que maximiza a soma dos excedentes do consumidor e do produtor. Estabelecido o equilíbrio entre oferta e demanda, uma quantidade de bens localizada abaixo dele acarreta uma disposição a pagar superior ao custo de produção, e, inversamente, uma quantidade

¹⁹ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, pp. 147-148.

superior ao ponto de equilíbrio gera disposições menores que os custos, acarretando numa diminuição do excedente total e, por corolário, diminuição do bem-estar.

Na economia do bem-estar, o papel do Estado é propiciar que os mercados funcionem de forma eficiente, assim, grande parte dos economistas adota o conceito de eficiência desenvolvido pelo sociólogo e economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), a eficiência de Pareto ou em sentido de Pareto. Segundo ele, uma mudança “só é considerada eficiente caso o cenário novo resulte num produto global superior ao verificado anteriormente, sem que, para tanto, nenhum dos atores envolvidos apresente perdas”.²⁰ ²¹

É necessário que se observe, contudo, e de acordo com a lição de Stiglitz,²² que o critério de eficiência em sentido de Pareto tem uma propriedade individualista. Apenas se preocupa com o bem-estar de cada pessoa individualmente considerada, não a situação das diferentes pessoas analisadas coletivamente. Toma-se o exemplo de que uma mudança que melhore muito a situação dos ricos sem alterar a dos pobres é considerada uma melhora de Pareto.²³

O economista aponta ainda dois dos resultados mais importantes da economia do bem-estar que descrevem a relação dos mercados competitivos e a economia de Pareto, dois teoremas, portanto. O primeiro é que toda economia competitiva (tal qual explicado acima) é eficiente em sentido de Pareto; o segundo é que toda alocação eficiente de recursos no sentido de Pareto pode alcançar-se por meio de um mecanismo de mercado competitivo com a devida redistribuição inicial.²⁴ Comentaremos por ora apenas o primeiro.

²⁰ LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. *op. cit.*, p. 2.

²¹ Ótimo de Pareto: Situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômico) sem piorar a situação de qualquer outra. O conceito foi introduzido por Vilfredo Pareto (1848-1923), e a Economia do Bem-Estar em grande medida estuda as condições nas quais um Ótimo de Pareto possa ser alcançado. (SANDRONI, Paulo. *op. cit.*, p. 437.)

²² STIGLITZ, Joseph E. *op. cit.*, p. 72; p. 87

²³ Gustavo Carneiro Leão destaca que a eficiência de Pareto é critério salutar para melhoria de mercados com capacidade ociosa. Assim, a melhora, ainda que da situação da minoria, sem alterar a situação dos demais represente um ganho econômico, o ótimo de Pareto é indiferente em termos de alocação equânime de recursos. O autor cita, portanto, em detrimento da eficiência de Pareto, o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks por meio do qual se admite ganhos para os mesmos que representem prejuízos para outros, utilizando-se de um sistema de direitos que permita a compensação, ainda que potencial, do prejudicado. “Estabelecer preferências alocativas não é um trabalho simples, se considerarmos a escolha pelas suas consequências, pois nem sempre uma distribuição igualitária ou mesmo equilibrada dos bens representa um ganho *pró-futuro*”. (LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. *op. cit.*, p. 3.)

²⁴ STIGLITZ, Joseph. *op. cit.*, pp. 72-74.

Todavia, o estudioso reconhece que se trata de teoremas, ou seja, “proposições lógicas cujas conclusões se depreendem dos pressupostos”. Estes modelos refletem um padrão competitivo ideal de mercado, composto por milhares de pequenos cometimentos comerciais e famílias que não têm o condão de interferir na engrenagem dos preços, que tem informação perfeita sobre, por exemplo, os bens existentes no mercado e os preços que se cobram, bem como que não há, no processo produtivo, contaminação do ar, da água ou do meio ambiente em geral.

Ocorre que o mercado, em realidade, não possui a capacidade de se fazer executar perfeitamente de modo a alocar sozinho os recursos para gerar a esperada eficiência econômica, as “realidades teóricas foram concebidas abstratamente, sob uma perspectiva de ‘perfeição’ idealizada, obviamente que na hipercomplexidade das relações reais inúmeros fatores distorceram os resultados esperados”.²⁵ As ditas distorções²⁶ são falhas de mercado, enumeradas em seis, na lição de Stiglitz:²⁷ **concorrência imperfeita, bens públicos, externalidades, mercados incompletos, informação imperfeita, e o desemprego juntamente com outros distúrbios econômicos.**

Como dito, nessas horas o poder público intervém, e não apenas devido às falhas acima apontadas, mas também para assegurar uma resoluta definição e garantias dos direitos de propriedade e mecanismos de cumprimento contratual, bem como quando se detectam iniquidades distributivas.

²⁵ LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. **Regimes de Contratação para Produção de Petróleo e Gás no Brasil:** o regime de concessão previsto na Lei 9.478/97 e o regime de partilha introduzido pela Lei 12.351/10 sob a perspectiva da análise econômica do direito. 2013. 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 57. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10981/1/Tese%20Gustavo%20Carneiro%20Le%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 mai. de 2016.

²⁶ Dessa forma, malgrado a opinião sectária de muitos, a intervenção do Estado faz-se importante para, por meio de políticas compensatórias, promover a mitigação de distorções. (NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 49-50.)

²⁷ STIGLITZ, Joseph E. *op. cit.*, p. 91; p. 101.

2.3 FALHAS DE MERCADO E INTERVENÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

Como visto, a intervenção pública no campo econômico visa chegar ao correto funcionamento do mercado. Para Cabral de Moncada, o conceito de mercado não se confunde com o conceito de atividade privada e essa distinção é essencial para se compreender os objetivos da moderna intervenção estatal no domínio econômico. “Intervir, ou seja, fomentar ou mesmo corrigir, controlar e conformar o funcionamento espontâneo da decisão econômica privada, livre e descentralizada, nada mais pretende do que possibilitar o mercado”.²⁸ Para este autor, quanto não se possa comparar o mercado com o estado de natureza do modelo hobbesiano, caracterizado pelo conflito constante e anárquico de todos contra todos, por esta ser uma classificação ideológica que serve para justificar uma política econômica centralizadora e planificada, também não significa que o mercado, por sua própria conta, funcione sempre perfeitamente. O mercado é, hoje, em certa medida, vontade da conformação legislativa.²⁹

É neste padrão que a intervenção se mostra um fenômeno heterogêneo e com finalidades muitas vezes diversificadas, ao mesmo tempo em que suas motivações realistas provenientes de constatações das ciências econômicas devam se coadunar com os valores que motivam a ação do Estado nesta sua tarefa conformadora da vida social e econômica oriundas dos textos constitucional e legal. Assim, o fator tangente das escolhas político-interventivas, levando em consideração regimes democráticos, não será unívoco, sendo modelado ao sabor das aspirações populares, e suas conjunturas política ou sociológica, refletidas no apresto institucional. Contudo, há

²⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. *op. cit.*, p. 33.

²⁹ Em boa verdade, o que se pretende é um sistema de preços que deixa cada indivíduo em livre comunicação com os demais de uma maneira que lhe permite tomar decisões sensatas e racionais sobre sua própria vida. Mas para lá chegar a intervenção do Estado visa as mais das vezes remover os obstáculos institucionais ao livre desenrolar daquela racionalidade ‘de mercado’ e criar as condições para que ela se exerça sem peias e entraves por justamente considerar a mais adequada à actividade econômica e por reputar negativamente os desvios ao funcionamento respectivo. (...) Do ponto de vista do moderno Estado intervencionista o funcionamento do mercado não é encarado como um jogo de soma-zero em que os participantes estão colocados na situação em que o que uns ganham é o que os outros perdem, que é como quem diz, numa situação de puro conflito. Pretende-se, pelo contrário, que do funcionamento do mercado resulte uma situação materialmente adequada para cada um, aceitável segundo os critérios de justiça social e que se concretiza na melhoria da situação dos mais desfavorecidos. Daí que a actividade privada deva ser corrigida pelas instituições políticas, sendo a norma jurídica o instrumento dessa tarefa. Por sua vez, tal tarefa pode exigir não apenas uma atitude de correção mas também de controlo ou de conformação da mesma, tudo dependendo do modelo concreto do Estado intervencionista instituído. (*Ibidem*, pp. 34-35.)

“encontros ocasionais de preferências dominantes que logram em fazer ouvir a sua voz em determinado momento através da representação maioritária, (...) acomodamentos provisórios perpetuamente mutáveis”.³⁰ Conforme constata este autor, ainda assim pode-se arriscar uma tipologia desse aspecto de tarefa do poder público, que oscila, possivelmente de forma cumulativa, entre a produção/distribuição de bens e serviços aos usuários, investimento no desenvolvimento de regiões mais atrasadas e o benefício equitativo de certas camadas da pirâmide social. Adverte, contudo, ser próprio dos conflitos existentes nos campos econômico e social e nas formulações de suas políticas uma ausência de rigidez hierárquica entre os tipos apontados bem como uma certa flutuação dos valores que permeiam a intervenção.

2.4 TIPOLOGIA DA INTERVENÇÃO

Continuaremos a nos utilizar da divisão metodológica de Cabral de Moncada na classificação tipológica das modalidades intervencionistas. Para o autor, dadas as diferenças históricas pelas quais passou os conceitos desse fenômeno é possível que se distinga de modo qualitativo e quantitativo, **intervencionismo**, **dirigismo** e **planificação**. A diferença entre os primeiros reside na dimensão qualitativa, no fato de que enquanto o dirigismo (próprio do período pós-guerra) “pressupõe uma política coordenada em prol da obtenção de certos fins”, a intervenção é caracterizada por um empirismo mais arraigado. Já a diferença entre dirigismo e planificação é de ordem qualitativa, enquanto o dirigismo se apresenta como uma resolução grave e que conduz a determinados e amplos objetivos, a planificação utiliza-se de um mais profundo enraizamento de planos dirigentes, com um apurado grau de racionalização.

Pode ainda a intervenção ser segmentada conforme seu critério de conteúdo como **intervenções globais**, quando normas gerais são editadas pelo poder público e relacionam-se com a economia em seu conjunto – encorajando um investimento global, por exemplo –; **setoriais**, quando intervém em determinado segmento, adotando, v.g., políticas de incentivos a certa categoria industrial; **pontuais** ou **avulsas**, que ocorrem quando, embora domados por critérios e programas estratégicos, o Estado determina a intervenção ou desintervenção de uma empresa,

³⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *op. cit.*, p.37.

ou celebra um contrato-programa com ela, de maneira incidental. Têm-se ainda **intervenções imediatas**, ocorrentes quando o poder público age diretamente na esfera econômica, seja no fomento, conformação normativa, atuação de empresas públicas (intervenção direta) etc, e **mediatas**, que são as ações governamentais que atingem de forma oblíqua a esfera econômica, aquelas que não têm apenas objetivos econômicos, como as medidas de política fiscal, aberturas de linhas de crédito a favor da construção social, estabelecimento de regimes jurídicos, entre outras medidas. Aqui o Estado não intervém na economia, mas sobre ela.³¹

Aponta-se, ademais, as **intervenções bilaterais e unilaterais**. A primeira tem a ver com a forma convencional e contratual do exercício da autoridade, citada linhas atrás, de que se vale o Estado na consecução de seus cometimentos, tendo em vista uma confluência de ações com os agentes privados, de maneira que os fins públicos sejam alcançados sem maiores desgastes e custos, consubstanciando um modo mais eficiente e que resulta numa maior paz social. É a forma mais adequada, sopesada os fatores e sua conjuntura, de execução da política econômica nas sociedades cujo cenário é a economia de mercado;

A intervenção unilateral, que é a mais usual, se dá por meio das decisões centralizadas da administração pública externadas por meio de regulamentos e atos administrativos, os quais veiculam a proibição ou autorização de certas atividades em determinados setores, é a prática do poder administrativo de polícia. Todavia, observa-se uma tendência de adoção da forma convencional de intervenção econômica em detrimento da dimensão policial, ante os ganhos e vantagens apresentados à sociedade.

Findando o rol, têm-se as **intervenções diretas e indiretas**. Sabe-se que ocorrem aquelas quando o Estado se põe no mercado como próprio agente produtor de bens e serviços através de suas empresas públicas e sociedades de economia mista, ou ainda se intervém na importação, negociando diretamente produtos através de monopólio legal de importação.

³¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. *op. cit.*, p.39.

Ou seja, não só interferindo no mercado como agente o Estado intervém diretamente no domínio econômico, mas também determinando diretamente a conduta de um sujeito econômico, seja de seu próprio arcabouço, seja da iniciativa privada, e aqui a administração pública toma a posição do sujeito ativo do processo econômico.

A intervenção indireta ocorre quando os atores do mercado sejam de caráter privado, misto ou mesmo públicos se veem no influxo de medidas fiscalizadoras ou de fomento.

A intervenção indirecta do Estado limita-se a condicionar, a partir de fora, a actividade econômica privada, sem que, assuma a posição de sujeito econômico activo. É o caso da criação de infraestruturas, da polícia econômica e do fomento. Na intervenção indirecta o Estado nem sempre produz bens e serviços, orientando simplesmente a partir de fora a actividade dos sujeitos econômicos, sejam eles privados ou públicos, de acordo com finalidades públicas ou simplesmente evitando que a actividade respectiva lese interesses socialmente relevantes. Trata-se da “regulação”.³²

O mercado torna-se, assim, o modelo de decisão econômica e conformado interna e externamente pelo Estado. Este, contudo, além da modalidade consensual de intervenção vem sentindo a necessidade, frente, paradoxalmente, às próprias exigências desse mercado, de se modernizar, utilizando-se de “formas institucionais e dos meios jurídicos próprios do direito privado”,³³ além de que tais fenômenos acontecem no influxo da globalização econômica, somando-se a esse quadro as crises do Estado Social: gastos públicos exponenciais, a elevada carga fiscal necessária ao seu financiamento, déficit público incontrolável.³⁴

O problema se constitui na questão de se saber como atuar para fazer com que o Estado continue a executar seus papéis sociais com modelos de intervenção e controle que não acarretem aumento das despesas públicas e ainda promovam a eficiência econômica. De tal maneira, a saída não seria, portanto, uma centralização ou uma tendência à estatização da economia. Para Moncada:

³² MONCADA, Luís S. Cabral de. *op. cit.*, p.43.

³³ *Ibidem*, p. 44.

³⁴ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços Públícos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 180-183.

A solução está em devolver os exercícios de tarefas públicas ao sector privado mas sem que isso signifique a capitulação do Estado. De produtor directo o Estado passa a garante de um quadro normativo capaz de augurar a satisfação adequada de necessidades básicas a preços acessíveis nos domínios da água, transportes públicos colectivos, eletricidade, telefones fixos, gás, etc... De produtor o Estado passa a regulador da actividade privada. Para tanto é necessário admitir que as necessidades básicas da população não têm que ser total ou parcialmente satisfeitas por entidades estatais e segundo meios de direito administrativo (...) as entidades privadas e os regimes jurídicos de direito comercial são também aptos para a satisfação das necessidades públicas e testemunhos idóneos do serviço público estatal. Basta garantir a presença de determinados controlos políticos sobre o exercício da actividade privada. A tendência é, portanto, para a substituição da intervenção directa do Estado por formas de intervenção indirecta ou “reguladora”.³⁵

2.5 FALHAS DE CONCORRÊNCIA (PODER DE MERCADO)

Já visto como o mercado funciona ou ao menos deveria funcionar, bem como as modalidades de intervenção, passemos observar como, em uma análise positiva, ocorrem as falhas de mercado que impedem seu funcionamento eficiente (em sentido de Pareto) e como o poder público pode agir para neutralizá-las.

Para que se haja um mercado que funcione de forma eficiente, antes de tudo, é necessário que se sobreponha a ele uma moldura jurídica na qual estejam bem delineados e assegurados os direitos de propriedade e que vele pelo cumprimento dos contratos.³⁶

³⁵ Esse fenômeno é explicado por Gonçalves e Martins do ponto de vista desses serviços públicos econômicos: Estamos, portanto, diante de uma nova responsabilidade pública, por isso que o Estado deixa de ter o encargo de prestar serviços essenciais, assumindo, em vez de tradicional *responsabilidade de execução*, o dever de disciplinar ou regular o modo como os agentes do mercado prestam esses mesmos serviços. O novo modelo, de *Estado Regulador*, não representa, portanto, a retirada, abdicação ou renúncia do Estado a toda e qualquer forma de compromisso em face das novas actividades correspondentes aos serviços públicos económicos. Essas, por força do processo de *privatização material* de que foram objecto, são agora actividades privadas, exercidas segundo a lógica do mercado. Mas essa lógica de mercado é temperada pela presença do Estado, do qual se reclama a definição da disciplina que rege a actuação dos agentes de mercado, a supervisão e a fiscalização do cumprimento do que nessas regras se estabelece e se exige que *garanta* a realização, pelo mercado, de certos fins sociais (para esse efeito, cabe-lhe estabelecer uma *regulação social*, que, entre outras coisas, assegure o acesso de todos os cidadãos a certos serviços essenciais: para explicar esta nova forma de realização daquilo que, apesar de tudo, continua a ser uma incumbência social do Estado fala-se de *serviço universal* e de *obrigações de serviço público*). (Grifos originais). (MONCADA, Luís S. Cabral de. *op. cit.*, p.182).

³⁶ Os mercados só funcionam bem quando os direitos de propriedade são garantidos. Os fazendeiros não cultivarão alimentos se acharem que suas colheitas serão roubadas, e os restaurantes só servirão refeições se tiverem a garantia de que os clientes pagarão antes de ir embora. Todos confiamos no governo para providenciar polícia e tribunais para fazer valer nossos direitos sobre aquilo que produzimos. (MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 11.)

A propriedade comum de um pasto, por exemplo, incentiva aos que o utilizam a não tomarem as devidas precauções para que não se paste excessivamente de modo a contribuir para sua preservação, justamente pelos direitos indefinidos de propriedade (tragédia dos comuns). Da mesma forma, as pessoas não teriam incentivos suficientes para emprestar dinheiro se o contrato firmado não fosse protegido pela ordem jurídica no que diz ao seu cumprimento. Esses exemplos rudimentares servem de modelo para as mais sofisticadas transações e arranjos econômicos. Destarte, é possível considerar que as atividades estatais destinadas a proteger os cidadãos e a propriedade, definindo bem os direitos desta e velando pelo cumprimento dos contratos são onde se apoiam as atividades de todas as economias de mercado.

Para que se alcance a eficiência de Pareto é necessário que os mercados se desenvolvam num ambiente de concorrência perfeita, no qual haja um número suficiente de empresas que impossibilite que cada uma delas possa interferir diretamente na flutuação do preço. Ocorre que em determinados setores há poucas empresas ou então algumas poucas com grandes cotas de mercado. Havendo apenas uma empresa no mercado, denomina-se *monopólio*, ou seja, uma empresa que é a única vendedora de um produto que não tem substitutos próximos; quando há apenas algumas empresas, denomina-se *oligopólio* – “uma estrutura de mercado em que apenas poucos vendedores oferecem produtos similares ou idênticos”.³⁷

Poderá aparentar que em um mercado com as citadas falhas exista concorrência e até se produzam bens que suprem a demanda. Contudo, para que uma economia de mercado funcione no sentido de Pareto é necessário mais que uma certa concorrência, mas uma concorrência perfeita, a eficiência de Pareto requer rigorosas condições como a eficiência no comércio, na produção e combinação de produtos, e tais condições só podem ocorrer se cada uma das empresas crer que realmente não possui o poder de interferir no preço exercido.³⁸

O que sustenta os monopólios são as barreiras à entrada, o monopolista ostenta esta posição, pois as outras empresas não podem entrar no mercado para competir com ele. Possuem três origens principais: quando um recurso-chave é exclusivo a uma única empresa; a uma única empresa o governo outorga o direito de

³⁷ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 346

³⁸ STIGLITZ, Joseph. *op. cit.*, p. 75-76.

produzir um determinado bem ou serviço, ou os custos de produção tornam mais eficiente a existência de um único produtor do que um grande número deles.³⁹

O primeiro caso é o mais difícil de ocorrer dada a diversidade de recursos distribuídos pelos variados proprietários que possuem as economias atuais, como muitos bens são comercializados internacionalmente o alcance dos mercados muitas vezes é mundial. Mas a lógica a ser observada é que a empresa, única possuidora do recurso, pode estabelecer um preço que supere em muito o custo marginal, diferentemente do que ocorreria em um mercado de competição saudável, em que o preço se igualaria ao custo de se produzir uma unidade a mais, o que acarreta a ineficiência do mercado monopolista;

Os monopólios criados pelo governo em muito se relacionam com a concessão de patentes e direitos autorais. Pretendendo incentivar a inovação tecnológica ou cultural, o governo concede o direito da empresa ou pessoa de cuja inovação se originara de gozar, durante um determinado período e de forma exclusiva, da tecnologia alcançada e de seu uso econômico, recebendo *royalties*, nos casos de utilização por outros grupos comerciais. Ao tempo em que estimula a inovação, importante fator de desenvolvimento, o poder público pode criar monopólios e contribuir para ineficiência dos mercados, é um conhecido *tradeoff*⁴⁰ enfrentado pelo governo que prefere optar pela inovação, mormente em setores como a indústria farmoquímica.

Um monopólio natural surge porque uma só empresa consegue ofertar um bem ou serviço a todo um mercado a um custo menor do que ofertariam duas ou mais empresas, pressupõe, portanto, “economias de escala para toda faixa relevante de produção”,⁴¹ caso em que a empresa monopolista pode produzir qualquer quantidade a um custo menor, e caso existisse uma variedade de empresas, a produção diminuiria, aumentando os custos para as demais. Tem-se que não é interessante adentrar num mercado dominado por um monopolista natural, a não ser que se

³⁹ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, pp. 314-315.

⁴⁰ *Trade-Off*. Em economia, expressão que define situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. Por exemplo, de acordo com as concepções keynesianas modernas, em determinadas circunstâncias a redução da taxa de desemprego apenas poderá ser obtida com o aumento da taxa de inflação, existindo, portanto, um trade-off entre inflação e desemprego. (SANDRONI, Paulo. *op. cit.*, p. 612.)

⁴¹ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 316.

consiga produzir a um custo menor, o que se torna bastante difícil dada a fatia de mercado diminuída pela divisão no momento da entrada.

O que se deve compreender é que a empresa monopolista tem o poder de alterar diretamente o preço e assim ajustar a quantidade de oferta do mercado. Assim como uma empresa competitiva, o monopolista maximiza seu lucro produzindo a quantidade em que a receita marginal se iguala ao custo marginal, ele escolhe o preço coerente com essa quantidade demandada, diferentemente da empresa competitiva, o preço do monopolista excede sua receita marginal, de maneira que o preço é maior que o custo marginal. O nível de produção que maximiza o lucro do monopolista é inferior ao nível capaz de maximizar a soma total dos excedentes do consumidor e do produtor.

O monopólio falha na alocação eficiente de recursos ao produzir menos bens que a quantidade socialmente desejável, cobrando preços superiores ao custo marginal. A partir dessa falha de mercado o poder público pode reagir de quatro maneiras, a saber: tentar tornar mais competitivas as indústrias monopolizadas, regular o comportamento dos monopólios, transformar alguns monopólios privados em empresas públicas, como também fazer nada.⁴²

A primeira alternativa põe-se em prática através das legislações antitrustes, que no Brasil esteiam-se na norma contida no § 4º do artigo 173 da Constituição Federal: “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A ‘lei’ em questão é a lei federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e institui o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia responsável pela manutenção saudável do mercado e julgar e punir as condutas que atentem contra o modelo concorrencial adequado.⁴³

⁴² MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 329.

⁴³ As infrações constam do artigo 36 da citada lei: Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na

A regulação do comportamento dos monopolistas vem desde o século XIX e se confunde com a própria história do direito regulatório.⁴⁴ ⁴⁵ Ela é comum no caso de monopólios naturais e atua geralmente estabelecendo os preços de forma direta ou indireta. A corrente na conformação do preço seria, pois, igualá-lo ao custo marginal (custo para se produzir uma unidade a mais). Contudo, sabe-se que o custo total

medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

⁴⁴ Na doutrina internacional é assente que o marco inicial da regulação das chamadas *public utilities* (nos EUA, serviços franqueados à iniciativa privada, mas considerados de interesse geral pelo poder público) se encontra numa decisão prolatada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1876, o famoso litígio *Munn v. Illinois*. A firma de silos de Chicago (*Munn & Scott*) por ser a única da região começara a subir arbitrariamente os preços das tarifas cobradas aos agricultores que vinham de todo o estado. As autoridades locais, a partir de uma queixa, se levantaram contra tais medidas baseados na legislação estadual. Tendo sido condenada nas duas primeiras instâncias, a citada firma recorreu à Suprema Corte estribada nos dispositivos constitucionais (décima quarta emenda) que garantem a propriedade privada e a livre iniciativa. Não obteve êxito e o caso juntamente com o *Nebbia v. New York* marca a primeira fase do direito regulatório norte-americano, no qual cabia aos Legislativos dos estados a competência para regular as *public utilities*. (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003, pp. 56-62)

⁴⁵ Para uma visão da formação dos mercados monopolistas, na Europa e EUA, no final do séc. XIX e início do séc. XX, bem como as tentativas de regulá-los, vide o capítulo VIII “A Consolidação do Poder Monopolista e a Nova Ética Paternalista Cristã” em História do Pensamento Econômico. (HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *op. cit.* p. 123; p.147).

médio do monopolista natural, por se tratar de uma economia de escala, é sempre decrescente, assim, seu custo marginal será sempre menor do que seu custo total médio. Se o poder público regular o preço para que este fique igual ao custo marginal, o preço será menor que o custo total médio e o monopolista ou perderá dinheiro ou se retirará do mercado.

Para consertar essa situação o agente regulador pode, por exemplo, subsidiar o monopolista. Dessa maneira, o governo arcaria com as perdas inerentes à determinação do preço nivelado ao custo marginal.⁴⁶ Todavia, para assumir esse subsídio o governo precisaria recolher impostos, que já têm o seu próprio peso morto, que é a perda de excedente total em decorrência de uma distorção de mercado, neste caso, a tributação.

Outra forma de lidar com a questão seria permitir que o monopolista cobrasse o preço igual ao seu custo total médio, caso em que obteria ganho econômico igual a zero. Porém, de toda maneira essa configuração do preço gera peso morto, tendo em vista que deixa de refletir o custo marginal de produção do bem. Seria como se tivesse instituído um tributo sobre o bem comercializado pelo monopolista. Além do que, esse sistema de determinação de preço não incentiva a empresa monopolista a reduzir seus custos, pois leva em conta que os preços também se reduziriam, o que pode ser mitigado por uma política regulatória de atribuição de uma maior parcela de lucro ao monopolista redutor de seus custos, algo que, novamente, afastaria mais o preço do custo marginal.

Outra opção intervintiva apontada é tornar os monopólios naturais propriedade pública, passando, assim, o próprio governo ao papel de administrador. Os economistas em geral preferem, todavia, uma administração privada. É que o administrador privado tenderá sempre a uma diminuição dos custos, desde que possa permanecer com parte dos benefícios sob a forma de lucros mais elevados. Se os administradores não obtiverem êxitos, os donos da empresa podem demiti-los. Já com relação à administração pública dos monopólios a parte que sairá perdendo será sempre os consumidores e contribuintes. Segundo Mankiw:

⁴⁶ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 330.

Os burocratas podem tornar-se um grupo de interesse especial e tentar bloquear reformas que objetivem reduzir custos. Em termos mais claros, como maneira de garantir que as empresas sejam bem administradas, a cabine eleitoral é menos confiável do que a motivação do lucro.⁴⁷

E por último, o governo pode optar por não fazer nada. Como observado, todas as políticas intervencionistas sobreditas destinadas a solucionar os problemas que os monopólios trazem ao funcionamento do mercado geram desvantagens, dado que a proposta, então, é que o setor público não tente remediar as ineficiências da determinação de preços dos monopolistas. O caminho institucional escolhido passará por questões econômicas e políticas e tenderá a sopesar as consequências e efeitos das falhas de mercado e as falhas da própria atuação governamental. Analisaremos estas no item que segue.

2.6 AS FALHAS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

Ainda que as falhas de mercado tenham impulsionado as políticas de intervenção dos países ocidentais nos anos 30 aos 60, nas décadas de 70 e 80 as deficiências destes programas levaram os economistas e cientistas políticos a investigar as falhas da própria atuação do Estado, os levando a questões como em que condições funciona bem o Estado; ou se os fracassos nos quais se depararam os programas públicos deveram-se a simples acidentes ou a um comportamento previsível das características inerentes àquele e que consequências essa análise pode extrair para o planejamento dos programas futuros.

São quatro as causas apontadas da incapacidade sistemática do Estado para cumprir os objetivos formulados: sua reduzida informação, o controle limitado das empresas privadas, o controle limitado da burocracia e as limitações impostas pelos processos políticos.⁴⁸ Vejamo-las.

I) Informação Limitada: São muitos os casos de medidas complexas e com consequências difíceis de prever. De acordo com as lições retiradas dos

⁴⁷ MANKIW, N. Gregory. *op. cit.*, p. 331.

⁴⁸ STIGLITZ, Joseph. *op. cit.*, pp. 17-18.

ensinamentos de Friedrich von Hayek,⁴⁹ numa economia de livre mercado, a cooperação voluntária das pessoas utiliza muito mais conhecimentos do que qualquer indivíduo isolado dispõe ou do que o governo pode possuir:

Os indivíduos (...) ajustam suas atividades à base de como os atos dos outros podem afetar suas próprias situações, e as interações e a cooperação voluntária entre as pessoas dão origem a instituições sociais melhores e mais esclarecidas do que as que o Estado pode criar. (...) A sociedade humana é simplesmente demasiado complexa para os planejadores estatais. Para compreender e encontrar as melhores soluções para a questão social, o governo teria de conhecer tudo o que as pessoas isoladamente conhecem, e isso escapa ao alcance de qualquer indivíduo ou autoridade isolada, (...) em Economia a capacidade de alguém analisar, prever e controlar os acontecimentos sociais está permanentemente limitada, e as tentativas de ignorar tais limites levam a erros sérios.⁵⁰

O exemplo apontado por Stiglitz⁵¹ discorre sobre a ajuda estatal aos pobres e incapacitados. Muitos assentem com a ideia de que o poder público atue no sentido de ajudá-los, contudo, os que são capazes de trabalhar não podem viver escorados no Estado. Sem embargo, a informação reduzida deste pode impedir que ele distinga os incapacitados dos que apenas simulam estar em tal condição.

II) Controle Limitado das Empresas Privadas: Significa, pois, que o Estado não controla totalmente as consequências das suas intervenções. O exemplo trazido nesse caso⁵² é o do rápido incremento dos gastos com saúde que tiveram os Estados Unidos após a implantação dos programas de assistência. Uma das razões firma-se no fato de que o governo não tem o poder de controlar o nível total de gastos. Ainda que fixe os preços da assistência hospitalar e dos cuidados dos profissionais de saúde, não pode controlar as taxas de utilização, visto que em um sistema em que se paga pelos serviços prestados, os médicos e os pacientes que decidem quanto e que tipos de serviços prestam e consomem.

III) Controle Limitado da Burocracia: A falha reside na ineficiência do apresto administrativo incumbido de levar a cabo as medidas adotadas pelo Parlamento. A administração Pública, geralmente responsável pela execução das políticas

⁴⁹ HAYEK, Friedrich A. **Individualism and Economic Order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1958, *passim*.

⁵⁰ SILK, Leonard. **Os Economistas**. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, pp. 31-32.

⁵¹ STIGLITZ, Joseph E. *op. cit.*, p. 17.

⁵² *Idem*.

referendadas pelo Legislativo, pode demorar muito a editar os regulamentos correspondentes necessários, muitas vezes, à própria operacionalização da norma, representado na sua faceta técnica ou de constatação de condições ou fatos através dos poderes administrativos. Um dos motivos é que os burocratas não recebem os incentivos suficientes para pôr em prática a vontade do Parlamento: atualmente, ante o paradigma regulador do Estado essa dimensão é bem configurada pelo fenômeno da captura das agências reguladoras, quando os agentes da indústria ou setor regulado “capturam” os formuladores e executores das normas regulatórias configurando-as de modo a estabelecer a conduta desejada, que beneficia os próprios agentes privados, os captores, em detrimento dos fins públicos.

Quer-se que o Estado, conquanto não mais eminentemente interventor, esteja presente e se comporte de forma a regular e manter os mercados e serviços saudáveis com fins absolutamente públicos. Não obstante a nobreza deste dever, há agruras no caminhar administrativo brasileiro no que concerne aos serviços e atividades econômicas e, por corolário, sua atividade regulatória, como a dita captura, a promiscuidade da iniciativa privada com os entes regulatórios. Para Gustavo Ramos Carneiro Leão:

A captura é caracterizada pelo comprometimento da autoridade regulatória com os interesses das forças econômicas reguladas. É, por assim dizer, a retirada, ou captura, do poder decisório do âmbito do interesse público para a seara dos interesses particulares envolvidos. Tal fenômeno decorre especialmente do contato reiterado da autoridade pública com os entes regulados, de maneira que da contínua aproximação possa decorrer um desvio de atuação, descaracterizando o escopo regulatório.⁵³

Barry Mitnick realiza uma topografia e tipologia desse fenômeno. Em sua sistematização, identifica doze mecanismos utilizados nos variados sistemas de captura divididos em seis grupos, quais sejam, o *constitutional, systemic, relational, individual, functional e chronical*.

⁵³ LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. **Defesa da Concorrência em Mercados Regulados:** Soluções aos Conflitos de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras. 2007. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007, p. 188. Disponível em <http://www.bdtd.ufpe.br/bdtd/tdeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6164>. Acesso em: 12/08/2016.

Pode-se buscar explicação na própria formação do direito regulatório norte-americano, mais do que centenário, diretamente conectada à noção de *public utilities*, em contraposição à tradicional noção de serviço público dos países de tradição jurídica romano-germânica, de modo que desde a primeira fase do direito regulatório naquela nação, tal sistema passa por falhas que se desenvolveram na teoria da captura.

Gize-se, da mesma forma, o entranhamento institucional da captura a desaguar em mecanismos que hoje se encontram de maneira arraigada na tradição de variados sistemas políticos, sejam formalmente permitidos ou tacitamente realizados. Importante citar, nesta esteira, a dimensão “constitucional” que alguns mecanismos de captura possuem, a fim de propiciar o desequilíbrio regulatório para o grupo que o perpetra ou o opera. Ou seja, através de uma aproximação eminentemente política com os agentes legitimados e seus demais grupos de poder, os atores regulados buscam, de forma concorrencialmente dinamizada, a influenciar a feitura das “regras do jogo”, os “vieses” normativos, cooptando os legisladores e os aplicadores do direito da regulação, núcleo de funcionamento das funções administrativas e de governo do Estado anglo-saxão. Dessarte, institucionaliza-se o *lobby* e compra-se até uma “visão constitucional”, a depender do grau de infiltração e influência política que determinado grupo econômico possua. A captura mostra-se, portanto, não necessariamente condicionada, mas com finco inaugural e preponderante na corrupção e cooptação política.

Mas a sofisticação do rol, meramente exemplificativo, do autor, revela o desenvolvimento do fenômeno. O próprio mercado regulado ou mais precisamente seus agentes, movidos pela ânsia de sobrevivência capitalista, em um cenário liberalizante e de promiscuidade de competências das provisões públicas ou gerais, perceberam que a captação do único ator que detém o monopólio coercitivo e demais estruturas de sobreposições políticas, econômicas e sociais seria o meio mais eficiente de obter para si favorecimentos, sejam industriais, comerciais, administrativos etc., e de tal forma estabeleceram-se infiltrações, *approaches*, mecanismos extra e intrsistêmicos, com detalhamento, minúcias e nuances

inimagináveis. De forma que a descoberta e sistematização delas se tornam essenciais para seu combate.⁵⁴

Haja vista, porém, que a isenção total dos componentes humanos das instituições sobrevive apenas no plano das ideias, até fora instituída a quarentena dos ocupantes de cargos de diretoria em Agências Reguladoras, no Brasil, não podendo eles, até quatro meses após a exoneração, tecer negócios de cunho colaborativo com as empresas integrantes do rol das reguladas pelo ente em que laborou.

Sabe-se que há muitas formas de se traficar informações privilegiadas, mas de qualquer forma, serve de valor ético guia para os diretores e servidores. Porém, nesse campo, nem só a iniciativa privada age de forma a prejudicar o mercado, o regime e a ordem social. Dentre outros fenômenos há o que o Marçal Justen Filho nomeou de “demagogia regulatória” por parte do poder público:

A expressão indica condutas governamentais orientadas a capturar a simpatia eventual e passageira dos interessados, conforme a conveniência do momento. A demagogia regulatória, a propósito das concessões de serviço público, manifesta-se especificamente por uma postura bipolar e oposta ao longo do tempo. No primeiro momento, o poder concedente manifesta atenção em face dos interesses de potenciais investidores, acenando com vantagens marcantes e muito atraentes. Nessa etapa são ignorados eventuais pleitos da comunidade e não são adotadas cautelas para prever o desenlace futuro do empreendimento. A segunda etapa desencadeia-se com a formalização da outorga. A partir daí, adota-se o discurso da defesa da comunidade, imputando ao concessionário a responsabilidade por defeitos e práticas – que foram explícita ou implicitamente legitimadas ao longo da licitação, tendo inclusive gerado benefícios para os cofres públicos (...) não há compromisso efetivo e consistente com a realização do interesse público.⁵⁵

IV) Limitações Impostas pelos Processos Políticos: Ainda que imaginássemos que o poder público pudesse prever todas as consequências de suas diferentes e variadas medidas, o processo político, por meio do qual se tomam as decisões, apresentaria outras dificuldades. Um exemplo é que os políticos têm sérios incentivos para atuarem no interesse de determinados grupos de pressão, ainda que seja apenas para arrecadar fundos por meio dos quais financiam suas campanhas cada vez mais

⁵⁴ MITINICK, Barry M. Capturing “capture”: definition and mechanisms. In: LEVI-FAUR, David. (Org.). **Handbook on the politics of regulation**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 34; p.47.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 47.

caras. De outro lado, o eleitorado tende a buscar soluções demasiado simples para problemas extremamente complexos.

Segundo Stiglitz,⁵⁶ essas são as causas que os detratores da intervenção do Estado na economia, como Milton Friedman, sustentam ser “suficientemente importantes para que o Estado se abstenha de tentar resolver as deficiências supostas ou demonstráveis dos mercados” (em tradução livre).

A questão do tamanho que deve ter o papel intervencional do Estado sobre o mercado alimenta um histórico e longo embate científico, acadêmico, ideológico e sobretudo político que o trabalho não tem a pretensão de responder.

Contudo, o que se deve ter em mente é o equilíbrio entre os setores público e privado, necessário a um Estado de economia mista como o brasileiro. Assim, deve o poder público intervir em áreas em que as falhas de mercado irradiiam mais efeitos e sejam mais prejudiciais e nas quais se tenham provas que sua atuação possa corresponder a grandes melhorias. Também é importante o papel estatal na neutralização de graves problemas no sentido da mitigação das injustiças sociais de maneira que sempre busque proporcionar o pleno emprego e a “redução dos piores aspectos da pobreza”.⁵⁷ Também se mostra essencial o setor público permitir a empresa privada desempenhar o papel mais importante na economia, seu protagonismo.

Observe-se, contudo, que a globalização econômica propugnada pelos países cênicos a partir da década de 1980 traz dois fatores que explicam os pêndulos intervencionistas pelos quais passa o mundo desde então. Suas características marcantes para o papel do Estado são justamente as causas que preponderam na contração e expansão da intervenção, quais sejam, a liberalização e a privatização. A primeira tende a diminuir a ingerência do poder público na economia, todavia, com o desenvolvimento desse processo gera-se, ou gerou-se, a necessidade do aumento da atuação daquele. Retire-se como exemplo as externalidades negativas a impactar o meio ambiente que reclamam a providência positiva do Estado, bem como as consequências da desregulação do setor financeiro das quais resultou uma das grandes crises (*subprime* - 2008) do capitalismo. Já a privatização, intensa na Europa

⁵⁶ STIGLITZ, Joseph E. *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 19.

e América latina, pode interferir no equilíbrio sobredito entre os setores privado e público que devem ostentar as economias mistas. A sobreposição daquele pode gerar falhas que podem ser supridas através de uma temperada regulação governamental.

Vê-se, portanto, que as falhas de mercado protestam a intervenção pública, ao passo que esta apresenta suas próprias falhas. Assim, o conhecimento cada vez maior das consequências das decisões instrumentalizadas pelo direito através da perspectiva da economia permite compreender melhor os cenários em que se inserem os campos de atuação econômica da nação, possibilitando sempre, por sua vez, que se chegue ao mais próximo possível do equilíbrio e da maximização do bem-estar.

3 PODER NORMATIVO E REGULAMENTAR

Por tratar-se de segmento cujo fito é a observação específica do poder ou competência administrativa regulamentar, ainda que à luz de enfoques alheios ao dogmático, à primeira vista, ao tema, quis-se dar vazão a sua dimensão conceitual de conformação doutrinária sob a ótica de alguns dos administrativistas clássicos de nossa tradição publicista.

Prosseguindo, afigurasse-nos que só é possível uma análise distinta ao cabo que se dê relevância aos antepassados desdobramentos do objeto de estudo, tratando-se, portanto, sob uma dimensão histórica da atribuição regulamentar, especificamente as relações de sujeição especial, a aproveitar desta teoria, de uma vez, a evidência indelével de empoderamento de uma então recente seara administrativa frente ao exigido tecnicismo e ramificações prestacionais inseridas no desenvolvimento do Estado liberal burguês em detrimento do fator democrático, decorrente do ‘Estado Legislativo’, já fortemente reclamado como de fato é comezinho e prescindível que se gize; depois, adjacente a tais posicionamentos conflitantes entre legalidade como bandeira do Estado de direito e atuação do apresto administrativo, encontra-se a figura do regulamento, esquivo entre a porfia e cujo grau de normatividade se mostra ponto de contraste eficaz na localização do pêndulo que representa as contrações e relaxamentos intervencionistas e não intervencionistas, respectivamente.

Portanto, mais do que diagnosticar e apresentar as distintas lições doutrinárias acerca das relações de sujeição frente aos direitos fundamentais ou frente ao corolário relacionamento substancial entre Administração e cidadão, quer se contornar as ancestrais relações formais que dão origem aos problemas atuais, entre se saber como, de fato, conceber a tecnocracia, o respeito à retórica da legalidade como segurança contensiva, o atual fator democrático e a própria competência regulamentar.

3.1 O REGULAMENTO NA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA CLÁSSICA

Como dito, mais do que conceituar uniformemente o instituto jurídico do regulamento, tendo como cenário o ordenamento brasileiro, busca-se, no presente trabalho, situar tal fenômeno institucional, bem como dispor de uma observação – na medida do que seja academicamente possível – acurada de qual o espectro de seu alcance e competência no apresto administrativo pátrio, com vistas a tornar mais claras as veredas do caminhar do poder normativo das pessoas instaladas na esfera executiva, de modo que se tangencie o desenvolvimento do direito público a uma estabilização republicana do exercício dos diversos poderes atribuídos às funções do Poder Político do Estado, mormente ao que se circunscreve à função da atividade administrativa, que nos interessa por ora.

Desta feita, por ser o direito, abstraídas as discordâncias filosóficas entre as escolas jurídicas, uma ciência do espírito, cujo método científico de elucidação dos enunciados verdadeiros⁵⁸ é o compreensivo, têm-se, como esclarece Tércio Sampaio Ferraz, de modo diferente do que ocorre nos campos de outras ciências ditas humanas como a Economia e a Antropologia, que não se pode identificar no direito uma distinção clara entre o cientista e o agente social, controvérsia que pode ser representada na antiga questão “de se saber se a doutrina jurídica como tal é, ela própria, uma das fontes do próprio Direito”.⁵⁹

Ademais, tomando como referência a “Ordem dos Publicistas”, alcunha inaugurada por Carlos Ari Sundfeld⁶⁰, observada a história da doutrina do Direito Público e o quadro político nacional, depreende-se que os juristas que fizeram e fazem escola no pensamento acadêmico influenciaram, sobremaneira, as práticas políticas, administrativas e governamentais da nação, seja dentro do corpo e dos quadros do

⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 5.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁰ Em texto que homenageia o professor Adilson Abreu Dallari, Carlos Ari Sundfeld traça um panorama histórico da comunidade de juristas encarregados do direito público no Brasil, desde os primórdios rudimentares do nosso Estado até à atualidade. Do Visconde do Uruguai aos doutrinadores mais recentes, conforma a comunidade juspublicista e revela suas searas. “Os membros da ordem dos Publicistas integram uma categoria mais ampla: a dos juristas, profissionais do Direito com status de professores, homens da Academia. No entanto, mesmo esta não é senão uma fração do conhecido grupo dos bacharéis em Direito, cuja importância na política e na sociedade brasileira remonta ao início de nossa história”. (SUNDFELD, Carlos Ari. A Ordem dos Publicistas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan., 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 mar. de 2015.)

Estado em atuação intrasistêmica, seja a determinar o influxo das tomadas de decisão, como agentes exógenos do aparelho estatal. Por isso, escolheu-se, dentre os administrativistas de escola, quatro autores que de certo modo influenciaram o posicionamento doutrinário sobre o tema tratado pelo poder de vinculação de seus magistérios,⁶¹ sem olvidarmos, no entanto, das lições dos demais juristas, algumas colacionadas no decorrer deste segmento.

3.1.1 O Regulamento na Doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

No volume introdutório de sua obra “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, o doutrinador percorre o tema, incialmente, no campo da Teoria Geral do Direito Administrativo, como denuncia o próprio título. Assim, perpetra uma conceituação da instituição do ‘Poder-função’ regulamentar desconhecendo fronteiras, mas informando as principais divergências doutrinárias e posicionamentos tomados no direito europeu continental e anglo-saxão, além dos norte e sul-americano. Abstraindo-se as nuances dogmáticas inerentes a cada Estado, Bandeira de Mello conceitua os regulamentos como:

Regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto Poder Público. São emanados pelo Poder Executivo, mediante decreto. Classificam-se em regulamentos executivos, ou de execução, em autorizados ou delegados, e em independentes ou autônomos.⁶²

Em seguida, traça pormenorizadamente a natureza, ontologia e características de cada espécie regulamentar e suas divisões conceituais internas, o que, embora de um conhecido refino didático, não nos será permitido tratar no presente trabalho. O que nos cabe apontar, todavia, é a posição do citado professor, no que concerne aos

⁶¹ A escolha não representa, pois, atribuição de grau hierárquico ou maior grandeza intelectual dos escolhidos em detrimento de outros autores. Pretendeu-se destacar alguns publicistas que, de fato, posicionaram-se de formas distintas acerca das questões que aqui consideramos relevantes para o instituto do regulamento, dentre a doutrina clássica, cônscios, todavia, que, inexoravelmente, deixaremos de citar outros importantes juristas, pela impossibilidade material de fazê-lo no presente trabalho. Sem embargo, ao longo do tópico, trar-se-á lição dos outros membros da denominada “Ordem dos Publicistas”.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 359. v. 1.

tipos de manifestações do poder regulamentar que abriga o Direito Administrativo brasileiro.⁶³ Para o autor, o direito pátrio permite apenas a existência dos **regulamentos externos executivos**, *secundum legem*, como algo inerente à própria função executiva de operacionalização dos mandamentos legais em que se necessite o toque formal e concreto do Estado, a ação secundária deste quanto ao âmbito regulamentar, a envolver “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos pela lei”,⁶⁴ daí sua subordinação jurídica à norma legal; e os **regulamentos externos autorizados ou delegados**, *intra legem*, que são aqueles regulamentos emanados pelo Executivo tendo em vista uma delegação legislativa anterior, na qual incumbe à Administração o desenvolvimento normativo mais sofisticado do que já fora tratado na norma legal, “para desenvolver os preceitos constantes de lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinadas”.⁶⁵ Destarte, “inexiste regulamentos autônomos ou independentes”.⁶⁶

Na lição do autor, os regulamentos *contra legem* ou mesmo *praeter legem*, afiguram-se possíveis apenas na espécie independente ou autônoma, em seus segmentos orgânico, regimental e policial⁶⁷. De tal maneira, ainda que admita, no que difere da doutrina majoritária atual, que à Administração seja dada a função de normatizar através de decretos executivos a criação de extranumerário e de pessoal para obras, a prescrição de direitos e deveres dos funcionários de tais cometimentos públicos, os regimentos dos servidores, os regimentos das próprias obras públicas e de prestação de serviços públicos, tendo em vista o dogma de que a máquina administrativa não pode parar e, portanto, seria um comando implícito do ordenamento jurídico tendo em vista a concretude da função administrativa, mesmo

⁶³ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello comenta (no que toca ao regulamento no direito pátrio) os artigos 83, II; 87, I; 55 e 46, IV da CF/1967 e 81, III; 85, I; 52; 43, V da EC nº. 1/1969 (na prática, um novo texto constitucional), que correspondem aos mesmos conteúdos normativos, respectivamente, dos artigos 84, IV; 87, parágrafo único, I; 68 e 48, X da CF/1988. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 359. v. 1.)

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *op. cit.* p. 368.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 370.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Segundo ele, regulamentos independentes orgânicos são as regras jurídicas emanadas pelo Poder Executivo que organizam a Administração, delineando sua estrutura, suas repartições públicas e seus agentes, dentro da correspondente dotação orçamentária, além de prescrever direitos e deveres do funcionalismo público; regulamentos independentes regimentais disciplinam internamente as condições de execução dos serviços públicos e o regime de utilização dos interessados; regulamentos independentes policiais envolvem normas destinadas a manter a ordem do Estado-sociedade, resguardando a propriedade, salubridade e segurança públicas e a liberdade dos indivíduos, cujas sanções pela inobservância devem constar em lei. (*Ibidem*, p. 360-361.).

assim, não existe, em nosso universo jurídico, para o autor, regulamento que possa atuar diretamente sobre a lacuna da lei.⁶⁸

3.1.2 Poder Regulamentar segundo Ruy Cirne Lima

O autor considerara o regulamento como fonte secundária do Direito Administrativo⁶⁹, atos normativos gerais de competência da Administração Pública que promovem a execução das leis. Assim, depreende-se a posição tomada por ele quanto à possibilidade de coabitacão do regulamento autônomo em nosso ordenamento.⁷⁰ Seria, então, o fenômeno regulamentar uma ferramentaposta como dever administrativo de conceber a operatividade legal, por ser o problema da execução da lei uma questão “técnico-jurídica, por excelência”.⁷¹ Descreve-se a lição de Cirne Lima:

No presente, porém, a significação do regulamento é apagada (...). Inoperante contra *legem*, ou sequer *praeter legem*, o regulamento administrativo endereçado, como vimos, à generalidade dos cidadãos nenhuma importância como direito material possui. Avulta nele, certamente, o cometimento técnico. Cumpre-lhe resolver o problema da execução da lei (...).

Observa-se, pois, que o autor já tratava da competência regulamentar como uma questão condizente com a seara técnica e burocrática do Estado, homiziada pela função executiva, que se constitui de quadros especializados na aplicação do progresso científico nas relações tecidas ou regulamentadas pelo Estado.

⁶⁸ Posição diametralmente oposta às lições dos autores Hely Lopes Meirelles e Marçal Justen Filho, que serão analisadas mais adiante.

⁶⁹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87.

⁷⁰ Insta esclarecer que as normas constitucionais comentadas pelo Professor Cirne Lima (1946) não diferem das normas sobre poder regulamentar postas em nossa ordem constitucional hodierna. Ao menos no direito positivo, vivemos semelhante conformação do tema.

⁷¹ *Ibidem*, p. 88.

3.1.3 O Regulamento na Lição de Celso Antônio Bandeira de Mello

Para o autor, o regulamento ao longo do desenvolvimento do Direito Administrativo não corresponde a um único instituto convergente de mesmas irradiações jurídicas. A alcunha pode, em diferentes épocas e lugares, configurar distintos fenômenos, cujas origens podem também não apresentar uniformidade. Diante disto, para ele, o “denominador comum encontrável” para agrupar didaticamente os atos compreendidos sob tal insígnia é o “caráter geral e, normalmente abstrato que possuem, de par com a circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis”.⁷²

O autor é um dos que mais encarece a regra da reserva legal e o princípio da legalidade administrativa. Levadas em consideração as exceções que a Constituição Federal de 1988 impõe ao princípio da legalidade⁷³, advoga que a Administração Pública brasileira está rigorosamente adstrita a ele.

(...) o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhe compete no Direito brasileiro.⁷⁴

Em sua lição, o caráter subalterno que tem a Administração em relação à lei pode ser observado no tratamento que a Constituição dá àquela no que tange ao seu poder regulamentar. Conjugando-se, pois, os artigos, 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV e VI, alíneas ‘a’ e ‘b’, todos da Carta da República (este último artigo em seu inciso IV a prescrever que ao Presidente da República compete sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução), extrai-se que todo ato administrativo tem função de dar concreção à lei.

Até mesmo a quem cujo cargo pertence ao cume da Administração Pública, em seu mais solene ato, resta proporcionar um fiel cumprimento dos mandamentos legais.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 343.

⁷³ Edição de Medidas Provisórias, Decretação de Estado de Sítio e Estado de Guerra.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p.129.

É o ofício do administrador; ele quem lida no cotidiano social com as agruras da vida em comunidade, pugnando por uma salutar governança do caminhar da nação, assim, a Constituição o municia com um aparato legal, o ordenamento jurídico, e o poder de expedir regulamentos, haja vista que não poderá o legislador sempre esmiuçar no veículo textual da norma, a lei, como ela deverá ser exatamente cumprida, os mínimos detalhes operacionais ou os comandos que deem uniformidade ao seu cumprimento visando à ordem. Ou ainda, que tratem da organização interna da Administração, sua práxis, códigos de conduta etc.

Ainda no magistério de Bandeira de Mello, a lei inova o ordenamento jurídico, é fonte primária do direito, enquanto que o regulamento está abaixo dela, é fonte secundária e seu dependente.⁷⁵ Tal significa que quando a lei não der espaço para a função administrativa, para o agir administrativo, na conjuntura de se alcançar a objetividade absoluta na norma, não haverá regulamentos, pois esse seria inócuo, e se existir, será seu mero desdobramento.

Giza Bandeira de Mello que o regulamento não pode acrescentar, modificar, restringir ou alargar direitos. Não havendo, portanto, na moldura constitucional brasileira assento para regulamento independente ou reserva regulamentar, afora os decretos “autônomos” do art. 84, VI, CF/88.⁷⁶ Traz-se a lição do autor:

⁷⁵ Bandeira de Mello acompanha doutrinariamente Geraldo Ataliba: “Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República - ou Chefe do Executivo, em geral, Governador e Prefeito - a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la. (...) Expedir decretos e regulamentos - na nossa tradição constitucional, aquêle é gênero veiculador desta espécie - é, mais do que *munus*, prerrogativa do Chefe do Executivo. Tanto é assim, que, a lei, comumente, não pode impedir àquele de exercitar êste poder. Não é dado à lei vedar a regulamentação. Seria nula a cláusula legal que impedissem ao Presidente de exercitar êste poder. Não quer, entretanto, isto dizer que tal poder seja ilimitado, ou que possa ser exercido de qualquer forma e a qualquer propósito. O uso deste poder solene e eminente é, pelo contrário, vinculado. Depende quantitativa e qualitativamente das condições impostas pelo sistema e da própria natureza e conteúdo da lei a ser regulamentada”. (ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 97, p. 23, ago. 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32548>>. Acesso em: 06 mai. de 2017.)

⁷⁶ Sublinha que tal espécie regulamentar não pode ser alcunhada de autônoma ou independente. Embora possa consubstanciar em determinadas ocasiões, como na extinção dos cargos vagos, atos administrativos concretos que contrapõem a lei, eles são meros arranjos internos dos órgãos e de suas competências, já anteriormente criados por diploma legal. Dessarte, não têm o poder normativo primário e independente que detêm, historicamente, os regulamentos autônomos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conquanto classifique o regulamento do artigo 84, VI, como autônomo, reconhece que o constituinte derivado o estabelece de forma muito limitada no caso da alínea “a”, dando poderes de estruturação administrativa ao Chefe do Executivo para organização e funcionamento de unidades já criadas por lei, e da alínea “b” defende não se tratar de poder regulamentar, mas “típico ato de efeitos

Os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.⁷⁷

3.1.4 Poder Regulamentar no Ensinamento de Hely Lopes Meirelles

Para o Hely Lopes, o poder regulamentar configura a faculdade que detêm os chefes de Executivo (Presidente, governador e prefeito – poder inerente e privativo a tais cargos, portanto indelegável) para explicar as leis de modo a gerar correição e uniformidade na sua aplicação, ou de “expedir decretos autônomos sobre matéria não disciplinada por lei”.⁷⁸

Patente, pois, o posicionamento doutrinário do autor quanto à possibilidade de alargamento do espectro competencial para expedição de atos normativos pela Administração Pública. Diferente dos juristas cujos pensamentos foram acima expostos, Hely Lopes reconhece que se é outorgado ao Executivo a possibilidade da

concretos”. Afora tal modalidade limitada de regulamento independente, defende haver apenas o regulamento executivo, para fiel cumprimento da lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 82-86). Também comunga deste posicionamento doutrinário o professor José dos Santos Carvalho Filho, para quem “a função regulamentar representa uma prerrogativa de direito público, pois que conferido aos órgãos que têm incumbência de gestão dos interesses públicos e (...) ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). (...)’ Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55; p. 63).

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 370.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 98.; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 119. Esclarece-se que todas as lições retiradas da obra de Hely Lopes presentes ao longo de todo o trabalho estão em idêntica disposição nestas duas obras. Nota-se, portanto, que perdurara seu entendimento mesmo sobrevindo nova ordem constitucional, sabendo-se que antes de seu falecimento o autor conformou seu curso à nova Constituição, optando, assim, por compor a linha doutrinária explicitada.

feitura de atos de caráter geral e impessoal a inovar na ordem jurídica de forma primária, prescindindo de diploma legal que o esteie.

Aqui, analisada sua obra, brotará aparente contradição nos pressupostos de seus ensinamentos. É sabido, dentre a comunidade jurídica, que Hely Lopes Meirelles fora um dos autores que mais encareceu o princípio da legalidade administrativa no Brasil. Sua clássica lição de que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”;⁷⁹

Nessa toada, tornou-se modelo da conceituação principiológica referente à legalidade. Todavia, o autor esclarece que no poder de comandar a Administração, **encontra-se implícito o poder de regulamentar as leis e, com normas próprias, suprir as omissões legislativas que estiverem conformadas na alçada executiva:**

Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrente na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução de lei –, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição.⁸⁰

Dentre a atribuição executiva, técnico-jurídica, de dar concreção à lei e aplicar os métodos e progressos científicos e tecnológicos nas relações formalizadas pelo Estado ou nas que ele substancialmente participe, o autor entende que a função tecnocrática permite uma atuação normativa *praeter legem* da Administração Pública,

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 82.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 120.

através do regulamento autônomo, sem invasão do que seja de caráter privativo ao parlamento.⁸¹ ⁸²

3.2 RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao se tratar do poder normativo do Estado-administração e sua atribuição regulamentar sob uma perspectiva histórica, é necessário que se traga a doutrina alemã de relações de sujeição especial. Surgida no século XIX, ela traduz a legitimação da existência de um poder administrativo especial capaz de interferir nas esferas de direitos fundamentais daqueles que integram uma relação diferenciada em

⁸¹ Segue-o nessa vereda doutrinária, Marçal Justen Filho a entender que “a ausência de disciplina legislativa necessária à promoção dos direitos fundamentais pode ser suprida por meio de regulamento” e que “a sumariedade da disciplina constante de uma lei propicia à autoridade administrativa emitir regulamentos para dispor sobre as questões omitidas”. Quanto ao primeiro ponto, segundo o autor, converge o entendimento do STF no julgamento da ADC 12, na qual o Sodalício Supremo deliberou positivamente acerca da validade da Resolução nº. 7 do CNJ, que vedara o nepotismo no Poder Judiciário. “Essa decisão afastou a necessidade de lei para regulamentar a disciplina constitucional. O STF reputou que a omissão do legislador não constitui obstáculo à edição de normas regulamentares destinadas a tornar efetivas determinações constitucionais. (...) Assim, a figura do regulamento autônomo adquire extrema relevância nas hipóteses de omissão legislativa referida a temas essenciais à Constituição”; Quanto ao segundo posicionamento, entende que não obstante o inciso IV do artigo 84 da CF/1988 atribua a função de fido executor das leis ao instituto do regulamento, “a fiel execução da lei pode significar a realização da finalidade buscada pelo direito, sem que isso signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa, (...) o argumento da mera reiteração dos termos da lei conduz à inutilidade da regra constitucional (...), se fosse vedada qualquer inovação na disciplina legal, o regulamento seria inútil, (...) nem teria cabimento a Constituição referir-se à figura. Se o fez, alguma função deve ser a dela reconhecida, o que significa a possibilidade de disciplina complementar e inovadora em face das disposições legais”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 229; p. 263). Admitindo homologar-se o decreto regulamentar autônomo em nosso sistema jurídico cite-se ainda Eros Roberto Grau: “Isto posto, reconstruindo a classificação dos regulamentos no Brasil, teremos: (...) regulamentos autônomos ou independentes, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional, importam o exercício daquela função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência; envolvem, quando necessário, inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa”. (GRAU, Eros. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 253.; Concebendo-o como instituto presente em nosso ordenamento, todavia negando a validade de sua interferência em matéria tributária, (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94.)

⁸² Paulo Otero, a comentar a ordem constitucional de seu país, tende a convergir com a lição de Hely Lopes, no que diz ao complemento administrativo da lacuna do sistema normativo: “(...) segundo resulta do artigo 199º, alínea g), da Constituição[*], o Governo disponha de uma competência concorrente entre a emanação de decretos-leis ou de decretos regulamentares em sectores de matérias ainda não foram objecto de qualquer normação e que se situem fora da reserva de lei”. (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 455.). Assim trata a Constituição Federal Portuguesa de 1974: Artigo 199º: Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas: g) Praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas.

relação ao Poder Público⁸³, ou seja, dota-se este de uma extraordinária potestade, de origem autocrática, em uma relação que vai da consensualidade em sua origem, como entre administração e servidores públicos, à outorgada à revelia do sujeito como no caso dos internos em estabelecimentos prisionais.

A topografia histórica de tal corrente tem lugar no desenvolvimento do Estado alemão e na ausência de ruptura entre monarquia e a nova ordem constitucional; o que se dera em várias nações europeias decorrente das revoluções burguesas e da aversão ideológica ao *ancien régime*.

Embora tenha havido um movimento acadêmico alemão,⁸⁴ em especial na década de 80, para se mudar a conceituação e o próprio nome da teoria de ‘relação de poder ou sujeição especial’ para algo que soasse mais brando quanto ao poder e submissão inerentes à substância do instituto, sua natureza é própria da formulação e exercício de uma prerrogativa estatal fadada ao autoritarismo. Porém, estando homiziada no então Estado de direito, deve ter pressuposto normativo condizente com o encarecido princípio da legalidade, que se traduz no poder regulamentar, e com a forma de positivação constitucional dos direitos fundamentais.⁸⁵

Na esteira da doutrina de Luz Marina Gil Garcia,⁸⁶ podemos encontrar alguns antecedentes históricos de desenvolvimento de técnicas e relações administrativas que se apresentam como antepassados rudimentares das relações especiais de poder, são aqueles eventos, classes (de religiosos, guerreiros e servos), e instituições,

⁸³ WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Revista de Direito Público-RDA**, Brasília, v. 4, n. 18. p. 32, out/nov./dez, 2007. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 14 jun. de 2015.

⁸⁴ Entre os autores que desde a década de 60 propuseram a modificação da nomenclatura estão MAUNZ, relações de submissão, ULE e WOLFF, relação especial de dever. (ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. **Revista de Administración Pública** - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madri, n. 34, p. 12, 1961.

⁸⁵ Para Luz Marina Gil García esta relação de sujeição especial pode incluir: “la prohibición absoluta o parcial del ejercicio de un derecho recortando su contenido; la prohibición relativa o con reserva impuesta por la Administración; prohibiciones que pueden ser transitorias o permanentes; la permisión del ejercicio de ciertos derechos y atribuciones con reservas prohibitivas o permisivas, transitorias o permanentes, graduales o totales; la autorización para el ejercicio de ciertas actuaciones y potestades. Algunas son de tipo preventivo y otras, represivo. La relación de sujeción especial, se extiende a la imposición de prestaciones forzosas de carácter personal, que incluyen deberes y obligaciones de hacer y no hacer. Este ámbito define el alcance de las competencias, los fueros y las faltas en vinculaciones concretas con la Administración”. (GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. **Prolegómenos**, Bogotá, v. 12, n. 23, p. 178-179, 2009, Disponível em: <<https://doi.org/10.18359/prole.2503>>. Acesso em 16 set. de 2015).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 180.

tais como as ordens monásticas, os feudos e os associações de artesanato ou ofício, donde se extraem relações que configuram verdadeiros vínculos jurídicos entre seus componentes, a evidenciar desde então as características de uma relação especial de sujeição. Segundo a autora, tem-se conhecimento de antecedentes desse tipo de relação desde a Alta Idade Média, entre os séculos V e XI, período em que pelo chamado ‘compromisso de lealdade’ que o vassalo oferecia ao senhor feudal por meio de um juramento, se entendia a formalização de uma relação de sujeição. Fora sobre esse tipo de dependência que se travaram as relações político-econômicas da época, sem que se falasse ainda de Administração unitária ou função pública.⁸⁷ ⁸⁸ O desenvolvimento desta relação denominada ‘vassalagem’ que produziu as condições e pressupostos básicos para o surgimento e fortalecimento da organização burocrática no Estado absolutista e a organização militar que foram requestadas pelas primeiras aparições do Estado constitucional.⁸⁹

Já no período da Baixa Idade Média, surgem algumas instituições nas quais se encontram verdadeiros antecedentes das relações de sujeição especial irradiada pelos vínculos jurídicos entre os membros de algumas ordens e associações:

Entre los miembros de las órdenes monásticas y los gremios de oficios (artesanos y comerciantes independientes) con los sujetos encargados de su disciplina, detectándose en ellos los componentes que permiten caracterizar el concepto de este tipo de relaciones, tales como: a) la existencia de un orden jurídico con alcance general y destinatarios universales en un territorio determinado; b) la definición teleológica de un cuerpo normativo especial que contiene una disciplina igualmente especial con destinatarios delimitados dentro del ámbito de regencia del régimen general; c) la sujeción también al régimen general de tales destinatarios específicos; d) la existencia de autoridades para la aplicación del régimen especial de disciplina. En los gremios hay un maestro y un aprendiz; el primero disciplina y domina. ⁹⁰ ⁹¹

⁸⁷ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando *op. cit.* p. 181.

⁸⁸ Na lição de HUNT e SHERMAN sobre o sistema feudal: “Nos costumes e tradições reside a chave para compreendermos as relações medievais. Em lugar das leis, como as conhecemos hoje, vigora o costume do feudo. Inexistia, na Idade Média, uma autoridade central forte, em condições de impor um sistema de leis. Toda a organização medieval baseava-se num sistema de obrigações e serviços mútuos, permeando a hierarquia de cima a baixo. A posse ou uso da terra implicava a prestação de determinados serviços costumeiros ou pagamentos em troca de proteção. Assim como o servo tinha a obrigação de entregar parte de sua colheita ou executar trabalhos variados para o senhor, o senhor tinha como obrigação proteger o servo”. (HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *op. cit.*, p. 12.)

⁸⁹ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. *op. cit.* p. 181.

⁹⁰ *Idem; Ibidem*, p. 182.

⁹¹ Ainda na lição de HUNT & SHERMAN: “Além dos feudos, havia uma grande quantidade de cidades dispersas pela Europa medieval, muitas das quais se destacavam como importantes centros manufatureiros. Os bens manufaturados eram vendidos aos feudos e, por vezes, transacionados no

O surgimento das instituições que albergaram o desenvolvimento das relações de sujeição especial mais adiante confundir-se-á com a composição da própria burocracia estatal, primeiro ainda no regime feudal, em evolução para as monarquias absolutas e, em seguida, constitucionais. O resquício medieval se traduz na percepção de que os componentes da comunidade política fossem considerados sujeitos passivos de obrigações e deveres impostos por um poder público transcendente, e por conta da natureza dessa relação se instituiria a nomenclatura ‘súdito’, submetido ao poder do Monarca, portanto.

No entanto, com o advento da Idade Moderna e ante o enfraquecimento do sistema feudal, fortifica-se o sistema central cuja figura é o Rei, em detrimento da ramificação política anterior, agora incumbido no papel de realizar tarefas de caráter público e não apenas de feitio pessoal. Diante deste novo mister, o Príncipe instala ao seu redor esferas de servidores, encarregados da gestão real ou os denominados ‘Ofício Régios’. Principia o aparecimento, consoante fenômenos em geral distintos, mas de formas semelhantes, de Conselhos Reais, com o fito de assessorar o Rei em assuntos administrativos, passo importante para, nas relações territoriais, começarem a surgir as figuras dos governadores, corregedores, capitães gerais intendentes, secretários de despacho, procuradores, entre outras figuras político-administrativas.⁹²

Este Direito Régio transforma-se, paulatinamente, no poder de polícia, centrado em assegurar condições de salubridade, segurança, regime jurídico dos servidores públicos, educação, decoro público, ordem pública etc.

Após a Revolução Francesa, contudo, por razões históricas conhecidas, a ótica passa da figura do ‘súdito’ à figura do ‘cidadão’, agora o sujeito ativo frente à

comércio distante. As instituições econômicas dominantes nas cidades eram as guildas, corporações de artesãos, comerciantes e outros ofícios, cuja origem remontava ao Império Romano. Se alguma pessoa quisesse produzir ou vender determinado bem ou serviço, tinha que estar filiado a uma guilda. Além de regulamentarem as atividades econômicas, intervinhama nas questões sociais e religiosas. Estabeleciam regras de conduta para os seus membros com relação às suas atividades pessoais, sociais, religiosas e econômicas. Embora regulamentassem minuciosamente a produção e a venda de mercadorias, as guildas se preocupavam menos com a obtenção de lucros do que com a salvação das almas de seus associados, zelando para que levassem uma vida ordeira, baseado nos ensinamentos e costumes da Igreja. Assim, exerciam uma poderosa influência no sentido de manter o status quo nas cidades medievais”. (HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *op. cit.*, p. 14.)

⁹² En tanto se presume que el rey no actúa injustamente, el derecho regio, gozó de esta misma presunción; de allí nacen categorías jurídicas vigentes durante muchos años, como la presunción de legalidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad y ejecutividad de los mismos; pero tan bien surge la doctrina de los oficios públicos con conceptos como sueldo y suspensión del empleo; la potestad disciplinaria; la jerarquía la competencia, entre otros. (GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. *op. cit.* p. 182.)

Administração Pública. E com o surgimento da legalidade administrativa e a democracia representativa pós-revolução, há o delineamento nítido entre as relações de sujeição geral e especial, mormente no que tange ao quadro dos servidores públicos, como *longa manus* da administração.

Dadas as linhas históricas mais remotas e gerais, nos aterremos ao desenvolvimento do instituto sob a doutrina alemã.

Como dito mais acima, o surgimento do Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), não se dera com uma ruptura revolucionária e violenta,⁹³ mas na esteira da vontade de se ultrapassar o Estado de Polícia, onde se pudesse alcançar a liberdade e a segurança ao tempo em que submetesse a já complexa máquina administrativa alemã sob o espectro jurídico, independente da forma legal de Estado e sua estrutura política.⁹⁴

Como resultado desse fenômeno metamórfico entre Absolutismo e Monarquia constitucional, com a ascensão política da burguesia conforma-se uma polarização entre o princípio monárquico e a soberania popular, poder monárquico e o poder representativo, entre Estado e Sociedade: “tal polarização consubstanciava-se na dicotomia entre o domínio da lei e o domínio do regulamento”,⁹⁵ entre a atuação segundo as regras do direito e a atuação livre do apresto administrativo. Cria-se uma esfera de atuação administrativa imune,⁹⁶ ou ajurídica, influenciada pelas prerrogativas monárquicas.

⁹³ *Il n'y a pas eu de révolution comme en France. Le prince allemand est et reste un tout autre homme que ce chef de l'Etat abstrait qui existe en France. Chez nous, allemands, l'idée de la souveraineté du peuple n'est pas devenue le fondement de l'édifice. En principe, toute la puissance de l'Etat reste concentrée dans la personne du prince.* (MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. Partie Général. Paris: Giard&Brière, 1903, p. 73).

⁹⁴ Enquanto a burguesia inglesa lutou pela supremacia do parlamento de modo a conseguir fazer valer seus ideais políticos e econômicos, a burguesia alemã deparou-se com as leis da monarquia constitucional em vigência e tratou de interpretá-las de modo a conseguir um mínimo de liberdade econômica, em face a um Estado mais ou menos absoluto. A monarquia constitucional, que nesse período se desenvolvia na Alemanha, surgiu não em oposição ao antigo Estado Absolutista, mas a partir dele, como uma espécie de ‘metamorfose do antigo absolutismo esclarecido’. (WIMMER, Mirian. *op. cit.*, p. 35).

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Em seu trabalho sobre justiça administrativa, Garcia de Enterría giza os círculos de imunidades do Poder Executivo frente ao controle dos tribunais e do próprio direito, segundo ele: “Una vez vencida la pretensión de inmunidad absoluta que la Administración, como todo poder, pretendió inicialmente, éste va a replegar-se construyendo, con un cierto respaldo teórico, amplios círculos de inmunidad frente a los jueces, em los cuales pretendía conservar su preeminencia indiscutida. La demolición sistemática de esos círculos de inmunidad será la gran obra del siglo XX. Tres han sido sobre todo tales círculos: el poder reglamentario los llamados actos políticos o de gobierno y la potestade discrecional. (Grifo

Apesar de o caminhar da construção do Estado de direito se dirigir à permeabilidade da administração pelas limitações impostas pelo direito, segundo Wimmer:

Ainda persistia a ideia da lei como mero limite externo de uma Administração essencialmente livre. Assim, grandes zonas de atuação administrativa permaneceram impermeáveis ao Direito, manifestando-se por meio de regulamentos administrativos (*Verwaltungsordnungen*), atos concretos e medidas de ordem interna (*mesures d'ordre interieur*).⁹⁷

Daí provém a necessidade de se distinguir o conceito material do conceito meramente formal de lei, a fim de legitimar a atuação administrativa do monarca e os espaços destinados à normatização da sociedade por meio do parlamento. Paul Laband teve papel importante na teoria de sujeição especial na medida que cuidou cientificamente dessa distinção, a corroborar a existência de espaços livres de atuação do poder estatal sem interferência do jurídico:

Laband acreditava num Estado unitário, individualizado, impermeável e fechado para exterior, de modo que sua “esfera interior” não seria alcançada pelo Direito. Só haveria espaço para uma “proposição jurídica” quando a manifestação de vontade do Estado atingisse, de algum modo, a esfera jurídica de outro indivíduo, ou seja, quando se tratasse de relações “externas”. As regras que se aplicavam no interior da Administração não possuiriam, segundo ele, a natureza de prescrições de direito, mas seriam apenas prescrições administrativas. Assim, aquele que penetrasse na esfera interna do Estado abandonaria as vestes de cidadão para assumir a roupagem do funcionário público, sujeito a ordens e instruções com efeitos apenas internos.⁹⁸

A esse tipo de relação jurídica interna que Otto Mayer chamaria de relações especiais de poder.⁹⁹ Fulcrava-se na ideia de que à Administração é dada liberdade

noso). (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La justicia administrativa en el cambio de siglo.** 1. ed. Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2003, p. 47).

⁹⁷ WIMMER, Mirian. *op. cit.*, p. 36.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ Importante gizar que o próprio Otto Mayer consignou que, primeiro, Laband não é o criador de tal distinção doutrinária, sentido material e formal da lei, mas seu defensor. Depois, ele mesmo discordaria da configuração dada pela corrente, seguindo, pois, no sentido de conformar que não há dois grupos diferentes de leis, mas sim apenas a lei proveniente da representação social e do princípio, segundo a via prescrita pela Constituição, o que se denomina, segundo tal teoria, sentido formal da lei. Destarte, a partir da força oriunda dessa legitimação formalizadora do plano constitucional, tal ato legislativo apresenta uma inerente capacidade de impor as regras de direito, sua substância, seu comando, a lei em sentido material, portanto. Isso não quer dizer que toda lei é uma regra de direito, mas sempre um elo jurídico unindo as duas dimensões (interpretação que, segundo Mayer, falta à teoria de Laband): “C'est ici le lieu de dire une mot de la fameuse doctrine qui distingue deux notions de la loi: la loi dans

para que cuide de seu multifacetário desenvolvimento, vinculada apenas por certos objetos relevantes. A despeito de sua defesa pelo Estado de direito, advogava que o apresto administrativo deveria trabalhar em um espaço independente de normas para dirigir suas atividades, livre do manto jurídico e da reserva da lei, com penetração desta apenas em pontuais searas. Tendo, pois, como instrumento de exercício de suas potestades, dentre outros, o poder regulamentar.

Voilà le Rêchtsstaat. Mais quand il s'agit de le faire sortir de ces généralités abstraites, les difficultés commencent. Pour réaliser le programme, il y a d'abord un point sur lequel l'entente est faite: l'administration, pour se faire 'à la manière du droit', doit être liée par des règles de droit. La Constitution a créé dans ce but la forme de la loi, et cela suffit. Cependant, il est facile de voir que l'activité de l'Etat ne peut être restreinte à la simple exécution des lois existantes; il lui faut vivre et agir, même s'il n'y a pas de loi pour diriger son action; or, il y a, dans l'administration, une foule de choses qui ne peuvent pas être prévues par des règles strictes qui les enchaînent. Le Rechtsstaat doit donc restreindre ses exigences à ce qui est possible; dès lors, son principe peut se formuler ainsi: l'action de l'administration doit être dirigée, autant que possible, par des règles de droit. (Grifo nosso). ¹⁰⁰

Por tratar-se de capítulo cujo fito é a observação específica do poder ou competência administrativa regulamentar, ainda que à luz de enfoques alheios, à primeira vista, ao tema, quis-se dar vazão à dimensão histórica do instituto tratado neste segmento do artigo, qual seja as relações de sujeição especial, a aproveitar deste, de uma vez, de plano, a evidência histórica do empoderamento de uma então recente seara administrativa frente ao exigido tecnicismo e ramificações prestacionais inseridas no desenvolvimento do Estado liberal burguês em detrimento do fator

le sens formel et la loi dans le sens matériel. Laband n'en est pas l'auteur, mais le principal défenseur. Il démontre que nous appelons loi tout acte émanant du concours, réglé par la constitution, du prince et de la représentation nationale, quel que soit le contenu de l'acte; c'est la loi dans le sens formel, caractérisée par son origine. D'un autre côté, nous appelons loi toute règle de droit, d'où qu'elle vienne; c'est la loi dans le sens matériel. La loi dans le sens formel peut être à la fois une loi dans le sens matériel; c'est là que les deux notions se touchent; mais, en principe, elles sont indépendantes l'une de l'autre. (...)Pour nous, il n'y a pas deux notions de la loi. La loi, c'est la loi constitutionnelle, l'acte émanant du concours du prince et de la représentation nationale dans la voie prescrite par la constitution, donc 'la loi dans le sens formel'. Cet acte n'implique pas seulement une certaine forme observée pour le faire, mais aussi une certaine force que lui est inhérente à cause de cette forme, spécialement la force d'imposer des règles de droit, des 'lois dans le sens malériel'. Cela ne veut pas dire que chaque loi soit une règle de droit, mais c'est un lien juridique qui lie ces deux choses. Ce lien manque dans la théorie de Laband, où la loi constitutionnelle désigne une pure forme sans une force correspondante. Quant à la 'loi dans le sens matériel', il nous semble que ce n'est pas une notion nouvelle et indépendante, mais bien une façon de parler bien connue en rhétorique, une métonymie: on appelle loi toute règle de droit parce que d'ordinaire les règles de droit sont contenues dans des lois". (MAYER, Otto. *op. cit.*, pp. 88-89).

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 77.

democrático, decorrente do ‘Estado Legislativo’, já fortemente reclamado como de fato é conhecido e desnecessário que se gize; depois, adjacente a tais posicionamentos conflitantes entre legalidade como bandeira do Estado de direito e atuação do apresto administrativo, encontra-se a figura do regulamento, esquivo entre a porfia e cujo grau de normatividade se mostra ponto de contraste eficaz na localização do pêndulo que representa as contrações e relaxamentos intervencionistas e não intervencionistas, respectivamente.

Portanto, mais do que diagnosticar e apresentar as distintas lições doutrinárias acerca das relações de sujeição frente aos direitos fundamentais ou frente ao corolário relacionamento substancial entre Administração e cidadão, quer se contornar as ancestrais relações formais que dão origem aos problemas atuais, entre se saber como, de fato, conceber a tecnocracia, o respeito à retórica da legalidade como segurança contensiva, o atual fator democrático e a própria competência regulamentar. Todavia, e à guisa de conclusão didática, continuar-se-á ao desenvolvimento do instituto, como que por completude da moldura histórica e do corte epistemológico adotado, o qual espera-se que se afigure um tanto eficaz, dentre os possíveis.

Feitos os aclaramentos necessários, é mister que se trate de importante ponto para as relações especiais de sujeição que é a promulgação da Lei Fundamental de Bonn. Antes, contudo há de se citar que, embora a Constituição de Weimar tenha delimitado e consagrado o princípio democrático e a reserva de lei em se tratando de direitos fundamentais, eliminando os fundos normativos da teoria aqui tratada, o ambiente doutrinário permaneceu favorável a sua persistência.¹⁰¹ E, logo após a ascensão do projeto nazista ao poder, o instituto cai na obsolescência pela estrutura jurídica introduzida:

Com a ascensão do nacional-socialismo, caiu em desuso o instituto das relações especiais de poder. Ossenbühl esclarece que, com a publicação da Lei Plenipotenciária de 24.03.1933, a visão dualista da lei (formal vs.material), bem como o **conceito de regulamento** decorrente da separação entre legislativo e executivo perderam o objeto, uma vez que o

¹⁰¹ Na verdade, com a queda da monarquia e a instauração da república, era de se esperar a superação da dicotomia clássica entre esfera externa, sujeita ao direito, e esfera interna, livre da influência da lei. Não foi, todavia, o que aconteceu. A *praxis* estatal e as decisões judiciais continuaram tomando como base a doutrina antiga, que assim tornava-se cada vez mais reconhecida e ‘legalizada’. (WIMMER, Mirian. *op. cit.* p. 40).

líder do Reich ascendeu como segundo legislador ao lado do parlamento. Mais tarde, sob justificativa do “Führerprinzip”, Hitler passou a monopolizar todas as competências legislativas. A confusão entre executivo e legislativo impedia qualquer distinção entre lei e regulamento, com base nas idéias de separação de poderes e esferas próprias de atuação. Além disso, o nacional-socialismo acreditava ter eliminado a distinção entre Estado e sociedade de onde, em última análise, provinha a distinção entre lei formal e material. O regime autoritário do nazismo, fundamentado na ideologia da “comunidade do povo” como fonte primeira do direito e como elemento aglutinador da sociedade, acabou por borrar a distinção entre relações gerais e relações especiais de sujeição. (*Grifos nossos*).¹⁰²

No Pós-Guerra, a Lei Fundamental de Bonn introduz o caráter mais social do Estado de direito alemão, conjurando definitivamente a queda do princípio monárquico e por consequência o esfacelamento da perspectiva dualista da lei a estabelecer peremptoriamente a subordinação da função executiva ao parlamento, apenas sendo permitida a ação daquele através dos processos normativos deste. Além do que, inaugurou uma estrutura de positivação de garantias concretas e asseguratórias dos direitos e liberdades fundamentais retirando o apanágio dos poderes estatais de deles dispor ao alvitre e talante administrativos. Emerge, destarte, o anacronismo da formulação vetusta da teoria no confronto com a nova ordem constitucional a reclamar nova configuração acordes com os postulados da nova retórica e sistemática de vinculação legal.¹⁰³

Esta nova conformação sofre influxo de dois eventos. O primeiro é a reunião dos professores de direito do Estado, em Mainz, no ano de 1954, junto com a decisão do Tribunal Constitucional de 14 de março de 1972.¹⁰⁴

Naquele encontro, destacaram-se as exposições dos Professores Herbert Krüger (O Poder e o Direito nas relações especiais de sujeição) e Carl Hermann Ule (A distinção entre a relação fundamental e a relação empresarial) que conduziram a reconhecer:

(I) que la reserva de ley afecta las relaciones especiales de sujeción, en tanto no hay espacios ajurídicos em donde la Administración encuentre un terreno propio y autónomo; (II) que las relaciones de los ciudadanos con el Estado no son solo de sujeción o de poder, son tantas como las necesidades del ciudadano en torno al Estado; (III) que las relaciones especiales de sujeción,

¹⁰² WIMMER, Mirian. *op. cit.* pp. 40-41.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. *op. cit.* p. 189.

*permiten ejercer los derechos fundamentales, en el límite de los objetivos de la institución; (IV) que estos objetivos originan una “relación fundamental”, sometida a control judicial, y en este sentido una relación jurídica; (V) que las relaciones meramente “funcionales” u “organizativas” o “de empresa”, quedan excluidas de la protección o control judicial.*¹⁰⁵

Em suma, sem que houvesse uma rejeição completa da teoria, afigurou-se nova convergência doutrinária no sentido de se reconhecer não mais se admitir espaços ajurídicos “reconhecendo-se a incidência dos direitos fundamentais e a possibilidade de tutela judicial nesses espaços”.¹⁰⁶ ¹⁰⁷

Ademais, tem-se a decisão BVGE 33, 1, do ano de 1972, do Tribunal Constitucional Alemão “como o grande catalisador para a metamorfose da doutrina das relações especiais de sujeição, após o advento da Lei Fundamental de Bonn”.¹⁰⁸

O recurso fora motivado por um gravame no direito de livre expressão de um detento, cujo lastro autorizador era uma disposição administrativa, decidiu, pois, o dito Tribunal, segundo Wimmer:

(i) os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos por intermédio ou com base em uma lei; (ii) as intervenções nos direitos fundamentais dos presos, sem fundamento legal, somente podem ser de caráter provisório; (iii) a limitação dos direitos fundamentais dos presos somente pode ser considerada quando tal for indispensável para alcançar os fins da sociedade, abrangidos pela ordem de valores da Lei Fundamental; (iv) cabia ao legislador expedir uma lei de execuções penais em conformidade com a concepção moderna de direitos fundamentais, que contemplasse critérios rigorosos sobre as circunstâncias nas quais poderia haver intervenções nos direitos fundamentais.¹⁰⁹

¹⁰⁵ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. *op. cit.* p. 189.

¹⁰⁶ WIMMER, Mirian. *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁷ Alfredo Gallego Anabitarte traz, em estudo que trata exclusivamente sobre a realidade alemã, apresentado na Universidade de Munique, no ano de 1960, robusto escólio da alta doutrina alemã que conforma a então “nova” dimensão da teoria conjugada sobre os postulados inerentes ao princípio da legalidade, no qual, em linhas gerais extrai que: “*El Principio de la Legalidad de la Administración debe regir en las relaciones especiales de sujeción como consecuencia de la decisión jurídicoconstitucional por el Estado de derecho; en las relaciones especiales de sujeción el Principio de la Legalidad de la Administración exige que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan como base una autorización legal; la base legal explícita puede ser sustituida por una cláusula general; la cláusula general sólo estará justificada cuando: haya una imposibilidad de regular todos los casos (respectivamente, intervenciones), o bien haya de mantenerse la debida elasticidad con el fin de salvaguardar la eficiencia de la Administración; las intervenciones en la situación jurídica del individuo deben servir a la finalidad objetiva de la relación especial de sujeción, así como deben ser exigidas por ésta o por una situación dada*” (ANABITARTE, Alfredo Gallego. *op. cit.* pp. 50-51).

¹⁰⁸ WIMMER, Mirian. *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁹ *Idem.*

A partir dessa decisão os tribunais passaram a chancelar o entendimento, conformando, assim, a “Teoria da Essencialidade”, a reconhecer a imprescindibilidade de fundamento legal para que se adentre na esfera dos direitos fundamentais, intervenção que só se dará, diga-se, demonstrada sua admissibilidade e viabilidade no cotejo com a finalidade da instituição orgânica do Estado e, sobretudo, com os ditames constitucionais. Havendo, assim, uma divisão entre administrado geral e administrado qualificado.

Além do que, esse fenômeno, a despeito de não ter o condão de fazê-lo sozinho e já há muito, patenteia a limitação à inovação normativa primária por parte da competência regulamentar que encontrará ríos entraves decorrentes dos novos ciclos de modernização das gerações dos direitos fundamentais e corolário alargamento do mínimo existencial; dos multifacetários deveres prestacionais do Estado frente às revoluções tecnológica e socioeconômica, que funcionam em ciclos dinâmicos, a exigir do apresto estatal novas e rápidas respostas sem, contudo, provocar abalo da retórica legalista e sua inegável segurança jurídica e legitimidade democrática, demandando, ao mesmo tempo, uma perseguição escorreita da governança do caminhar administrativo eficiente. Estas, pois, as tensões postas pela modernidade ou pós-modernidade, situando-se os atributos, positivados, permitidos ou conquistados, do instituto do regulamento como termômetro da capacidade do Estado de lidar com essas agruras, preocupação que se esmiuçará no segmento próximo.

3.3 BUROCRACIA E TECNOCRACIA ESTATAIS ANTE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No segmento inicial se trouxe as doutrinas clássicas de alguns de nossos juspublicistas. A despeito de depositarem, no mais das vezes, sua impressão pessoal ainda que como cientistas do direito, o panorama dado, pode se concluir, ilustra o tratamento dispensado ao instituto do poder regulamentar. E o padrão do movimento pendular gravita entorno da possibilidade de regulamentos ditos autônomos, querendo dizer com isso, a possibilidade da Administração Pública irradiar através de tais atos, normas jurídicas primárias com todas as implicações inerentes. Sem querer, absolutamente, parecer simplista, talvez não alcançando tal medida, poder-se-ia

traduzir as tensões oriundas das posições conflitantes acerca do poder normativo empregado pelo apresto administrativo como a equação já tão discutida entre princípio da eficiência *versus* o princípio da legalidade. Todavia, a contradição aparentemente pueril apresenta alguns complicadores.

José Esteves Araújo¹¹⁰ nota que o período iniciado após a Segunda Guerra é marcado por um incremento da tecnocracia nos quadros administrativos ao tempo em que se percebe um aumento na faceta intervintiva do Estado, a elevação do Estado de bem estar como paradigma etc. a reclamar não apenas os atributos da generalidade e abstração das normas destinadas à conformação da atuação administrativa, mas também um novo grau de concretização e especificação das atividades a serem executadas.¹¹¹

Na sobredita oposição dos princípios, verifica-se a complexa coexistência de tecnocratas e burocratas nos assentos orgânicos do Estado. Ao passo que aqueles têm como postulado de julgamento de suas atividades a eficiência, possuem uma formação eminentemente técnica e tangenciam a atuação para consecução de objetivos absolutamente práticos; os burocratas são os agentes da previsibilidade administrativa weberiana, cuja formação provem sobretudo das ciências jurídicas e por corolário têm como critério de direcionamento de sua atuação a obediências às normas jurídicas gerais preestabelecidas, e como parâmetro de julgamento desta atuação, a dita previsibilidade, entendida como consequência inescusável de fido cumprimento normativo.

Aglutine-se às figuras citadas, uma distinta, proveniente da necessidade de aceitação, por parte da sociedade, dos planos estratégicos efetivamente levados à cabo pelo Estado, surge, dessa arte, a necessidade de inserção do que o autor denomina, utilizando lição de Goran Therborn, como a figura do ‘quadro’, que se apresenta como agente objetivado ao estabelecimento do consenso entorno da atuação da Administração.¹¹²

¹¹⁰ ARAÚJO, José Antonio Estevez. La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, v. 7, p. 109, 1990. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142181>>. Acesso em: 05 mai. de 2016.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 110.

¹¹² *Ibidem*, p. 111.

Aparece, assim, um duplo efeito contemporâneo tendente a ajustar o direito em vistas da compatibilização da existência simultânea dos diferentes critérios de racionalidade da atuação estatal (os adotados por burocratas e tecnocratas e quadros). O primeiro efeito seria caracterizado como o aumento sensível das matérias reguladas juridicamente o que à primeira vista pareceria um paradoxo ante o quadro posto, se não se observasse o segundo efeito, que seria explicado como a perda de precisão das normas jurídicas concomitantemente ao dito incremento legislativo, uma **informalização do direito**, pois.

Esta apreciación parecería estar, sin embargo, en contradicción con lo que suele considerarse generalmente como el cambio estructural más importante del derecho concomitante al incremento de la actividad intervencionista del Estado. Se trata del paso de un derecho predominantemente formal a un derecho predominantemente material. Es decir el paso de un derecho que se limitaba à configurar marcos formales de actuación, a um derecho que decide sustantivamente muchas cuestiones, cuya resolución se dejaba anteriormente a los mecanismos sociales. Parece, en efecto, contradictorio a primera vista afirmar que el Estado decide acerca de más cosas y que el derecho pierde determinación. Sin embargo, esta contradicción es sólo aparente. Son en realidad las normas generales - especialmente las leyes - las que se «informalizan». Pero en el ámbito de las resoluciones concretas puede apreciarse perfectamente el incremento de la actividad de decisión sustantiva por parte del Estado.¹¹³

Indeterminação legislativa, bem como incompatibilidades de fins contidos da norma aumentam o poder de decisão dos órgãos aplicadores das leis.¹¹⁴

¹¹³ ARAÚJO, José Antonio Estevez *op. cit.* p.112.

¹¹⁴ Para Clémerson Clève: “Está agonizando um conceito de lei, um tipo de parlamento e uma determinada concepção do direito. O parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado sofreu abalos. Deve continuar legislando, é certo. Porém, a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. O parlamento não deve deixar de reforçar o seu poder de controle sobre os atos, inclusive normativos, do Executivo. A crise do parlamento burguês conduz ao nascimento do parlamento ajustado às profundas alterações pelas quais passaram a sociedade e o Estado. Portanto, o declínio alcança um determinado parlamento; não a instituição propriamente considerada”. (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa Pelo Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57).; Na lição de Francisco Cavalcanti: “O que se tem constatado, quer no Brasil, quer em outros Estados é o fortalecimento dos governos no exercício da função normativa, em detrimento dos Parlamentos, cuja morosidade, muitas vezes, os vem tornando reconhecidamente obsoletos, como instrumentos para rápida normatização de certas áreas de atuação humana, como a economia e outras áreas que exigem pronta e eficaz disciplina. No futuro, ter-se-á de encontrar instrumento para fazer com que os legislativos ganhem mais vigor e respondam àquelas atribuições para as quais foram criados sob pena de se ter sensivelmente abalada a ideia de democracia em sua concepção atual. Não é aceitável que as Casas do Parlamento sejam reduzidas a meros entes de fiscalização. (...) Se por um lado, há uma tendência expansionista dos governos em preencherem necessários vazios em termos de produção legislativa, em função da inércia dos parlamentos, por outro lado, urge existirem mecanismos de delimitação dessa produção normativa pelo Executivo”. (CAVALCANTI, Francisco de Queiróz Bezerra. **Agências Reguladoras no Direito**

Surge o complicador de compatibilização dos distintos critérios de racionalidade, **a eficiência, o consenso antecipado e o respeito à segurança e previsibilidade do princípio da legalidade.** Sendo este último patenteado representante do fator democrático.¹¹⁵

Para que tal compatibilidade tem lugar a perda de precisão das normas regulamentadoras da atividade administrativa e isso se traduz no já referido aumento do poder de decisão, que, todavia, se concentra nas instâncias superiores e elitizadas da Administração Pública.

Não se pode olvidar, contudo, que é a legalidade que atua como corrente de transmissão da legitimidade, e desse sob essa ótica pode se perceber sua introdução como um processo evolutivo da juridificação, já tratada no segmento precedente, da atuação administrativa, composta de três ritos, quais sejam, a um, a construção paradigmática de que a Administração só pode agir conforme prescrição legal, tal qual se extraí, dentre os brasileiros, da clássica lição de Hely Lopes; a dois, a implantação do controle jurisdicional dessa atividade; e a três a extensão do controle externo às potestades discricionárias da Administração.

Administrativo Brasileiro. Tese para a obtenção da titularidade de Direito Administrativo na Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999, p. 75.

¹¹⁵ A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 119-120.)

4 INSTITUCIONALIDADE REGULATÓRIA NO REINO UNIDO E NOS EUA

Pretende-se nesta seção do trabalho configurar alguns formatos institucionais estabelecidos nos países que influenciaram, seja por convergências de tradições jurídicas seja por tendências globalizantes de conformação administrativa-econômica, nossa estrutura e moldura orgânica no que tange ao estabelecimento das agências e das políticas de regulação.

Certo é que o modelo norte-americano produziu mais impacto na estrutura regulatória ocidental do que qualquer outro que possa ser citado, contudo, antes da formação do apresto e da governança regulatória americana, o Reino Unido apresentara figuras e institutos que, após um assentamento pragmático das realidades de sua colônia, dariam origens ao modelo atual que se mostra quase unânime dentre as nações da Europa ocidental e da América Latina. Por ser o forjador da herança institucional aqui estudada,¹¹⁶ se preferiu discorrer brevemente acerca do modelo britânico, mormente em sua dimensão histórica, antes de tratar do norte-americano.

4.1 TRADIÇÃO JURÍDICA

Necessário que se traga algumas linhas gerais acerca da tradição jurídica bretã estribada no *commom law*.

Na história do direito inglês¹¹⁷ tem-se classificado como primeiro período aquele que vai até à conquista normanda – empresa de Guilherme, duque da Normandia,

¹¹⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiróz Bezerra. *op. cit.* pp. 17-18. No trabalho citado, o autor giza a anterioridade secular do modelo regulatório britânico.

¹¹⁷ René David alerta para o critério geográfico do direito inglês e adverte que este não se confunde com a totalidade do direito britânico, “visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito ‘inglês’. (...) Na verdade, o direito inglês ocupa um lugar proeminente na família da *common law*. Não foi somente na Inglaterra que historicamente se formou a *common law*, mas o direito inglês continua nos nossos dias, para numerosos países, a constituir um modelo, do qual podem se afastar em certos pontos e em certos domínios, mas que continuam, de modo geral, a levar em consideração e a respeitar”. (DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 353).

através da vitória na batalha de Hastings no ano de 1066¹¹⁸ – caracterizado pelas leis bárbaras, conhecido como era do direito anglo-saxônico.

Cessada a ocupação romana no princípio do século V, o território inglês fora tomado pelas tribos bárbaras (saxões, anglos, dinamarqueses) as quais, após sua conversão ao cristianismo, passaram a codificar sua rudimentar legislação consuetudinária¹¹⁹, não mais em latim como as outras tribos germânicas da Europa continental, mas na própria língua anglo-saxônica. Após o aperfeiçoamento ao longo dos quatro séculos que se seguiram “o princípio de personalidade das leis dá lugar, (...) a uma lei territorial, mas, embora o país esteja submetido a um único soberano, o direito em vigor mantém-se um direito estritamente local”¹²⁰, ou seja, ainda não existe direito comum até o advento da tomada do território inglês pelos normandos.

O segundo período reconhecido é o da formação¹²¹ do *commom law*, vai do ano de 1066 até 1485. Segundo René David, a conquista normanda se mostra fundamental para o desenvolvimento do direito inglês. Pretendera Guilherme reinar como pertencente à linha sucessória do capitulado Eduardo, e não por meio dos direitos inerentes à conquista. Dessa forma, o novo comandante permite que se perdure a ordem jurídica anglo-saxônica, até hoje invocada. Todavia, a inovação capital se dera na importação da centralização política e a consequente ruptura do sistema tribal, dando início ao feudalismo na Inglaterra, muito embora de forma distinta ao encontradiço na maioria dos países do continente¹²²:

¹¹⁸ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 209.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ DAVID, René. *op. cit.* p. 357.

¹²¹ Sobre a composição substancial do *commom law*, a conjugar tendências contemporâneas de seu surgimento com tradições jurídicas imemoriais: “*rules known or assumed to have been already inexistence before the earliest statutes now in force, - at all events, not owing their existence to any known statute. In reality some of the rules are quite recent, having been framed by modern judges to meet new cases as they arose; but the theory has always been, that the rule existed somewhere, in the air or in the breast of the sovereign, who, as we are told, ‘never dies’, or of his judges, from time immemorial. Other rules are really so ancient that we cannot trace them to any authoritative source, but we accept the evidence of ancient text-books as showing what was believed to be law when those books were written. How this more ancient part originated is a complicated question which we are not now called upon to solve; customs of the Eomanised Britons, or of the untamed Germans in their native land, laws of the Anglo- Saxon kings whose date and authorship have long been forgotten, feudal rules introduced by Norman lawyers, Eoman civil and canon law introduced in many successive layers, sometimes openly, sometimes borrowed without acknowledgment, may each be known or suspected to have contributed something, but how much, must be to a great extent matter of conjecture*”. (WILSON, Roland Knyvet. **History of Modern English Law**. Londres: Rivingtons, 1875, pp. 2-3).

¹²² DAVID, René. *op. cit.*, pp. 357-358.

Os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêem-se num país conquistado, cuja língua lhes é de todo estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Sentem a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades. O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição das terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum "barão" pudesse rivalizar com ele em poder, e uma lei do ano de 1290, o Estatuto Quia emptores, proibiu qualquer "subenfeudação", de modo que todos os senhores dependem diretamente do rei. E como um exército acampado na Inglaterra; o espírito de organização e de disciplina manifesta-se na redação, a partir de 1086, do Domesday, documento em que são referenciados os 15.000 domínios (manurs) e os 200.000 lares então existentes na Inglaterra. Este caráter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da common law.¹²³

Alcunhada até então de *comune ley* – devido à preponderância da língua francesa nos círculos jurídicos, a *law french*, utilizada até o século XVIII¹²⁴ – o *commom law* que vige desde o século XIII tinha por escopo estabelecer um direito comum, geral, em contraposição à herança tribal e aos costumes locais.¹²⁵ Sua elaboração será de competência dos Tribunais Reais, mais tarde transformados nos Tribunais de *Westminster* que em um primeiro momento verá sua jurisdição diminuída e fragmentada com outros órgãos judiciaários advindos também dos Tribunais Reais, e mais além, novamente estendida e compartilhada em alguma medida com órgãos menores referentes aos reclames eclesiásticos e aos regulamentos dos condados, mantendo e alargando sua competência em movimento natural devido ao monopólio da coerção jurisdicional que detinha juntamente, e em certa medida, com a Igreja.

O acesso aos Tribunais Reais, até o ano de 1875, perfazia “um privilégio, para o qual é necessário solicitar a concessão, que a autoridade real apenas concede com perfeito conhecimento de causa”¹²⁶, sendo admitidas tais queixas como os primórdios dos *writs*.¹²⁷

¹²³ DAVID, René. *op. cit.*, p. 358. (Grifos constantes do original)

¹²⁴ Ensina David que era o idioma francês a língua palaciana e a utilizada pelos Tribunais Reais que ganhavam cada vez mais força no sistema da *commom law*, até a ascensão da dinastia Tudor ao final do século XV. Ajudada pelos autores que a partir do século XVI abandonaram o francês em favor da língua Inglesa, vindo esta a ser consagrada como idioma oficial apenas no ano de 1731. (*Ibidem*, pp.358-359)

¹²⁵ GILISSEN, John. *op. cit.* p. 207.

¹²⁶ DAVID, René. *op. cit.* p. 362.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 360-361; *Idem*.

Segundo ensina Jonh Gilissen, de início o rei julgava na *Curia regis*, seu Tribunal, mas logo foram descentralizadas seções para tratar de matérias específicas, tais como o Tribunal do Tesouro que desde o século XII cuidava das finanças e das lidas fiscais, Tribunal das Queixas Comuns, desde 1215, para os processos entre particulares que dissessem respeito à posse da terra e o Tribunal do Banco do Rei competente para julgar crimes que atentassem contra a paz do reino. Segundo o autor, o *Scaccarium* e os *Common Pleas* tinham assento em Westminster, o *King's Bench* era um tribunal que se deslocava constantemente e somente no século XV passou a ter assento definitivo em Westminster.¹²⁸

A expansão do espectro competencial de tais tribunais se tornara possível graças ao próprio mecanismo técnico utilizado no requesto das jurisdições reais de Westminster. Como já grafado supra, qualquer cidadão que desejasse pedir justiça ao Rei poderia lhe formular um requerimento; então que o Chanceler procedia a um exame de admissibilidade e se o considerasse fundamentado enviava uma ordem, chamada *writ* (em latim *breve*, francês *bref*), a um agente local do rei, xerife, ou a um senhor, para que ordenasse ao réu que desse uma resposta ao requerente, cujo descumprimento importava em uma desobediência direita a uma ordem real, embora se desse oportunidade de explicação ao réu pelo não cumprimento.¹²⁹

As molduras históricas do período de formação do sistema do *commom law* são importantes em um primeiro momento para que se contraste as premissas e convergências teóricas que podem ser detectadas, segundo René David¹³⁰, em quatro características fundamentais e marcantes da tradição jurídica discutida, quais sejam, a concentração do interesse dos juristas ingleses sobre o processo – preocupa-se muito mais com o aspecto formal e procedural¹³¹ dos litígios levados ao conhecimento dos tribunais do que com a própria resolução daqueles ou a noção de realização de ideais de justiça levada aos casos concretos; as circunstâncias criadoras do *commom law* determinaram inúmeras categorias e serviram de alicerce

¹²⁸ GILISSEN, John. *op. cit.* p. 210.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ DAVID, René. *op. cit.*, pp. 364/370.

¹³¹ Segundo Gilissen, o direito inglês desenvolveu-se desde o século XIII com base na lista de *writs*, ou seja, das ações judiciais formalizadas como ordens reais. Ocorrendo um litígio era e continua a ser essencial encontrar o *writ* correspondente ao caso concreto. Dessa arte que o processo se torna mais importante que as regras de direito positivo, os *remedies precede rights*. O sistema *commom law* edificou-se com base num limitado número de formas processuais e não “sobre regras relativas ao fundo do direito”. Por essas características que sua estrutura é essencialmente distinta dos direitos dos países continentais europeus. (GILISSEN, John. *op. cit.* p. 211.)

para o desenvolvimento de inúmeros conceitos do direito inglês; a rejeição da distinção entre as categorias direito público e direito privado¹³² e, finalmente, o cenário de formação do direito inglês constituiu condições para que houvesse uma barreira a sua entrada de categorias e conceitos *integrais* provenientes do direito romano, e aqui reside ponto nevrálgico no entendimento do pragmatismo da formação de tal modelo jurídico, que partindo de sua esfera procedural contamina as instituições do Estado a ela adjacentes.

É que diferente dos sistemas jurisdicionais dos países do continente, os Tribunais de *Westminster*, como já grafado, detinham jurisdição de exceção, competentes para o julgamento de casos excepcionais e que para cada qual utilizava-se de um procedimento distinto. Estes tribunais, então, foram forçosamente levados pelas condicionantes fáticas a elaborar um novo direito – *commom law* –, a servir à toda nação, tendo muito de seus elementos sido retirados dos costumes locais. Dessa arte que “a obrigação de se submeterem a quadros processuais rígidos foi a principal razão que, na Inglaterra, impediu uma recepção de conceitos do direito romano”¹³³ justamente no momento em que os Tribunais de *Westminster* tiveram alargadas suas competências originárias e passaram a julgar, no mais das vezes, lides fundadas em direito puramente privado, de modo que a excessiva complexidade e obsolescência dos processos obrigaram os juristas à ‘britanizar’ algumas soluções jurídicas de essência romana ou canônica: “a complexidade e a tecnicidade dos seus processos eram tais que não podiam ser apreendidos senão pela prática”¹³⁴. Traz-se, pois em arremate, ainda segundo a lição de René David:

¹³² As jurisdições reais ampliaram a sua competência, desenvolvendo a ideia originária de que o interesse da Coroa justificava a sua intervenção. Outras jurisdições eram competentes quando se tratava apenas de interesses privados. Entretanto, estes outros tribunais desapareceram, e com eles desapareceu também a idéia do próprio direito privado na Inglaterra. Todos os litígios submetidos aos Tribunais Reais ingleses surgem, na Inglaterra, como sendo, em certa medida, questões de direito público. O aspecto ‘direito público’ do direito inglês aparece na técnica particular do writ, que marca o começo da ação diante dos tribunais. O writ não é uma simples autorização de agir dada ao autor. Apresenta-se, tecnicamente, como uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante. Se o demandado se recusa a obedecer, o demandante agirá contra ele. A sua ação será justificada diante do Tribunal Real, menos pela contradição que ele opõe à pretensão do autor do que pela desobediência, que lhe é imputada, a uma ordem da administração. O processo inglês é de direito público. (GILISSEN, John. *op. cit.* pp. 368-369)

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ibidem*, p. 370.

Uma formação universitária, baseada no direito romano, poderia ajudar a encontrar a solução justa para um determinado litígio; no entanto, não permitiria ganhar um processo. Juristas e juízes, na Inglaterra, continuaram, até hoje, a ser formados essencialmente pela prática.¹³⁵

Continuando na exposição das fases do direito inglês, tem-se por terceira a fase da rivalidade entre *commom law* e *equity* e sua ulterior junção formando o dualismo característico do período.

Após seu grande desenvolvimento a partir do século XIII sabidos todos os seus atributos e características sobreditas, o excesso de formalismo do sistema do *commom law* entrou em colapso devido ao descontentamento dos indivíduos que não viam o alcance jurisdicional pretendido,¹³⁶ faltava-lhe liberdade para desenvolvimento conforme o incremento das quimeras sociais e lhe acometia, sobretudo, a metódica rotina dos juristas, em estado de falência, o que fez com que surgisse gradualmente um sistema rival que aos poucos teria o condão de suplantar o paradigma do modelo jurídico então vigente, a *equity*.¹³⁷ Surgida quando do desaparecimento das esferas jurisdicionais menores que se figuravam aptas a dizer o direito quando não encontrado dentro do espectro de competência da *commom law*, diante de tal desfalque era necessário que se encontrasse um novo mecanismo capaz de suprir as deficiências do sistema.¹³⁸

Acorde lição de Roland Séroussi,¹³⁹ aqueles que se viam insatisfeitos com as decisões de *commom law* ditadas pelos Tribunais Reais dirigiam pedidos de correção dos excessos a própria Coroa, o que na prática se fazia mediante recurso ao Chanceler – inicialmente um eclesiástico ou confessor real –, o qual, julgando oportuno a altercação, transmitia ao Rei, e este, por sua vez, decidia no seu Conselho a solução para este pedido recursal.¹⁴⁰

¹³⁵ GILISSEN, John. *op. cit.* p. 370.

¹³⁶ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-americano**. Tradução Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p. 21-25.

¹³⁷ Valemo-nos, de início, da conceituação de Roland Wilson: “*Equity may be defined as a distinct set of rules, administered by a different set of courts, the chief one being the Court of Chancery, partly dealing with subjects as to which the Common Law had nothing to say, partly overriding the Common Law in its own department; so that a man might be sure of succeeding, nay, might actually have succeeded, in a Court of Common Law, but might be forbidden by the Court of Chancery, on pain of imprisonment, to go on with his action or to reap the fruits of it*”. (WILSON, Roland Knyvet. *op. cit.*, p. 3).

¹³⁸ DAVID, René. *op. cit.* p. 370.

¹³⁹ SÉROUSSI, Roland. *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁰ DAVID, René. *op. cit.* p. 371.

De caráter pontual a princípio, o procedimento de recurso dirigido ao Chanceler sistematiza-se, emancipando-o quando passa a tornar suas decisões “equitativas, morais, visando não modificar a *commom law*, mas sim completá-la, acrescentar-lhe emendas ou corrigi-la conforme o caso”.¹⁴¹ ¹⁴²

O desenvolvimento dessa nova dimensão jurídica se dá substancialmente pela importação das soluções do direito romano e canônico que se mostravam muito mais eficazes nas resoluções dos rasgos sociais levados à julgamento, tendo por corolário a aprovação irrestrita de grande parte do povo, aflorando neste um sentimento de justiça, a acarretar, a partir de 1529 – quando o cargo não mais era ocupado por eclesiásticos ou confessores, mas por juristas de formação – o suporte dos monarcas ingleses à jurisdição dos Chanceleres.

Assim que, finalmente, em 1616, o Rei Jaime I com vistas a controlar o desenvolvimento desmedido da *equity* em relação detrimetosa ao *commom law*, estabelece um compromisso entre os dois sistemas: às normas comuns é dado o atributo de base, alicerce do direito inglês, enquanto às regras de *equity* caberia um papel complementar, de correção e tangenciamento:

Este compromisso não resulta de uma lei, nem de uma decisão formal tomada pela autoridade real ou pelos juízes. Pelo contrário, ao terminar um conflito de extrema violência entre os tribunais de common law, representados pelo juiz-presidente Coke (chefe da oposição liberal do parlamento), e a jurisdição do Chanceler, o rei Jaime I, em 1616, pronunciou-se em favor desta última. (...). No que diz respeito à equity, estabeleceu-se um entendimento tácito na base do *status quo*. A jurisdição do Chanceler subsistirá, mas já não tentará realizar novas intromissões em detrimento dos tribunais de common law, ela preceituará de acordo com os seus precedentes, furtando-se, assim, à acusação de arbitrariedade que lhe fora dirigida; entendeu-se, por outro lado, que o rei futuramente, não utilizará mais a sua prerrogativa de justiça para criar novas jurisdições independentes dos tribunais de common law. A própria natureza da equity, finalmente, vai transformar-se: o Chanceler, homem político ou jurista, já não é qualificado para estatuir em nome da lei moral e tende a proceder mais como jurista. O

¹⁴¹ SÉROUSSI, Roland *op. cit.*, p. 21.

¹⁴² O Chanceler, no século XV, torna-se cada vez mais um juiz autônomo, estatuindo em nome do rei e do Conselho, que a ele delegam a sua autoridade. Por outro lado, a sua intervenção é cada vez mais freqüentemente solicitada, devido aos obstáculos que o processo e a rotina dos juízes opõem a um desenvolvimento desejável da common law. As suas decisões, tomadas inicialmente em consideração pela ‘eqüideade do caso particular’, tornam-se cada vez mais sistemáticas, fazendo a aplicação de doutrinas ‘eqüitativas’, que constituem adjunções ou corretivos aos princípios ‘jurídicos’ aplicados pelos Tribunais Reais. (DAVID, René. *op. cit.* pp. 371-372).

controle da Câmara dos Lordes é, por outro lado, admitido em relação às decisões do Tribunal da Chancelaria, desde 1621.¹⁴³ ¹⁴⁴

Não são despiciendas as observações do direito em comento pois o acompanhamento de tal trajetória se mostra importante ao objeto do trabalho na medida em que informa como as concertações e tradições do direito Inglês despontam como frutos de acomodações histórico-pragmáticas das realidades e necessidades de conformações institucionais daquele povo, o que, como mais adiante se verá, será levado a sua mais famosa colônia.¹⁴⁵

Por derradeiro, tem-se o segmento quarto do direito inglês, dito moderno. É o período marcado pelo fim da era blackstoneana; tem-se aqui um triunfo, na esfera de construção do direito, dos ideais político-filosóficos do individualismo de vertente utilitarista encabeçados¹⁴⁶ por Jeremy Bentham (1748-1832), com um desenvolvimento até então nunca ocorrido da legislação. Para Dicey¹⁴⁷ o individualismo utilitário que durante vários anos determinou o curso legislativo inglês não é outra coisa senão um Benthamismo modificado pela experiência, pela prudência

¹⁴³ DAVID, René. *op. cit.* pp. 373-374.

¹⁴⁴ (...) *the Court of Chancery, as representing the presumably more enlightened impulses of the king's conscience, claimed, by virtue of that superior enlightenment, to remedy whatever might seem unjust or defective in the decisions of the Common Law Courts, which only professed to declare what had been law from time immemorial. This was virtually to assume a royal prerogative of legislating without the cooperation of the two Houses of Parliament, —an assumption which in its direct form had always been sternly denied, —and was long an occasion of discontent; but as Parliament was not prepared to do the work itself, and could not deny the necessity for it, it did no more than grumble, and at last gave up even that. Ultimately, when direct legislation became easier and more effective, chancellors ceased to innovate, and confined themselves to cultivating the field which had been won by their predecessors.* (WILSON, Roland Knyvet. *op. cit.*, pp. 3-4).

¹⁴⁵ O direito inglês moderno é por consequência muito mais 'histórico' que os direitos dos outros países da Europa Continental; não houve ruptura entre o passado e o presente, como a que a Revolução de 1789 provocou em França e outros países. Os juristas ingleses do século XX invocam ainda leis e decisões judiciais dos séculos XIII e XIV. (GILISSEN, John. *op. cit.* p. 208).

¹⁴⁶ O Bentham está intimamente associado tanto "utilitarismo" quanto, evidentemente, o princípio que justifica esse nome. Embora quase nenhum pensador político moderno antes de Bentham sói ser etiquetado como "utilitarista", o princípio da utilidade que esse controvérsio intelectual inglês famosamente anuncia em seu: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (publicado em 1789) não constitui propriamente uma novidade na tradição da filosofia moral. Bentham sabia disso, e sabia também da carga polêmica que o princípio carregava, mas o considerava suficientemente explicado por outros autores, tanto que nem se preocupou em debruçar-se sobre ele em detalhes. Dá-lhe por razoavelmente conhecido entre seus leitores e se atira sem mais delongas à missão para a qual se considerava especialmente vocacionado: expor todas as consequências desse princípio nas disciplinas jurídicas. (ARAÚJO, Cícero. Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna. In: BORON, Atilio A. **Filosofia Política Moderna. De Hobbes a Marx.** 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; San Pablo: Depto. de Ciência Política - FFLCH - Universidade de São Paulo, 2006, p. 268. Disponível em <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/filopolmpt.pdf>. Acesso em: 20 mai. de 2016).

¹⁴⁷ DICEY, Albert V. *op. cit.* p. 116.

ou parcimônia dos políticos pragmáticos, cuja criação pusera fim à era da estagnação legislativa.¹⁴⁸

Para Bentham, a espécie humana fora colocada pela natureza sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer, só cabendo a estes apontar o que devemos fazer bem como determinar o que faremos. Assim, “o princípio da utilidade reconhece absolutamente essa sujeição e assume para a fundação desse sistema, cujo objetivo é erigir a construção da felicidade pelas mãos da razão e da lei”;¹⁴⁹ por tal princípio entende-se como o que “aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade¹⁵⁰ da parte cujo interesse está em questão”¹⁵¹ e não toda ação tomada apenas como se partisse de um indivíduo particularmente considerado, mas também todas as medidas adotas pelo governo, por exemplo.

Segundo o citado autor, o interesse da comunidade é uma das expressões mais gerais dentre as ocorridas dentro do espectro da fraseologia da moral, ao cabo de que muitas das vezes se perde seu real significado que para ele, quando o tiver, será, e daí advém conceituação cujo aperfeiçoamento configura importe sumular ao direito administrativo: que “a comunidade é um corpo fictício, composto de pessoas individuais que são consideradas como os membros que a constituem. Então o

¹⁴⁸ O individualismo acompanhou de forma simbiótica o desenvolvimento do capitalismo. O paradigma ideológico da ética paternalista cristã, vigorante durante a Alta Idade Média, o qual condenava a avareza, o desejo de acumular riquezas, o comportamento aquisitivo, não condizia com a estrutura do novo sistema de produção. O novo critério de racionalidade econômica necessitava/dependia do desejo de consumir e de obtenção de lucro para se realizar: começara, então, a surgir novas teorias sobre o comportamento humano segundo as quais as motivações egoísticas constituíam a razão de ser de todas as ações perpetradas pelo homem. Já em 1651 com a obra *Leviatã*, Hobbes tratava da dimensão de autopreservação do ser humano e o corolário efeito de todas os seus atos serem, ao menos de forma oblíqua, produto desse interesse natural. Antes mesmo da publicação, em 1776, do mais célebre ensaio de Adam Smith, “An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, “em 1714, Bernard Mandelville publicou ‘A Fábula das Abelhas ou Vícios Privados, Benefícios Públicos’ (*The Fable of the Bees: or Private Vices, Public Benefits*), onde faz afirmações aparentemente paradoxais: se todos praticassem os vícios considerados mais degradantes pelo código moral, o bem comum sairia lucrando. Sustentava que o egoísmo, a avareza e o desejo de adquirir riquezas tornavam os homens mais industriosos e faziam prosperar a economia. A lógica do paradoxo era evidente: aquilo que os moralistas medievais consideravam como vícios constituíam as forças motrizes que impulsionavam o novo sistema capitalista. A filosofia econômica, moral e religiosa favorável ao capitalismo não mais encarava tais motivações como vícios”. (HUNT, E. K.; SHERMAN, *op. cit.*, p. 51).

¹⁴⁹ BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262.

¹⁵⁰ “(...) il entendait par bonheur non pas une conception compliquée de bien-être, mais cette combinaison de vie honnête et laborieuse et de jouissance d'une fortune modeste et de confort matériel, que l'on sait être l'objet des désirs d'un Anglais ordinaire”. (DICEY, Albert V. *op. cit.* p. 120).

¹⁵¹ BENTHAM, Jeremy. *op. cit.* p. 262.

interesse da comunidade é o quê? A soma dos interesses dos vários membros que a compõem...”¹⁵²

Quem pensa e sente são unicamente os indivíduos, são eles, e apenas eles, que buscam prazer e fogem da dor. O indivíduo é ele próprio um todo e é a soma desses pequenos todos que vai formar a comunidade. Do mesmo modo, a felicidade da comunidade não pode estar relacionada a um bem apartado dos indivíduos, mas deve ser, para Bentham, uma simples soma das felicidades individuais. Quanto maior a soma, maior a felicidade da comunidade. E o “interesse” da comunidade é a realização da maior felicidade que essa comunidade pode alcançar. Vale dizer, a maior soma possível de felicidades individuais. Essa maneira de enunciar o princípio da utilidade está na base do famoso “cálculo felicítico” que Bentham sugere (...). Se queremos chegar ao interesse da comunidade, precisamos levar em conta o número dos indivíduos envolvidos.¹⁵³

Bentham era um ardoroso defensor do Estado nacional unificado, coeso, desembaraçado, ágil, livre do localismo e livre de um apreste governamental dotado de multiplicidade de centros de comando. Pensava serem tais atributos estatais as

¹⁵² BENTHAM, Jeremy. *op. cit.* p. 262.; Como produto da evolução social, tanto no plano científico como no mundo da vida, a partir do atomismo individualista da noção concebida ainda na Idade Média, passando pelo Estado liberal ao Social e de volta ao neoliberal, se constrói, no direito administrativo, uma teoria e conceituação do interesse público, mais ou menos consensual hodiernamente conforme os posicionamentos ideológicos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto participante da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações (...).” (Grifos originais). (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, pp. 60-61). Pode-se, pois, traçar um paralelo, mais em sentido de evolução, entre as ideias da teoria política de formação do pacto social, e o que se entende hoje, no direito do Estado, por interesse público ou interesse coletivo para efeitos da atividade administrativa, numa ordem estatal em que se persegue, ao menos em tese, o modelo racional hegeliano. À busca da liberdade dentro da Ordem, dos primórdios do Estado burguês, aglutina-se o ideal de elevação do interesse geral – compartmentalização dos interesses individuais publicizados, já na ideia do Estado Social, ainda que de forma programática após o advento do neoliberalismo – como forma de realização e emancipação libertária da sociedade e dos que a compõem. Nesse sentido, como justificação convergente de tal pensamento, tem-se: “A leitura do Contrato Social é uma peregrinação que nos leva do pessimismo ao otimismo. A volonté générale redime o Homem. E, se este é escravo, se há em sua dor as lamentações da liberdade perdida, do estado natural de bondade e ventura, a Sociedade, ao recompor-se nas bases ideadas por Rousseau, devolve ao Homem a liberdade que ele já não possui, a liberdade pela qual se baterá angustiosamente e que lhe pertence como um direito. A conclusão de Rousseau, ao seu delírio da vontade popular, como volonté générale, é, evidentemente, otimista. Reconduz o Homem a si mesmo, à sua veracidade. Esse Homem não existe, porém, no particular, senão no geral; é social, e não individual. Foi isso o que Hegel viu de assombroso em Rousseau, o único que teria enxergado claro, já no século XVIII, a essência da liberdade”. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 171).

¹⁵³ ARAÚJO, Cícero. *op. cit.* p. 274.

condições propiciatórias para a promoção, no plano político, da felicidade dos súditos. “Isso não seria possível, porém, se a leis que regulam as relações entre os súditos, entre os próprios governantes e entre os governantes e os súditos não fossem também tornadas coerentes, unificadas e ágeis”.¹⁵⁴ Enquanto o corpo legislativo estivesse fulcrado numa noção tênué de tradição e antepassado inerte, que significava, para Bentham, deixa-lo ao talante corporativo de juristas e advogados com sua interpretação de toda peculiar, o Estado inglês perduraria na fragmentação e arbitrariedade, como uma barreira à felicidade geral. “O grande progresso naquela direção, portanto, só poderia ser dado através de uma limpeza radical da parafernália de regras costumeiras e antecedentes em que se baseava a legislação inglesa”,¹⁵⁵ por cima delas a construção de uma codificação legislativa baseado em um princípio único e tangente, o da utilidade, a lhe dar coerência e substância: “para Bentham, a soberania do moderno Estado nacional não é outra coisa senão a soberania da lei, a qual, em última análise, significa a supremacia do princípio da utilidade”.¹⁵⁶ ¹⁵⁷

Houve uma modernização considerável no direito inglês ao longo do século XIX, levadas a cabo, em princípio com os atos dos anos de 1832,¹⁵⁸ 1833 e 1852 de modificação processual: “libertos dos entraves do processo, os juristas ingleses vão (...), como os seus colegas da Europa continental, prestar uma maior atenção ao direito substantivo na base do qual, as soluções da *common law* tenderão a ser

¹⁵⁴ ARAÚJO, Cícero. *op. cit.* p. 277.

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ Com o retorno das tendências liberalizantes no que concerne ao papel da intervenção do Estado no domínio econômico, “tem-se desenvolvido no ramo jurídico uma extensão das ideias utilitaristas originadas no campo da política e da economia. Como regra geral, tais ideias servem para avaliar o impacto econômico (ou a eficiência econômica) de regras jurídicas, como, por exemplo, ‘a análise dos custos para a coletividade que representam os diversos elementos do sistema legal e judiciário existente, em relação aos benefícios que dele resultam’. Em situações mais extremas, as ideias de eficiência econômica podem levar a propor um critério de julgamento da conveniência ou não de se seguir a norma positivada, aferida por cálculos utilitaristas. É o que ocorre, por exemplo, quando se procura definir as competências entre órgãos com base em critérios de vantagens comparativas (do ponto de vista econômico) e não com base em regras positivadas em direito. Também exemplifica a hipótese a defesa de interpretação de normas jurídicas pelo prisma da utilidade econômica”. (AGUILAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 224).

¹⁵⁸ Não se tratou apenas de reformas de cunho puramente procedural, mas também no sentido de transferência do Poder político, o que se extrai da lição de Dicey: “Le Reform Act de 1832 fut vivement soutenu par les disciples de Bentham. Ce ne fut pas, jugée à un point de vue moderne, une mesure très démocratique. Son objet était de diminuer le pouvoir du gentry et de transférer l'autorité prédominante aux classes moyennes. Cette caractéristique du Reform Act fut, au moment même de la crise du mouvement en faveur de la Réforme, — le 7 octobre 1831, — mise en relief par Brougham à la Chambre des Lords. C'est le peuple qui doit être admis au pouvoir politique. Il dédaigne la ‘populace’. Il identifie le peuple avec les classes moyennes”. (DICEY, Albert V. *op. cit.* p. 172).

sistematicamente reagrupadas".¹⁵⁹ Nos anos de 1873 e 1875 são editados os *Judicature Acts* levando à cabo a reforma estrutural no sistema jurídico inglês, a partir dos quais evita-se a dualidade dos dois ramos coexistentes e configura-se uma simbiose. Tanto as regras do *commom law* como da *equity* podem a partir de então ser evocadas e aplicadas numa ação única ante uma jurisdição também unificada, a *Supreme Court of Judicature*.¹⁶⁰ Através do desenvolvimento de um direito substantivo modernizou-se o sistema e paulatinamente o livrou das antigas amarras, com vistas a uma sistematização e organização jurídica, inclusive com a formação de um movimento de consolidação das leis.

A importância da obra de legislação, realizada no século XIX, não fez o direito inglês perder o seu aspecto tradicional: não intervém nesta obra nenhuma codificação concebida à maneira francesa, e o desenvolvimento do direito inglês mantém no essencial a obra dos tribunais; o legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um direito novo. Já nenhum autor tem a ambição, como outrora Glanvill, Bracton, Coke e Blackstone, de descrever o conjunto de um direito que reflete a complexidade das relações na civilização moderna. Os instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês são, desde então, no que diz respeito à jurisprudência e legislação, a nova coleção dos Law Reports (criada em 1865), e no que se refere à exposição sistemática do direito inglês, a encyclopédia das Laws of England, publicada sob a direção de Lorde Halsbury.¹⁶¹

Já no século XX com o advento do *welfare-state* há certa crise no paradigma do modelo jurídico inglês que, embora tenha se modernizado no século anterior, não se afastou de seu atributo principal de *judge-made law*¹⁶², sofrendo com a interferência dos atos legislativos¹⁶³ e regulamentos administrativos necessários ao Estado para executar as rápidas e profundas transformações então reclamadas, em seu papel intervintivo¹⁶⁴ nos moldes keynesianos.¹⁶⁵

¹⁵⁹ DAVID, René. *op. cit.* p. 377.

¹⁶⁰ SÉROUSSI, Roland *op. cit.* p. 23.

¹⁶¹ DAVID, René. *op. cit.* p. 378.

¹⁶² Encontra-se a expressão, dentre outros, em: DICEY, Albert V. *Leçons Sur les Rapportes entre le Droit et l'Opinion Publique en Angleterre au Cours du Dix-Neuvième Siècle*. Tradução à língua francesa por Gaston Jèze. Paris: Giard & Brière, 1906, *passim*; GILISSEN, John. *op. cit.* p. 208.

¹⁶³ (...) o *commom law* não é todo o direito inglês; o *statute-law* (direito dos estatutos, isto é, direito das leis promulgadas pelo legislador) desenvolveu-se à margem do *commom law* e retomou, sobretudo no século XX, uma importância primordial". (GILISSEN, John. *op. cit.* p. 208.)

¹⁶⁴ DAVID, René. *op. cit.* pp. 378-379.

¹⁶⁵ "Segundo a concepção dominante nos séculos XVIII e XIX, a legislação não ocupa senão o segundo lugar entre as fontes do direito inglês, depois da jurisprudência. Os acts ou statutes (leis) são apenas considerados como exceções em relação ao *commom law*; os juízes interpretam-nos duma maneira restritiva respeitando mais a letra que o espírito. Esta concepção é, todavia cada vez mais posta em

Segundo lição de Martínez,¹⁶⁶ essa distinção no caminho do desenvolvimento histórico-político da tradição jurídica do *common law* propiciou que se estabelecesse, ainda que em ambos houvesse a herança jusnaturalista, uma diferença fundamental entre Reino Unido e Europa continental no que tange às noções de Direito e Estado. Nos Estados Continentais, o Direito, enquanto expressão metonímica para normas jurídicas, é concebido como extroversão da soberania e manifestação genuína do ideal de Justiça, concepção tal cuja correspondência traduzir-se-ia no método jurídico dedutivo: o direito é concebido como um complexo de normas às quais se chega através do exercício de um movimento de dedução a partir de grandes princípios racionais atemporais e de validade universal (*scientia iuris*). Logo, tal complexo forma um sistema, uma ordenação, respeitando a conformação de categorias e subcategorias, além de ser completo, no sentido de possuir capacidade para apresentar respostas eficazes a todos os casos a ele apresentado. Dessa arte, formam-se procedimentos e órgãos jurisdicionais, desenvolvem-se direitos substanciais correspondentes a cada categoria e a cada compartimentação teórica desta. Conforme preleciona a autora, é possível se compreender a concepção de direito no continente analisando sua concertação histórica desde o Direito romano especialmente sem se olvidar da influência exercida pela escolástica medieval e do movimento de sistematização e codificação do direito nas nações continentais no final do século XVIII.

Já no Reino Unido ocorre o contrário. Não se concebe o direito como um conjunto ordenado de normas deduzido de um plexo de princípios universais, mas como um produto dialético de um processo inacabado e perdurante através da história, configurado pelas regras do processo judicial. Daí que o impulso para o desenvolvimento do direito “provem da experiência, em um caso concreto, de que uma situação é injusta”.¹⁶⁷ Este modo como se concebe o direito converge com o que se denomina chamar de método indutivo, uma vez que o direito nasce de uma indução a

causa, em virtude da extensão crescente da actividade dos legisladores; o divórcio é crescente entre o tradicional common law, de espírito liberal, e a legislação cada vez mais abundante de inspiração social, ou mesmo socializante, tendente a assegurar a intervenção do Estado nos domínios econômicos e sociais no welfare-state. (...) foi por statutes que foram introduzidos um direito social inteiramente novo e, em menor escala, um direito económico novo, sobretudo depois de 1945, por pressão do Labour Party”. (GILISSEN, John. *op. cit.* pp. 215-216).

¹⁶⁶ MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades Independientes**. Barcelona: Editora Ariel, 2002, pp. 37-38

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 38.

partir da experiência empírica e dos dados circunstanciais do caso concreto (*iuris prudentia*): “o direito não se cria (*law-making*), mas se encontra, se declara e se aplica (*law-declaring*)”.¹⁶⁸

Quanto à concepção de Estado argumenta-se que a diferença reside em um cabedal político-filosófico que não o distingue, nas nações anglo-saxônicas, da Sociedade, como alhures, no Continente, se fazia durante os séculos XVI e XVII. Dessa forma, as causas que na Europa Continental serviram como propulsão para o surgimento do Estado moderno, no Reino Unido serviram para, em contrário, evitar a criação de um Estado soberano, encarregado da conformação e manutenção da ordem da sociedade, bem como para reforçar o papel representativo do Parlamento e como contrapeso da Coroa.¹⁶⁹ Ao não fazer a diferenciação Estado-sociedade, contribuiu-se para não fazê-la quanto ao âmbito direito público-direito privado, mantendo-se, assim, uma unidade de jurisdição até meados do século XX. Além de que outras diferenças fazem monta na comparação estabelecida, como o papel central da Coroa que mantivera relações de diferentes intensidades e conteúdo, a depender do momento histórico, com o Governo e o Parlamento, também a forma de concepção da engrenagem política da separação e equilíbrio entre os Poderes, desenvolvendo-se um sistema de freios e contrapesos diferente em cada passagem histórica a depender do peso e da posição que cada uma das instituições que intervinhama atividade política ocupava; e a terceira é que, salvo no período vitoriano, “la Administración no há seguido nunca el modelo centralizado y jerarquizado napoleónico, sino que há estado siempre constituída por um conjunto heterogéneo de organismos com regímes jurídicos diferentes entre sí”.^{170 171}

¹⁶⁸ MARTÍNEZ, María Salvador. *op cit.* p. 38.

¹⁶⁹ Segundo lição de Martínez, *The Crown* ou *The Government*, são alguns dos termos utilizados para designar a realidade que nós chamamos de Estado (*State*). O Termo *Crown* se utiliza, ao menos, em quatro sentidos distintos, do mais geral ao mais estrito, são formas de referenciar: 1) a personificação jurídica dos membros da *Commonwealth*; 2) a ideia de Estado como organização política; 3) um dos poderes que integram dita organização política, o Poder Executivo, já que tradicionalmente a Coroa era composta pelo Monarca e o restante dos órgãos executivos por ele criados para atuarem em seu serviço e 4) o próprio Monarca. *Ibidem*, p. 39.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷¹ “La estructura del Poder Ejecutivo en el Reino Unido es relativamente compleja, puesto que es fruto de una larga evolución histórica a lo largo de la cual los elementos que hoy integran dicho Poder se han ido transformando para dar respuesta a las necesidades concretas de cada momento. El Poder ejecutivo (the Crown o The Government) se compone de la Corona (Crown o Monarch), com su Consejo Privado (Privy Council), y el Gobierno. A su vez, el Gobierno está formado por el Primer Ministro, Los Ministros, - algunos de los cuales forman junto con el Primer Ministro y otros altos cargos el Gabinete (the Cabinet) -, y los Departamentos Ministeriales (Government Departments). Todos los Ministros forman parte del Parlamento y responden ante éste de su actividad. El número de los denominados

Ainda na doutrina de Martínez, pode-se pavimentar uma explicação da distinção das esferas administrativas bretãs e continentais na medida em que no Reino Unido, diferente do que ocorreu em França, não houve uma Teoria do Estado a reconhecer a singularidade da Administração Pública tampouco a necessidade de dotá-la de identidade orgânica própria dentro do Poder Executivo, ou de aplicá-la e armá-la de um regime especial de direito público, além de criar-lhe uma jurisdição especial de contencioso-administrativo.

Hasta mediados del siglo XVIII la Administración británica estuvo constituida por un conjunto heterogéneo de organismos con regímenes diferentes entre sí. Es entonces cuando se crean los departamentos ministeriales, que, no obstante, no se han concebido nunca realmente para "administrar", sino para definir las grandes líneas de las políticas públicas y controlar las "actividades administrativas" de otras organizaciones. El desarrollo de dichas políticas públicas corresponde a un conjunto numeroso y heterogéneo de organismos sujetos a regímenes jurídicos diferentes y que ocupan un espacio mayor que el de los departamentos ministeriales. Sobre la organización y el funcionamiento de estos últimos, no existen normas legales no convencionales, de modo que cada Gobierno los reorganiza, crean y disolviendo los que considere conveniente.¹⁷²

4.2 ESCORÇO INSTITUCIONAL REGULATÓRIO

Conforme ensina Iain McLean, "*regulation has existed for as long as governments have interfered in private actions: that is, forever*"¹⁷³. O autor reconhece que o fenômeno não apresenta novo feitio e, sim, que a teoria econômica da regulação sofrera uma revitalização teórica com o advento do pensamento econômico neoclássico, cujo marco seria o trabalho de Stigler, publicado em 1971, "*The theory of economic regulation*".^{174 175}

'Ministros' (Ministry) puede variar entre 60 y 90, incluyendo los Ministros com Departamento, sin Departamento, com cargo jurídico – Lord Chancellor, Lord Advocate, Solicitor General, Attorney General, entre otros -, los segundos Ministros de cada Departamento y otros (...)" (MARTÍNEZ, María Salvador. *op cit.* p. 41).

¹⁷² *Ibidem*, p. 42.

¹⁷³ MCLEAN, Iain. The history of regulation in the United Kingdom: three case studies in search of a theory. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint (Org.). **The Politics of Regulation**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 45.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ O autor claramente se refere à 'Escola Econômica' ou 'Neoclássica' da regulação a qual chamará mais adiante de '*theory of regulatory capture*' (*Ibidem*, p. 46). Todavia, como exulta Calixto Salomão Filho, a corrente citada pelo britânico, que se encontra em topografia ideológica oposta à 'Escola do Interesse Público', embora tenha como afirmada gênese a publicação do artigo sobredito do economista da Universidade de Chicago, George J. Stigler, 1971, poder-se-ia atribuir seu debate a dois

Afirma ainda que sempre existira a indumentária do instituto, apenas que ‘regulação’ pelo que chama de razões econômicas e sociais defensáveis mostra-se mais recente, a inaugurar-se em sua dimensão moderna com o “*Regulation of Railways Act de 1844*” (regulação econômica) e na esfera social,¹⁷⁶ com a regulação das condições industriais e de segurança dos transportes. Portanto, segundo McLean, estaria em capitulação teórica o advento do termo ‘Estado Regulador’ cunhado por

trabalhos anteriores, precursores, à rigor, da teoria econômica da regulação, quais sejam, “*What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*”, de 1962, do próprio Stigler juntamente com Claire Friedland, no qual os economistas tecem duras críticas aos resultados da política regulatória sobre os monopólios no setor de energia elétrica, negando a possibilidade dessas medidas governamentais serem capazes de substituir proficuamente o desembaraçado funcionamento do mercado – observa-se a tendência já à desregulação que terá maior amplitude nas décadas seguintes. O outro artigo citado por Calixto Salomão Filho como precursor da Escola é “*Why Regulate Utilities?*”, de Harold Demsetz, também crítico à regulação tradicional, no qual propõe que se regule através de um processo competitivo de licitações a ser realizado quando da entrada dos agentes nos mercados (*Demsetz Auction*), a afirmar que tal espécie de regulação ao promover mecanismos de competição no momento de entrada já conseguiria se desincumbir da tarefa de correção das falhas e imperfeições mercadológicas (chega a atestar o economista norte-americano: “*In the case of utility industries, resort to the rivalry of the market place would relieve companies of the discomforts of commission regulation. But it would also relieve them of the comfort of legally protected market areas. It is my belief that the rivalry of the open market place disciplines more effectively than do the regulatory processes of the commission*”). (DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, v. 11, n. 1, Apr., p. 65, 1968. Disponível em <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/documents/demsetz68-JLE-utilities.pdf>>. Acesso em: 20 mai. de 2016). O autor brasileiro grava que há pouca utilidade na medida, pois através dela constata-se de difícil consecução a garantia de preços competitivos por um lapso temporal longo, mormente em setores onde há significativas alterações dos custos de produção, por isso, segundo ele, seria necessária uma regulação constante para que se mantenha a competitividade dos preços. É na esteira destes dois trabalhos que o artigo de Stigler, de 1971, aprofunda a análise da execução dos interesses industriais privados por meio da regulação, a qual será aprofundada posteriormente por Richard Posner quando da sistematização da teoria da captura. Para Calixto Salomão “esse início bem neoliberal de reflexão teórica a respeito da teoria da regulação influencia todo o seu desenvolvimento posterior. Em um primeiro momento, enquanto ainda não é possível criticar o próprio movimento regulatório, orienta-se decisivamente para uma lógica de mercado”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 26-29). Os outros artigos citados: (STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, The University of Chicago Press, v. 2, n. 1, *passim*, 1971. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/3003160>>. Acesso em: 20 mai. de 2016; STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, v. 5, out., *passim*, 1962. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/725003>>. Acesso em: 20 mai. de 2016).

¹⁷⁶ Tomando por paradigma o modelo regulatório norte-americano, Majone e La Spina diferenciam regulação econômica e social: “*Los objetivos de la primera son, según el caso, prevenir el poder monopolista o su control, incluso a través de fijar los precios, especificar normas a las que hay que atenerse al ofrecer un servicio, conservar la competencia, controlar el ingreso de nuevos competidores en un determinado sector económico. La segunda, em cambio, por lo general tiende a corregir una amplia gama de efectos colaterales a características externas de las actividades económicas, como los de salud, ambiente, seguridad del trabajador e intereses de los consumidores. Ésta también abarca medidas antidiscriminatórias y que garantizan los derechos de la ciudadanía. A diferencia de la regulación económica, que geralmente es sectorial, la regulación social suele formular normas uniformes (por ejemplo, para el tema de contaminación o de la seguridad) que se aplican a categorías muy amplias de empresas*”. (MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. *El Estado Regulador. Gestión y Política Pública*, México, v. 2, n. 2, jul./dez, p. 227, 1993).

Majone¹⁷⁷ para configurar o fenômeno da, dentro da esteira do pensamento do autor britânico, *re-regulação* levada à cabo pelos governos conservadores das principais nações do ocidente a partir do final da década de 1970.

Para Anthony Ogun,¹⁷⁸ embora seja comum traçar as origens do movimento do direito regulatório moderno como produto do século XIX, suas raízes provem de muito mais longe, principalmente dos períodos Tudor e Stuart, quando quase todas as áreas da indústria e do comércio eram regulamentadas por um arcabouço legislativo detalhado,¹⁷⁹ “*although some were governed by what we would now call 'selfregulation', since guilds were given monopoly rights of supply with powers to regulate the methods of production*”.¹⁸⁰

É ainda na medieva Inglaterra que se detectam as centelhas que germinariam os institutos jurídicos tanto das atividades de utilidade pública como de sua política de regulação, traduzidas, pois, no aparecimento e atuação da figura dos *commom calling*, profissionais que, mediante uma remuneração, vagavam pelos conglomerados populacionais a oferecer serviços de interesse da comunidade, a exemplo de atividades de dentistas, veterinários, médicos rudimentares etc. Por serem raros e necessários aos integrantes dos burgos, as autoridades começaram a estabelecer ordens de prestação universal dos serviços por parte dessa espécie de profissional, bem como deram início ao tabelamento dos preços cobrados.¹⁸¹

¹⁷⁷ MAJONE, Giandomenico. Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**. v. 157, n. 1, p. 68, 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40752249>>. Acesso em: 01 jun. de 2016; MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. *op. cit.* p. 230. Embora o autor reconheça que “o que precedeu o Estado regulador contemporâneo não foi algum regime laissez-faire puro, mas outro Estado regulador. O que mudou foi o modo, o escopo e/ou o nível de regulação, bem como a importância relativa de políticas reguladoras em relação a outras funções governamentais, como redistribuição de renda”. (MAJONE, Giandomenico. As Transformações do Estado Regulador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, jan., p. 12, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8898>>. Acesso em: 21 mai. de 2016).

¹⁷⁸ OGUN, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 6-10.

¹⁷⁹ “[Na Inglaterra] a actividade legislativa aumentou constantemente do século XIII ao XX, como nos países do continente não obstante a posição adota pelos common lawyers; Henrique VIII, no século XVI, fez sozinho tantas leis como todos seus predecessores durante três séculos”. (GILISSEN, John. *op. cit.* p. 215).

¹⁸⁰ OGUN, Anthony. *op. cit.*, p. 6.)

¹⁸¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *op. cit.*, pp. 54-55.

4.3 ORGANISMOS INDEPENDENTES

A existência de órgãos públicos com arraigada autonomia é uma constante histórica no Reino Unido. Sua criação, analisado o histórico constitucional britânico, configura uma estratégia utilizada pelo Parlamento e pela Coroa para tentativas de limitação recíproca de poder.¹⁸²

Até meados do século XIX, o sistema britânico era formado por uma estrutura dotada de certa independência com relação ao Parlamento e ao Governo, tendo distintas funções e formas de organização, o *Board System*.

Tendo como origem os organismos criados no Século XVIII encarregados de prestações de serviços então necessários devido ao processo causado pela revolução industrial, entre eles pode-se citar o *Improvement Commissioners*, *Board of Health*, *Poor Law Bodies* e os *Turnpike Trusts*. Operavam à margem do poder hierárquico, embora estivessem sujeitos ao controle judicial, e apresentavam a forma de colegiado – *board* –, em contraste com a simples denominação *ministry*, a significar poderes concentrados numa só pessoa respondendo a uma das casas do parlamento por cada ato praticado por seu departamento. Assim, a limitação recíproca entre os poderes acontecia com a criação tanto pelo Executivo como pelo Parlamento de organismos dessa natureza que pudessem controlar de fato em detrimento de outorga de poderes ao Governo, ou seja, à Coroa.

Observada, pois, a real condição firmada para a criação do sistema, alegara-se por justificativa institucional a necessidade de se criar entes autônomos capazes de desempenhar suas atividades de forma continuada e estável, segundo Martínez,¹⁸³ longe da ingerência causada pelas mudanças de tangenciamento político, além de seu poder de adaptação às necessidades de suas especialidades no caso concreto, gerando um maior grau de eficácia.

Percebe-se a divergência dos motivos propulsores para a criação dos primórdios do que no século posterior se transformaria no modelo regulatório ocidental, podendo-se questionar se ocorreria divergência semelhante na adaptação norte-americana no sistema regulatório brasileiro, quando da passagem de Estado

¹⁸² MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 43.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 44-47.

produtor para regulador, diante da modernização administrativa e fiscal exigida pela integração global, bem como pelos órgãos de financiamento internacional.

No século XIX, no entanto, a partir do sobredito *Reform Act*, de 1832, houve uma remodelação administrativa, agora sob o princípio da soberania do Parlamento, alçado a órgão supremo do Estado. O Legislativo a querer exercer o protagonismo institucional era impedido pelo sistema de *Boards*, restando firmar a volta a uma centralização administrativa, representada pelo sistema departamental-ministerial tal qual havia no continente, inspirado no modelo napoleônico rijamente hierarquizado e respondente ao Governo, ao tempo que o ministro devia plenas contas às casas legislativas. Agora, o fundamento para a mudança seria a incapacidade do sistema de lidar com os serviços reclamados pelas quimeras sociais causadas pela industrialização, escolhendo-se aos poucos extinguí-lo, e lhe minar autonomia, para, pretensamente, modernizá-lo.

O pêndulo continua seu percurso quando se recupera o dito *Board System* com o advento do Estado de bem-estar. Impulsionado pelo crescimento dos serviços sociais prestados, bem como pelo incremento da intervenção estatal no domínio econômico, a recuperação dos *boards* tivera como argumento prático e teórico a rigidez demasiada dos departamentos ministeriais a causar ineficácia no desenvolvimento de suas adquiridas atividades e também que tais funções reclamavam um distanciamento do influxo político-partidário.¹⁸⁴ O pós-guerra foi emblemático na era da revitalização do sistema, principalmente com as nacionalizações levadas à cabo pelo governo trabalhista iniciado em 1945.¹⁸⁵

A consolidação se dera nos anos 1960, sendo decisivo para tal o relatório publicado em 1968 pelo *Fulton Committee (Report of the Committee on the Civil Service 1966-1968)*, comissão parlamentar instalada e que chegara a duas conclusões decisivas para o estabelecimento e autonomia do sistema, a primeira de que seria mister melhorar a eficiência dos departamentos ministeriais, a segunda, que deveria haver um aprofundado estudo a se concluir quais serviços deveriam

¹⁸⁴ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 45.

¹⁸⁵ As indústrias nacionalizadas são o símbolo dessa etapa. Argumentou-se que ao dar a estas indústrias a forma de corporações públicas se protegia o interesse público em certos setores relevantes e, ao mesmo tempo, as mantinham afastadas das interferências políticas do Governo. Sem embargo, na prática, o órgão executivo exerceu uma influência direta e decisiva sobre todas elas, especialmente pela via do financiamento. (*Tradução Livre*). (*Idem*)

permanecer na esfera competencial dos ministérios e quais deveriam ser prestados exclusivamente pelos *boards*, resultando, como seria esperado, um aumento exponencial de tais entes através da desconcentração de alguns segmentos ministeriais. No entanto, a partir de 1978, ainda na lição de Martínez,¹⁸⁶ começaram-se a ouvir as primeiras críticas sobre o inchaço no sistema, que contava com mais de 785 entes independentes reportados ao Parlamento, alegando dificuldades de controle de suas atividades devido a sua arraigada autonomia. Também nesse ano que se começa a utilizar o termo QUANGOS (*quase autonomous non governmental organization*), organizações governamentais quase autônomas, para se diferenciar dos órgãos políticos de constituição do Estado.

O movimento político conservador a culminar com o governo de Margareth Tathcher, a partir de 1979, foi determinante para mudança, mais uma vez, da perspectiva dos assentamentos do sistema de entes independentes na administração pública britânica.

Em verdade, o Estado de bem-estar passava por uma crise devido principalmente à sobrecarga de serviços prestados, considerados por parte dos intervencionistas e clientes de tais comodidades fruíveis como conquistas pós Revolução Francesa a integrar o patrimônio de direitos dos cidadãos,¹⁸⁷ e por neoclássicos ou neoliberais, como grandes privilégios.

Chegara o momento de ultrapassagem do antigo modelo burocrático weberiano de inspiração no modelo prussiano que foi adotado nos países europeus no final do século XIX e nos EUA no começo do Século XX¹⁸⁸ e do modelo burocrático Whitehall adotado no Reino Unido, importante para profissionalizar e hierarquizar a administração em detrimento do modelo patrimonialista vigorante antes do advento do Estado Burguês, mas que já não correspondia aos novos tempos e seus reclames.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁷ Da simbiose da Revolução Industrial com a Revolução Francesa surgiria o mais extraordinário período de desenvolvimento da espécie humana, o que somente seria possível com a eliminação, nunca total, das diferenças entre os seres humanos, agora não mais escravos, vassalos, proletários, mas sim Cidadãos, ou seja, Titulares de direitos subjetivos. Muitos destes direitos nasceram e adquiriram eficácia com o serviço público, cuja precisão jurídica e terminológica jamais foi alcançada pela doutrina do direito administrativo. (...) se poderia sustentar que o serviço público foi, desde sua origem, uma ideologia. E nesta construção ideológica, a Revolução Francesa e suas consequências tiveram um papel preponderante(...). (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *op. cit.*, p. 20).

¹⁸⁸ NÓBREGA, Marcos. *op. cit.*, pp. 32-33.

Segundo Fernando Luiz Abrucio,¹⁸⁹ quatro fatores socioeconômicos foram decisivos para eclodir a crise do Estado contemporâneo, são eles: a grave crise econômica iniciada na década de 1970, condensada pelas crises do petróleo de 1973 e 1979, gerando elevados índices de recessão no mundo, afetando sobremaneira o crescimento dos países que não conseguiam mais atingir os índices das décadas anteriores, mormente 50 e 60, prejudicando de forma mais agressiva o setor público, até então eminentemente produtor de bens e serviços, o que nos leva ao segundo fator apontado pelo autor: a profunda crise fiscal pela qual passaram os países, os quais após a fase de elevado crescimento não possuíam mais condições de financiar os déficits públicos:

E os problemas fiscais tendiam a se agravar na medida em que se iniciava, sobretudo nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, uma revolta dos *taxpayers* (contribuintes) contra a cobrança de mais tributos, principalmente porque não enxergavam uma relação direta entre o acréscimo de recursos governamentais e a melhoria dos serviços públicos. Estava em xeque o consenso social que sustentara o *Welfare State*.¹⁹⁰

Dessa forma, o acúmulo de competências e obrigações estatais sem recursos suficientes para satisfazê-los, cumulados pelo embate entre os grupos de pressão divididos entre os clientes, destinatários dos serviços, e os neoliberais, geraram o terceiro fator tributário da explosão da crise do Estado, qual seja, a crise de ingovernabilidade, sua inabilidade para lidar com os obstáculos econômicos, sociais e fiscais.

Agravando-se o cenário, como aponta Abrucio, tem-se o fenômeno da globalização econômica e avanços tecnológicos, quarto fator apontado, os quais alteraram a lógica do setor produtivo com graves danos ao setor público, o qual não mais podia controlar os fluxos financeiros e comerciais. Ademais, com o crescimento da influência e do tamanho das multinacionais nas economias, os Estados nacionais viram seus poderes de tangenciamento macroeconômico minados ou gravemente diminuídos.

¹⁸⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz. O Impacto do Modelo Gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 10, 1997, p. 9. Disponível em: <<http://antigo.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAbrciocad%2010.pdf>>. Acesso em: 10 jan. de 2016.

¹⁹⁰ *Idem*.

Esse cenário contribuiu para que duas medidas principais fossem tomadas, uma foi o extenso corte no tamanho da máquina pública no que concerne aos recursos humanos, depois, a busca pela maximização da eficiência, instaurando-se, assim, o *managerialism*, o gerencialismo puro, a substituir o modelo burocrático Whitehall e introduzir no setor público o conceito de produtividade importado do setor privado, tendo como destinatário final dos serviços os *taxpayers*, os contribuintes. Mais adiante, muda-se do gerencialismo puro, com vistas à eficiência e regularidade fiscal, para uma abordagem qualitativa dos serviços, enxergando o destinatário não apenas como contribuinte, mas como consumidores/clientes, enfim, tem-se o *Public Service Orientation*, até hoje em vigor e que tem como postulados a equidade e o conceito de Accountability,¹⁹¹ que traduzindo seria como responsabilidade na gestão da coisa pública, transparência e prestação de contas,¹⁹² tendo por destinatário final dos serviços públicos nem o contribuinte nem o consumidor, mas o cidadão.

Havia um forte sentimento antiburocrático e a crença de que a gestão do setor privado que era a mais eficiente e apropriada, os governos conservadores aproveitaram-se desse cenário e, no Reino Unido, Thatcher levou um administrador do setor privado, Dereck Rayner, para sua gestão. Com Thatcher, alçada ao poder em 1979, e com a assunção de Reagan em 1980, consolida-se e toma formas o sentimento antiburocrático e privatizante, marcando a derrota política do consenso entorno do Estado de bem-estar.

4.4 REGULATORY BODIES

Nesse ambiente político que se deu nova reforma, agora conservadora, encabeçada pela *premier* britânica. Embora, segundo Martínez,¹⁹³ o período seja marcado pela privatização, com base em relatórios da *Rayner Unit of Efficiency Unit* culminando com o informe denominado *Next Steps Report*, concluindo, em linhas gerais, pela distinção mais contrastada das tomadas de decisões políticas e as execuções administrativas, entre os departamentos e as agências, bem como a temperança quanto à responsabilização do ministro quanto às mínimas falhas

¹⁹¹ ABRUCIO, Fernando Luiz. *op. cit.*, pp. 12-17.

¹⁹² Nóbrega, Marcos. *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 47.

administrativas existentes, a consequência foi a criação de 102 agências no período e uma grande privatização das restantes,¹⁹⁴ gerando, como é sabido, a passagem do Estado produtor pra o regulador.

Assim, o “Governo se viu na necessidade de criar novos organismos independentes encarregados de regular e supervisionar a atividade privada dos mercados liberalizados”¹⁹⁵, de modo que se pôde concluir que em termos de emprego e gasto público não houvera uma diminuição significativa no nível de atividade dos *quangos*.

Destarte, ainda que numa não tão clara definição ou classificação, pode-se dividir esses entes em *Next Step Agencies*, criadas a partir da descentralização levada à cabo pelo governo conservador, e os organismos com mais autonomia que aqueles, os *quangos* propriamente, que são os *Non-Departmental Public Bodies*,¹⁹⁶ sendo denominados *Regulatory Bodies* os encarregados de regular determinados setores ou atividades econômicas, tendo por função ordenar e supervisionar o correto funcionamento das atividades privadas no campo regulado, desenvolvendo todas as atividades necessárias para consecução de seu desiderato, inerentes à sua competência e autonomia, fundamentalmente normativas e de controle, variando, a depender do âmbito regulado.

Dentre os *Regulatory Bodies* existem os que tem sua origem ainda no sistema dos boards do século XIX, regulando a atividade privada dentro de determinados

¹⁹⁴ “O ano de 1979 marca um ponto decisivo de inflexão na história da empresa pública britânica. Até esse ano, havia uma clara tendência, ainda que errática, ao incremento do número de empresas de propriedade pública; desde 1979 o programa de privatização produziu um forte movimento na direção contrária. No pós-guerra, a expansão do setor nacionalizado da economia foi muito rápida sob as administrações trabalhistas que tivera poder entre 1945 e 1951, período durante o qual se criou a maior parte das grandes empresas estatais. Sem dúvida, tanto os governos trabalhistas como os conservadores realizaram outras nacionalizações importantes no seguinte quarto de século, incluídas a indústria siderúrgica, a British Leyland, a Rolls-Royce, a indústria naval e a British Aerospace. (...) A Grã-Bretanha executou seu programa de reformas, ao longo de dez anos, privatizando quase todas as empresas estatais e transferindo ao setor privado a administração de estradas, cadeias, entre outros serviços tradicionalmente reservados ao setor público. Por essa razão, o programa de privatizações inglês serviu de paradigma ao mundo(...).” (AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Icone, 1996, pp. 54-55). Outras importantes empresas privatizadas foram a *British Airways*, *British Transport Docks Board*, *British Telecom* e *British Gas*. (MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 47).

¹⁹⁵ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 48.

¹⁹⁶ Martínez adverte no sentido de que “os organismos que atuam fora da organização ministerial formam um conjunto heterogêneo, tanto em relação às funções, como com a organização interna, o sistema de financiamento ou aos mecanismos de controle políticos ao quais estão submetidos. Cada um destes organismos tem seu próprio regime jurídico e uma forma específica de relação com o governo. Por tudo isso, na prática não é fácil determinar se nos encontramos diante de uma NSA ou diante de um quango”. (*Ibidem*, p. 49).

mercados econômicos expedindo, principalmente, licenças e autorizações, como a *Civil Aviation Authority* ou os *Agricultural Marketing Boards*. Há também os que tiveram origem na passagem para o estado regulador, criados pelo governo conservador, oriundas da liberalização dos mercados, os *Supervisory Bodies*, encarregados de supervisionar e ordenar as atividades em setores em que geralmente outrora operara um monopólio público, dotados de poderes normativos tendentes a conformar e controlar os agentes de mercado, tendo em semelhança às agências norte-americanas, como se verá, funções executivas, normativas e de resolução de conflitos, são exemplos o *Office of Telecommunications*, *Office of Water Suply* e *Financial Services Authority*. Também dentro da esfera reguladora encontra-se o Banco da Inglaterra.¹⁹⁷

Vê-se que a estrutura regulatória britânica é fruto de séculos de concertações jurídicas, sociais e econômicas, em pêndulo que se movimenta no influxo das vicissitudes políticas e conjunturais daquela nação e do mundo. Embora tenha amplos poderes normativos, há rígidos controles institucionais a balizar suas atividades e garantir – não sem críticas de anti-democráticas, como o controle financeiro a exigir uma eficiência no emprego dos recursos como se fora uma empresa da iniciativa privada – o controle do Governo propriamente, solicitando informações sobre sua organização e atividades, o controle exercido pelo Parlamento, mediante fiscalização ministerial ou diretamente mediante instaurações de comissões de investigação, e ainda o controle judicial que cuida de avaliar se o ente está a cumprir sua função tal qual descrito na norma criadora, de forma razoável, equitativa, justa e imparcial.¹⁹⁸ Ainda que haja críticas a sua estrutura, oportunidades de captura pelo setor regulado ou clientelismo político, os *quangos* são fruto da conformação administrativa do Reino-Únido e suas tentativas de importação em nações de tradições jurídicas outras por vezes pode causar estranheza constitucional ou inadequação prática e jurídica, ou ainda, o modelo pode ajudar ao estados nacionais a se adaptarem ao novo modelo de organização estatal. Adiante veremos a formação da institucionalidade regulatória no EUA, outro gerador do arquétipo regulatório trazido ao nosso ordenamento, para, assim, podermos observar a construção do apresto regulatório brasileiro, suas adequações e temperamentos.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 67-70.

4.5 O FENÔMENO DA AGENCIFICAÇÃO NOS EUA

Estabelecidas, em 1722, as treze colônias inglesas em território americano – Virgínia (1607), Plymouth (1620), Massachusetts (1630), Maryland (1632), Nova York, que fora fundada por holandeses, torna-se colônia britânica em 1664, Pensilvânia, de origem sueca, torna-se inglesa em 1681¹⁹⁹ – surgiu, evidentemente, a questão de sob a égide de qual direito seriam regidas as relações dos colonos.

Conforme se estabeleceu no *Calvin's case* (7 Co. I, 17 b (1608)) a *common law*, e junto com ela suas leis (*statutes*), seria o direito apropriado por força da regra segundo a qual tal sistema jurídico seria levado por cidadãos britânicos quando fossem estabelecer-se em terras e colônias desconhecidas e inexploradas. Todavia, e aqui encontra-se o ponto sensível ao qual se quer dar destaque, no precedente citado, ao tempo em que estabelece o direito inglês como vigente, estabelece que “a *common law* inglesa só é aplicável nas colônias na medida em que as suas regras são apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias”.²⁰⁰ Pode-se afirmar que as particularidades do sistema jurídico da mais famosa colônia britânica apresentara cedo sua tendência emancipatória e que seu caráter peculiar e distinto, por óbvio, das vicissitudes da metrópole, condicionaram o desenvolvimento singular do direito norte-americano.²⁰¹

Após a Guerra de Secesão (1861-1865), viu-se no mapa industrial dos EUA uma grande concentração de poder econômico detido pelas grandes corporações. Reunidas em *pools* ou *trusts*,²⁰² tinham uma relação próxima com o poder político,

¹⁹⁹ DAVID, René. *op. cit.*, p. 449

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 550.

²⁰¹ Ao que se refere às diferenças mais importantes entre o sistema de *commom law* norte-americano e o modelo original inglês, cabe mencionar: em primeiro lugar, a existência, junto ao direito de origem jurisprudencial, do *statute law* o direito escrito (leis e regulamentos), que ocupa um espaço cada vez mais amplo e, desde logo, muito maior ao que ocupa no direito inglês; em segundo lugar, a sistematização e codificação do direito, que tem sido mais intensa nos Estados Unidos do que no Reino Unido; e em terceiro, a existência de constituições escritas na federação e em todos os estados federados e a existência de um sistema de controle de constitucionalidade. Apesar dessas diferenças, o direito norte-americano conserva características próprias do sistema inglês, como o pragmatismo, a criação de instituições ad hoc, ou a ideia de continuidade e processo. (Tradução livre) (MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 88).

²⁰² TRUSTE: Tipo de estrutura empresarial na qual várias empresas, já detendo a maior parte de um mercado, combinam- se ou fundem- se para assegurar esse controle, estabelecendo preços elevados que lhes garantam elevadas margens de lucro. Os trustes têm sido proibidos em vários países, mas a eficácia dessa proibição não é muito grande; POOL: Reunião temporária de duas ou mais empresas com fins especulativos. É justamente o caráter de manipulação de preços que diferencia o pool do consórcio, este regulamentado normalmente. O pool forma estoques de ações ou mercadorias

enquanto os desmandos sobre o sistema de concorrência ficavam cada vez mais acintosos, enlevando pressão popular sobre a classe política, com intensidade na eleição presidencial de 1888, em detrimento da antiga admiração das camadas populares pelos grandes empresários, a culminar, no ano de 1890, na promulgação do *Sherman Act*, sabidamente o primeiro instrumento jurídico naquela nação confeccionado no intuito de proteger o modelo concorrencial eleito. Segundo Hunt e Sherman, “seu texto foi redigido em termos tão tímidos e vagos que parecia ter sido concebido com a finalidade de se tornar inócuo”.²⁰³

Outro projeto com vistas a combater de forma mais eficaz o ataque ao sistema de concorrência fora esmagadoramente rejeitado pelo congresso, captado em larga escala pelo poder econômico. A principal obra desse diploma legal viera na repressão aos movimentos grevistas e aos sindicatos, pelos tribunais, os quais utilizavam a lei como forma de barrar os paredistas sob o argumento de que restringiriam a liberdade de comércio.²⁰⁴

Sob o mandato do presidente McKinley, foram registradas somente cinco ações judiciais envolvendo a Lei Sherman, embora 146 combinações industriais de importância tenham se formado, apenas no período compreendido entre 1899 e 1901. A United Steel Corporation, uma das companhias que se formaram, tinham sob seu controle, em 1901, 785 fábricas, cujo valor totalizava a soma colossal de \$ 1.37 bilhão. Os escândalos envolvendo as companhias ferroviárias – lucros abusivos, subornos, corrupção e práticas discriminatórias – levaram o governo federal a criar o primeiro departamento de ação reguladora. A Lei do Comércio Interestadual, Promulgada em 1887, institui a Comissão de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Commission – ICC*) criada com a finalidade de regularizar as ferrovias em nome do interesse público.²⁰⁵ ²⁰⁶

comercializadas em Bolsas (cereais, café, açúcar etc.), procura forçar a elevação de preços e, então, vende com lucros elevados. (SANDRONI, Paulo. *op. cit.*, p. 482; p. 616).

²⁰³ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *op. cit.* p. 126.

²⁰⁴ Os entraves, obstáculos ou restrições abarcadas pela lei e decididos pela Suprema Corte são basicamente: a situação de monopólio concretizada por atos objetivos, como queda brusca de preços ou preços discriminatórios; repartição dos mercados; casos de boicote; distribuição seletiva da clientela e a sujeição de contratos vinculados. (SÉROUSSI, Roland. *op. cit.*, p. 136).

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 127.

²⁰⁶ Nos Estados Unidos, por exemplo, a Lei do Comércio Interestadual, de 1887, criou a Comissão de Comércio Interestadual, que se destinava, ostensivamente, a regulamentar as estradas de ferro, a fim de promover o interesse público. Essa foi apenas a primeira de uma longa série de comissões reguladoras do governo, supostamente criadas para o mesmo fim. De fato, nos órgãos reguladores, trabalhavam, desde o início, antigos administradores dos setores que teriam de ser controlados, e eles se tornavam, com isso, órgãos públicos que promoviam os interesses desses setores. Da mesma forma, a Lei Sherman contra os trustes, de 1890 (aprovada em ambas as Casas do Congresso com apenas um voto contrário) foi a primeira de uma série de leis antitruste ostensivamente voltadas para a promoção da concorrência, mas que, de fato, acabou sendo meramente um meio de restringir as organizações trabalhistas e de salvar as grandes empresas daíllo que os tribunais passaram a

Insta esclarecer que com a noção de *public utilities* deu-se a primeira fase do sistema regulatório norte-americano, marcada com os julgados *Munn versus Illinois* e *Nebbia versus Nova York*, competindo ao Legislativo a regulamentação dos preços dos serviços essenciais à população. Na segunda fase, devido às irracionalidades demagógicas dos parlamentares e também ao que seria os primórdios do lobby institucionalizado naquela nação, passou-se ao Judiciário o controle ‘tarifário’ e das questões relevantes à coletividade dentro da seara regulatória.

Contudo, tendo em vista a crise do capitalismo de 1929 e as dificuldades de regulação por aquele poder, ainda uma necessidade de domínio de conhecimentos técnico-científicos que os magistrados não possuíam, conferiu-se o poder regulatório (normativo, administrativo e de julgamento) às agências, ou *Federal Commissions*, órgãos, absolutamente técnicos e independentes, não submetidos às vicissitudes da vida pública, a configurar, tal mudança, a terceira e perdurante fase. Pertinente o escorço trazido por Francisco Cavalcanti do fenômeno da agencificação pelo qual passou essa nação:

(...) nos EUA, antes de 1900 existiam apenas seis grandes Agências na Administração Federal, incluindo a *Interstate Commerce Commission* [1887] e a *Comptroller of the currency* [1863]. Na década entre 1900 e 1910 apenas uma Agência Reguladora foi criada, a *Antitrust Division*. No período entre 1910 e 1920 surgiram mais cinco novas Agências Reguladoras, dentre elas destacando-se a *Federal Trade Commission* [1914] e a *Federal Power Commission* [1920]. Na década entre 1920 e 1930 foram criadas apenas duas. Na década do ‘New Deal’ o Congresso norte-americano criou dez novas Agências, além de outras entidades que, embora não incluídas no rol das Agências Reguladoras exerciam funções como *speding, taxing, insurance*. De 1940 até 1960 foram criadas apenas quatro Agências e na década de sessenta, sete”.²⁰⁷

Não custa gizar, em termos de comparação com a organização administrativa brasileira, que distintamente do que aqui acontece, nos EUA, a palavra agência comprehende de maneira ampla a classificação de órgãos estatais pertencentes à administração pública. Segundo o *Administrative Procedure Act*, agência é qualquer

chamar de “concorrências desleal”. (HUNT, E.K.; LAUTZENHEISER, Mark. **História do Pensamento Econômico**: Uma Perspectiva Crítica. Tradução do inglês André Arruda Villela. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 553).

²⁰⁷ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do Princípio da Legalidade. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coord.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. op. cit., p.15.

autoridade do Governo dos EUA, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão dos Tribunais e do Congresso.

Segundo Di Pietro, “excluídos os três poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências”.²⁰⁸ Podendo-se dividi-las em agências executivas, a abranger departamentos ministeriais e militares e as empresas públicas, em outras palavras, seriam os órgãos e entidades de nossa administração direta e indireta e também órgãos de governo; e há as agências independentes, não homiziadas à rigor em nenhuma das funções do poder político, possuindo atribuições executivas/administrativas, legislativas e algo muito próximo à função judicial, dividindo-se ainda em agências independentes de regulação setorial – modelo trasladado ao nosso corpo administrativo –, e de defesa da concorrência.²⁰⁹

Percebe-se que a criação de tão específica cadeia de regulação da ordem econômica e social se dera em razão de momentos muito peculiares, tanto econômicos como políticos, nos Estados Unidos da América. Os interesses, a noção e conceituação de serviços públicos, a atuação governamental, o sistema do direito de concorrência, o grau de industrialização entre outros fatores fez com que se especializasse uma institucionalidade regulatória distinta, até da utilizada pela Grã-Bretanha, origem do sistema jurídico norte-americano.

Sobretudo, há de se destacar os mecanismos institucionais de funcionalização das engrenagens apartadas das agências independentes. No que toca ao conteúdo constitucional sobre o tema, tem-se que o texto constitucional norte-americano nada diz, na prática, acerca dos órgãos governamentais, diferente de nossa Constituição Federal que, dogmática, estabelece, ainda que formal e genericamente, a estrutura orgânica da administração pública das esferas de poder presentes na federação; ademais, o Congresso norte-americano tem amplos poderes e discricionariedade para criação, estruturação, posicionamento institucional, inclusive qual função do poder político homiziaria o órgão governamental, ainda quais poderes que a ele serão outorgados.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 133.

²⁰⁹ Ao lembrar da distinção dentro do conceito de agências independentes, ressalta-se: CARVALHO, Ricardo Lemos Maia de. As Agências de Regulação Norte-americanas e sua Transposição para os Países de Civil Law *in:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 385.

Tirante os Órgãos propriamente de governo, como sinônima dos próprios cargos ou instituições – Presidência, Vice-Presidência, Congresso – a Constituição delega ao legislativo federal a tarefa de ‘constituir formalmente o Estado’. A regra geral é que de alguma forma os órgãos criados pelo Congresso tenham relação com a Presidência da República.²¹⁰ Segundo Peter Strauss “O Congresso vem desempenhando este papel desde o início da República, colocando algumas funções mais próximas do Presidente e mais sujeitas ao seu controle, e outras mais distanciadas dele”.²¹¹ A continuar na lição do norte-americano, temos que:

(...) A nossa história intelectual, no que diz respeito à nossa Constituição, assim como muitos outros elementos da vida americana, têm estado relacionados ao **pragmatismo inglês e à não-ordenação**, em vez de à teoria continental. A ingenuidade americana (...) é uma técnica que usamos para lidar com as instituições e realizar experimentos com elas a fim de descobrir como elas funcionam. Não dispomos de nenhuma teoria geral abrangente a respeito de quando instituir cada tipo de órgão ou quando lhe conferir os vários poderes possíveis. Em vez disso, contamos com mais de dois séculos de tentativas nesta ou naquela direção (...) não existe nenhuma disciplina intelectual que se aplique a este processo e que crie uma coerência detectável (...). A Construção desse Governo partiu dos alicerces e baseou-se na experiência; ele não surgiu de nenhuma teoria universal.²¹² (Grifo nosso).

Ainda na lição de Strauss, ele nos lembra que distintamente do que ocorre no Brasil, nos EUA não há dentre as normas constitucionais uma que estabeleça a divisão absolutamente distinguível das funções do poder político do Estado, independentes e harmônicos, tampouco uma formulação orgânica estruturante de cada uma dessas funções. A partir do estabelecimento formal e de alguma maneira material dos três órgãos de Governo, Presidência, Congresso e Judiciário, fica, portanto sem especificação a capilarização dos centros de competências, embora os tribunais tenham cuidado de tentar definir os limites das tênues linhas entre as funções a fim de que o Congresso não invada áreas do Presidente.²¹³

Mas, firmadas as funções desses três órgãos, na senda do sistema republicano, confere-se ao Congresso, devido ao posicionamento institucional já

²¹⁰ STRAUSS, Peter L. Órgãos do Sistema Federal Americano: Sua Responsabilidade e seu Posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 19-20.

²¹¹ *Idem*.

²¹² *Ibidem*, pp. 21-22.

²¹³ *Ibidem*, pp. 26-27.

discutido, uma competência residual, originária, cuja potestade se manifesta na delegação de poderes a um órgão por ele criado a fim de que administre determinada área do direito para adotar e expedir atos normativos regulamentares que, se imbuídos de validade, irradiarão força de lei, com vistas a estabelecer seja prioridades administrativas, compor medidas de execução dentro de sua seara de ação e para solucionar controvérsias específicas que porventura surjam após uma mínima instrução probatória e ouvidos os argumentos; ou seja, legislam, executam e julgam, sejam departamentos ministeriais, militares, ou agências independentes de regulação setorial.

Strauss justifica ainda que tal configuração se mostra tolerável, segundo ele, na medida em que tais órgãos estão inseridos na “estrutura geral do Governo, mantendo o necessário relacionamento com cada um dos três repositórios diferenciados do poder que nossa Constituição define”.²¹⁴

Para Martínez, à competência normativa das agências independentes norte-americanas relaciona-se ao que nos países de tradição jurídica continental denomina-se **poder regulamentar**, a consistir no poder de ditar normas gerais que poderiam ser comparados aos regulamentos, apenas sendo permitido à agência ditar normas em desenvolvimento do que fora anteriormente estabelecido em seu diploma de criação ou nas leis que regulamentam aquele determinado setor, podendo sua atividade normativa ser objeto de controle judicial quando da apreciação de uma possível extração competencial.²¹⁵

²¹⁴ E completa: ‘Eles só podem existir de acordo com a autorização legal conferida pelo Congresso e, na verdade, acreditamos que o Congresso se impõe limites quanto à delegação de poderes a esses órgãos por compreender que, uma vez criados, eles fugirão do seu controle direto. O relacionamento da Presidência com os mesmos (...) é de supervisão e não de controle; O Congresso tem ampla liberdade, e dela se utiliza, para especificar, a natureza de seu relacionamento com esses órgãos restringindo-se a reconhecer não só seu direito a emitir opiniões por escrito e a nomear líderes para esses órgãos, como também sua obrigação de certificar-se de que as leis sejam fielmente observadas. A legalidade das ações dos órgãos sob discussão está sujeita ao controle a ser exercido pelo Judiciário; a impossibilidade de avaliar a legalidade de qualquer das ações desses órgãos é uma das considerações que provavelmente parece levar os tribunais à conclusão de que o Congresso ultrapassou os limites de uma lícita delegação de autoridade. Estando assim embutidos num complexo de relacionamentos restritos, os órgãos não oferecem riscos de um comportamento despótico, riscos estes que estariam implícitos se o Congresso, a própria Presidência ou o Judiciário fossem capazes de exercer todos os poderes governamentais’. (STRAUSS, Peter L. *op. cit.* p. 27)

²¹⁵ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p 112.

O objeto das normas ditadas pelas agências independentes são todas aquelas atividades que seja necessário regular para manter a ordem no setor. Em muitos casos se trata de normas técnicas muito precisas, cuja revisão frequente se faz necessária porque são dirigidas a uma realidade dinâmica, que se transforma em grande velocidade e nem sempre na direção esperada. Este é o caso da *Securities and Exchange Commission*, que regula o mercado de valores, e o da *Federal Communications Commission*, que regula o mercado de telecomunicações.²¹⁶

Na lição sucinta de Eloísa Carbonell, as agências poderão ditar normas jurídicas e atos administrativos se “*el Congresso les cede unos poderes que el Pueblo, en la Constitución, delegó em el poder legislativo y en el poder judicial*”.²¹⁷ Assim, se tem que deve ser criada pelo legislador qualquer agência a qual se delegue poderes para ordenar as atividades desenvolvidas por particulares, a lei que determina precisamente as regras a reger seu funcionamento, os procedimentos, os princípios substantivos condicionantes de sua atuação, assim como as técnicas de controle a serem exercidas sobre elas pelo Congresso.^{218 219}

²¹⁶ MARTÍNEZ, María Salvador. *op. cit.*, p. 112.

²¹⁷ CARBONELL, Eloísa; MUSGA, José Luis. **Agencias y Procedimiento Administrativo em Estados Unidos de América**. Madri: Marcial Pons, 1996, pp. 21-22.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ Ainda em relação ao controle exercido sobre as agências reguladoras independentes norte-americanas, traz se lição de Dominique Custos, que explica: “The techniques employed for congressional oversight of independent agencies are similar to those used over executive agencies. But Congress' attempts to influence IRA action are made with a particular sense of entitlement arising from the view that these agencies constitute its arms in confrontations with the President. Participation in the appointment of commissioners, either through the President's consultations with senators prior to nomination, or through confirmation after nomination, gives Congress a determining role in the designation of IRAs. Once the IRA's membership has been determined, congressional oversight may be as drastic as a reduction of the scope of the delegation to the agencies or a termination. But ordinarily, authorization, appropriation, regulatory review and investigation furnish the means of formal congressional oversight. Periodical authorization of a maximum level of expenditures as opposed to permanent authorization and annual appropriation weigh significantly on agencies' activities. These congressional rituals which mobilize substantial agencies' resources, as they may result in a sanction or recompense for past action, force agencies to carefully justify their request for funding. Congress may include prohibitions and instructions with respect to future action in the appropriations bills”. (CUSTOS, Dominique. The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, Sept. p. 22, 2006. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/265400028_The_Rulemaking_Power_of_Independent_Regulatory_Agencies>. Acesso em: 30 mai. de 2016).

5 RESERVA DE DENSIFICAÇÃO NORMATIVA E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

5.1 DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

Tratando do modelo norte-americano, Carbonell²²⁰ aponta que a polêmica constitucional reside precipuamente na delegação legislativa de poder normativo às agências, por ser instrumento de questionamento ao próprio princípio da representatividade e da responsabilidade democrática. Portanto, ante à necessidade de se justificar a legitimidade democrática de normas que não são elaboradas pelo corpo legislativo construíram-se diferentes teorias, sistematizadas por J. J. La Villa Rubira, quais sejam:

A primeira seria a teoria da transmissão democrática, sinalizando ao fato de que é o legislador quem cria a agência, considerada um instrumento do próprio Congresso, o que legitimaria sua atuação, a denominada *transmissio belt model*.

A segunda seria a teoria que acolhe a outorga de poderes normativos às agências por estas estarem compostas em seus quadros funcionais por profissionais considerados burocratas expertos na matéria ou setor em que ela atuará na tarefa regulatória, a *expertise model*.

A terceira é a teoria do procedimento, configurada sobre o argumento segundo o qual o que legitima a atuação das agências é sua obediência estrita aos procedimentos previamente estabelecidos a assegurar a intervenção dos administrados nas tomadas de decisão, o *procedural model*.²²¹

²²⁰ CUSTOS, Dominique. *op. cit.*, pp. 22-23.

²²¹ Já acerca da função da agência dita quase-judicial: “Ao contrário, se admite sem dificuldade que o Congresso delegue às agências o poder de resolver litígios concretos, que deveriam ser solucionados pelos Tribunais, com assistência de um júri e mediante um processo imparcial. Uma progressiva flexibilização da interpretação constitucional ampara tal delegação sempre que a agência administrativa garanta a igualdade das partes nos procedimentos e o posterior controle judicial. Em um primeiro momento se defendeu que a competência dos Tribunais, segundo o previsto no artigo III e nas emendas VI e VII da Constituição, não teria necessariamente o caráter de jurisdição originária. Por isso, se entendia que os Tribunais eram competentes para resolver os conflitos entre os particulares enquanto que as agências – as que se denominam *Tribunals non article III* – poderiam resolver aqueles conflitos em que se questionassem direitos de caráter público. Posteriormente, superada a distinção entre direitos e benefícios e o privilégio da imunidade soberana, se admite a intervenção da agência administrativa em qualquer âmbito sempre que se assegure a igualdade no procedimento de todas as

A despeito de toda conceituação sistemática acerca das teorias constitucionais legitimadoras dos poderes das agências, na prática o problema desvela-se nas dificuldades que encontram a jurisprudência e a doutrina em identificar, dentre as potestades outorgadas e exercidas pelos entes administrativos, nas espécies normativas o que seria ato administrativo e o que seria regulamento:

En efecto, o Congresso atribuye a la agencia la competencia para desarrollar la ley, pero no predetermina se debe hacerlo mediante normas de general aplicación o mediante actos que resuelvan los conflictos entre partes. Por ello, lo relevante (...) no es determinar cuál es el poder delegado a la agencia – cuasilegalitivo o cuasejudicial –, sino en qué términos y condiciones puede delegarse. (Grifos nossos).²²²

Analizando sob um enfoque histórico-jurisprudencial acerca da possibilidade de delegação legislativa, pode-se ter configurada a progressão dos entendimentos, que, diga-se, não são unâimes nem nos tribunais nem na academia. O ponto de partida teórico-constitucional é, por suposto, como máxima da *commom law*, a teoria da *non delegation*, que à rigor impede o Congresso de delegar os poderes que recebera por outorga popular, tendo a Suprema Corte recorrido a critérios distintos para flexibilizar essa posição inicial ainda que o quadro jurisprudencial nesse sentido não seja uniforme nem apresente uma evolução coesa; inicialmente permitindo ao Presidente exercer funções que não estão expressamente elencadas dentre as suas atribuições, no sentido de dar vazão às ações e condições estabelecidas em lei, a fim de aplicar as consequências normativas já antes configuradas pelo Congresso – o que em termos pode-se convergir com o poder de expedir decretos regulamentares que possui nossos chefes do Executivo.

Depois, ante à realidade de impossibilidade do legislativo prever todos os detalhes, a jurisprudência tendeu para permitir uma discricionariedade mínima ao Executivo, baseada em diferentes teorias, que segundo Carbonell, são elas a *contingentes delegatio*, *named delegatio* e *fillings in details*, possuindo como denominador comum a ideia cogente de que o Executivo se limita a cumprir os fins e objetivos propostos pelo legislador.

partes – particulares ou agências – e se permita o controle pelos Tribunais – *Appellate Review Theory*”. (Tradução livre). (CUSTOS, Dominique. *op. cit.*, p. 24).

²²² *Idem*.

Sem prejuízo da aceitação da retórica da proibição da delegação, segundo Carbonell, a realidade impõe uma solução distinta. Ante a proliferação das atividades desenvolvidas pelas agências em diversos setores e a impossibilidade material de que o Congresso detenha os conhecimentos técnicos e a experiência necessária para legislar exaustivamente, as delegações se mostram necessárias:

Se as leis se legitimam pelo princípio democrático, a legitimidade das ações das agências (...) deve derivar-se da legitimação da habilitação conferida pelo Congresso. Sempre que a agência atue dentro dos limites fixados pelo legislador sua atuação será, deste ponto de vista, lícita. Ao contrário, se a agência carece de poder ou o excede em seu exercício, sua atuação será inválida.²²³

Na prática o *rulemaking power* das agências reguladoras norte-americanas funciona como explica Dominique Custos:²²⁴

Once rulemaking power has been conferred on the American IRA, the agency enjoys discretion to use such a power and write the regulations that it deems appropriate. De jure, the only sources of restriction are the Constitution, the applicable statutes and case-law and the agency does not co-decide with any other entity. As a matter of principle, neither the President nor the Secretary controls the initiative, or determines the content, or triggers the entry into force of the rules. The latter are published in the Federal register and incorporated in the federal codification. **In law, the IRA is the only author of the rules and contributes itself to the corpus of administrative law.** (Grifo nosso).

No Brasil, parte-se, pois, de um marco regulador macro, geralmente uma lei criadora e um decreto regulamentar instituidor; a partir deles originam-se centros normativos menores, os quais existirão na medida em que observem aqueles maiores.

Os diplomas legais que parirem as agências têm a responsabilidade de delimitar sua atuação, seu funcionamento, sua organicidade, seu alcance, seu desiderato jurídico e sua competência; tem-se, como se avalia nos diplomas que estabeleceram as atuais entidades de regulação, fundado certo grau de liberdade para as agências, revelando uma delegação legislativa que, poderia se dizer, disfarçada, tendo o legislador, propositadamente, deixado certa margem sobressalente de atuação para o Executivo.

²²³ CUSTOS, Dominique. *op. cit.*, p.28.

²²⁴ *Ibidem*, p. 17.

O que ilustra sobremaneira tal comportamento é a norma contida no artigo 36 da lei nº. 9478/1997, diploma criador da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, quando estabelece que a licitação para outorga dos contratos de concessão referidos no artigo 23 da citada lei, obedecerá ao disposto na própria lei, na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital.

Ocorre que a lei não regulamenta de forma mínima um procedimento licitatório que instrumentalize seus desígnios, portanto, residualmente, nos termos do citado artigo, caberá, assim como acontece com a ANATEL, à própria agência regulamentar o procedimento licitatório e de contratação.

A disciplina do conteúdo pelo legislador, no tocante às matérias a serem objeto de regulamentação, ou regulação, pode ser singela, traçando-se apenas as linhas mestras, mas nunca deve representar um conjunto vazio, transformando a lei em mero órgão fixador de competência. Em assim não se agindo, esvaziado estará o princípio da legalidade que não se compatibiliza, no tocante à atuação das agências ou mesmo dos órgãos tradicionais ou da Presidência da República, com livre atividade normativa, não balizada por ato legislativo. (...) Deve-se procurar alcançar o ponto de equilíbrio entre a necessidade de não se ter lei excessivamente casuística e obsoleta, em função da superação de conceitos, referências técnicas, etc, utilizadas e norma de conteúdo material, vazio, apenas fixadora de competência.²²⁵

Com a delegação legislativa, se tem a possibilidade de um ato administrativo, seja resolução, seja regulamento, criar direitos e obrigações, desrespeitar a reserva legal do ordenamento brasileiro, um dos fatores garantidores do Estado de Direito. A despeito de qualquer necessidade prática e multifacetária que a comunidade necessite, o fator democrático tanto primariamente, como de forma mediata, deve sempre ser homenageado, enquanto direcionamento governamental e, muito mais, administrativo.

É sabida a cogênciia, no Brasil, do princípio da legalidade ante à Administração Pública, mormente após sua positivação constitucional (cabeça do art. 37 da CF/88), a se observar ainda que ao Congresso Nacional, como auditor externo da função administrativa, conforme dita norma contida no inciso V do art. 49 da CF, cabe

²²⁵ CAVALVANTI, Francisco de Queiróz. *op. cit.*, pp. 86-90.

exclusivamente sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Diferentemente do que acontece nos EUA, onde o Congresso tem o poder de exercer ingerência sobre os organismos independentes por ele criados, com a fiscalização da Presidência, é nosso hiper-presidencialismo que molda os mecanismos das agências reguladoras,²²⁶ ainda que o desenho desse mecanismo venha dos diplomas instituidores. Assim, que o Parlamento tem uma potestade específica e distinta, sobre toda função administrativa, de fiscal, censor, dos atos normativos por ela editados, podendo, como dito acima, sustar os que considere exorbitantes.²²⁷

Em nosso sistema jurídico, o princípio da legalidade tem característica histórica de contensão de tiranias por parte dos ocupantes dos cargos do Poder Executivo, e de distribuição de funções no Estado de Direito, segundo Francisco de Queiroz Cavalcanti, “é uma trincheira diuturnamente fustigada sob os mais variados

²²⁶ “[...] as autarquias do modelo tradicional são autônomas, as agências reguladoras são autônomas e o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, é autônomo; só que a definição destas várias autonomias estará estritamente vinculada à disciplina específica de cada um destes entes ou órgãos públicos”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, a. 10, n. 51, Set./Out., p. 5, 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55459>>. Acesso em: 12 mar. de 2014).

²²⁷ Na defesa de um controle das Agências Reguladoras brasileiras pelo Legislativo, Adilson Abreu Dallari em seu artigo *Controle Político das Agências Reguladoras*: “Diante desse quadro é que se destaca a importância, o caráter fundamental, do controle parlamentar, pois só o Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite cotejar o acerto ou o desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade como um todo e diante de um cenário mais amplo, que é o do interesse nacional, inclusive a longo prazo. Decididamente, não é possível afastar a participação do Legislativo no processo de formulação de políticas públicas e no acompanhamento e controle de sua implementação. [...] O Poder Legislativo não exerce apenas a atividade de legislar: fazer as leis. Ele tem papel extremamente relevante no tocante à formulação de políticas públicas, especialmente ao discutir e aprovar os orçamentos e votar a lei de diretrizes orçamentárias. Mas, sem dúvida alguma, cabe ao Parlamento um papel fundamental no acompanhamento e na fiscalização das atividades da Administração Pública, seja por meios ordinários, seja por meios extraordinários, como as comissões parlamentares de inquérito. [...] O grande perigo no tocante à eficácia da atuação das agências reguladoras está na sua captura pelos setores por elas controlados. Com o decorrer do tempo, a burocacia e o assessoramento técnico das agências vão se familiarizando com as empresas controladas. Há sempre um risco de promiscuidade entre estas e os dirigentes das agências, risco esse que a legislação procura minimizar. No Legislativo, esse risco é bem menor, não só pela presença das minorias, o que assegura o caráter democrático do controle parlamentar, mas também pela temporariedade dos mandatos dos parlamentares e da alternância destes nas diversas comissões permanentes. Enfim, parece ser bem mais difícil a captura de uma comissão parlamentar por determinado setor ou grupo empresarial”. (DALLARI, Adilson Abreu. Controle Político das Agências Reguladoras. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, mar./abr., p. 7, 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51029>>. Acesso em: 12 mar. 2014). Embora discordemos desta última assertiva.

argumentos, desde a insuficiência da técnica legislativa (...), à complexidade e à velocidade da vida moderna, incompatível com a natural lentidão dos Parlamentos".²²⁸

Então, ante o já discutido fenômeno da deslegalização e da delegação legislativa, utiliza-se como busca da consecução do equilíbrio, o questionamento de "como conciliar a necessidade de instrumentos eficientes para assegurar a concretude das normatizações, com a preservação do princípio da legalidade, de indiscutível relevância garantística"²²⁹, este o *trade-off* a se enfrentar, utilizando-se como cenário uma nova concepção das divisões das funções do Poder Político do Estado e da própria divisão de poderes.

5.2 RESERVA DE DENSIFICAÇÃO NORMATIVA DA LEI

O princípio político da separação de poderes como conhecido das obras de Locke e Montesquieu correspondem a uma engrenagem de conformação organizacional de limitação das potestades estatais ligadas ao surgimento do Estado liberal. Conquanto tal teoria pareça ser a que monopolize a configuração dos Estados nacionais, os modelos de participação que encontramos hoje nas nações são fruto de adaptações e sobreposições teóricas e práticas dessa parte da filosofia política.

Enquanto, à título de exemplo, para Montesquieu²³⁰ a cláusula da separação de poderes representa uma engrenagem utilizada a fim de se evitar a concentração de poder, com vistas à promoção e proteção da liberdade do indivíduo, os Federalistas dos Estados Unidos emprestavam a tal cláusula feição de otimização das funções do

²²⁸ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *op. cit.* p. 222.

²²⁹ *Ibidem*, p. 223.

²³⁰ A título exemplificativo de teorias posteriores à de Montesquieu, destacam-se a de Loewenstein, que formula uma nova tripartição de funções que considera mais ajustada à dinâmica do Estado, apresentando: a *policy determination* (a decisão política fundamental); a *policy execution* (a execução da decisão política fundamental); e a *policy control* (controle (fiscalização) político); e a de Ackerman que indica um rol de órgãos e de suas respectivas funções, sendo estes: a) um órgão para supervisionar o que se denomina no Brasil de moralidade ou probidade administrativa (*the integrity branch*); b) um órgão para cuidar da ação regulatória dos interesses que, no País, é adjetivado de difusos (*the regulatory branch*); c) um órgão para presidir o jogo político-eleitoral (*the democracy branch*); e d) um órgão para formular e executar, com imparcialidade partidária, políticas sociais básicas (*the distributive justice branch*). (PEDRA, Anderson Sant'Ana. Por uma "separação de poderes" à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu: uma conta que não fecha. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 15, n. 78, mar./abr. pp. 177-178, 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92571>>. Acesso em: 25 abr. 2016).

Estado, sistemática de especialização das tarefas estatais.²³¹ Esse princípio da não concentração orgânica das funções estatais é pilastra do sistema *checks and balances* e elemento nuclear da organização jurídico-político dos EUA; a teoria pura da separação dos poderes fora recebida com pesadas ressalvas na fundação jurídica do Estado norte-americano.

O conceito de separação de poderes é histórico. A separação de poderes não é um fim em si mesmo, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem. Sob esse aspecto, a separação de poderes não é mero conceito político, abstrato e estático, mas, sim, um processo de afirmação do povo — de garantia e de plena eficácia dos direitos fundamentais que o povo foi e vai conquistando no correr da história, variando de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se há de entender por separação de poderes. **A escolha de um determinado modelo de divisão funcional do poder estatal pela Constituição está relacionada com os costumes e experiências históricas de um determinado povo.** (Grifo nosso).^{232 233}

De modo que pode-se concluir não haver um modelo estanque ou apriorístico a se adotar por cada nação, tampouco há uma conceituação rígida do que consubstancie a cláusula da separação de poderes, devendo, para se extrair uma definição, entregar-se ao exame das irradiações normativas constitucionais no decorrer do tempo em conjunto com as características do modelo jurídico e político adotado, adicionados à análise do contexto das características históricas e sociais de cada Estado.

Ademais, vale grafar o ensinamento de José Afonso da Silva²³⁴ quando destaca a distinção entre especialização das funções do poder e a própria separação de poderes. A distinção de funções corresponde a verdadeira especialização das tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar, contudo, os órgãos que irão exercê-las, sempre existindo, pois, distinção de funções, havendo órgãos

²³¹ PEDRA, Anderson Sant'Ana. *op. cit.*, p. 2.

²³² *Idem*.

²³³ Para Francisco Cavalcanti: (...) pode-se dizer da existência, não de uma teoria da separação dos poderes, mas de várias, de inúmeras construções, que foram sendo edificadas a partir da ideia básica, de um modelo basilar, inclusive com caracteres e consequências não convergentes, sofrendo a influência de fatores culturais específicos de cada país, embora todas a partir dos embriões representados por pensamentos como os de Locke e Montesquieu. (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *op. cit.*, p. 224).

²³⁴ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 108.

especializados para cumpri-las ou existindo concentração orgânica no cometimento dessas tarefas.

Já a divisão de poderes corresponde, sob a perspectiva do Poder Político uno, indivisível e indelegável, em outorgar cada uma das funções governamentais – legislativa, executiva e judiciária – a órgãos distintos. Para Canotilho:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como «divisão», «controlo» e «limite» do poder — dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de *limite do poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do Estado (...) e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder.²³⁵

Adjacente a tal conceituação, ainda segundo Canotilho, está a ideia da ordenação das funções através da atribuição ajustada de competências extrovertida na clara fixação das regras processuais e na vinculação à forma jurídica dos poderes aos quais é feita essa outorga: “(...) como *racionalização, estabilização e delimitação* do poder estadual, a separação dos poderes é um *princípio organizatório fundamental* da Constituição”.²³⁶ (grifo original)

Tendo como objetivo duplo a contensão e a legitimação do poder político o princípio da separação serve ainda como este formal organizatório tal qual ensinado por Canotilho. Todavia, a Constituição não desenhara tratamento efetivamente sistemático das funções do Estado, optando apenas pela consagração da cláusula da separação de poderes, em seu artigo 2º, como é sabido.

Por ser um texto recente, a Constituição brasileira de 1988, de certo modo, objetivou homenagear a multiplicidade das ações do Estado (pluralização) numa sociedade contemporânea também plural, que reclama uma atuação maior e mais eficiente do Estado, ocasionando uma “hipertrofia das funções

²³⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993 p. 365.

²³⁶ *Idem*.

do Estado” ou uma “multifuncionalidade do Estado contemporâneo”, e essa multiplicidade acaba por exigir uma (re)ordenação e (re)distribuição das funções estatais, já que um número maior de funções que escapam daquela tripartição clássica (legislativa, executiva e jurisdicional) se apresenta. (...). Nesta esteira, a cláusula da separação de poderes irá permanecer apenas como cláusula de organização das *funções estatais*, de distribuição de *competências*, de *legitimização* para a decisão e de *responsabilidade* pela decisão, mas sem querer, com isso, impor qualquer teoria alienígena de separação de poderes ao modelo consagrado pela Constituição brasileira de 1988, nem mesmo a tripartição de Montesquieu.²³⁷

Dessa forma que o princípio da legalidade, tanto como espécime normativo, como elemento nuclear do sistema, se apresenta como agente do protagonismo da ideia de separação de poderes a evitar que o Legislativo e Judiciário sucumbam ante à força do Executivo.²³⁸

O desmedido esgarçar da lei, o abrandamento de sua densidade e o fortalecimento, por vezes excessivo, das normas secundárias representam um enfraquecimento do modelo democrático de direito. Por outro lado, a descomedida concentração de poderes nas mãos do legislador tradicional, infelizmente, tem sido um elemento capaz, quando a função legislativa não é racionalizada, de fazer qualquer Estado tornar-se um empecilho ao desenvolvimento econômico e social. **Esse crucial ponto de equilíbrio entre a legalidade e a necessidade de dinamismo através das normatizações secundárias, respeitada a densificação mínima, é o que se deve buscar**, mesmo com sentidos variados, a partir das Constituições de cada Estado. (Grifo nosso).²³⁹

Como discutido no capítulo primeiro, ainda que haja uma dissidência ante à possibilidade jurídica de coabitAÇÃO em nosso sistema jurídico de regulamentos autônomos, significando um caráter primário a essa espécie de normatização secundária, ainda é assente que o artigo 84 da CF/88 vedava a livre expressão do poder normativo da administração pública no sentido de prescindir de um balizamento efetivo por diploma legal, lei em sentido formal, portanto, apresentando-se nos, assim, ainda que haja citação constitucional da ANATEL e ANP (artigos 21 e 177, respectivamente), uma incongruência entre a produção normativa regulatória – podendo ser considerada **normatizações terciárias**, vinculadas lógica e juridicamente ao poder regulamentar – e a moldura constitucional brasileira.

²³⁷ PEDRA, Anderson Sant’Ana. *op. cit.*, p. 11.

²³⁸ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *op. cit.*, p. 229.

²³⁹ *Idem*.

Todavia, é indiscutível que a discricionariedade técnica dever ser exercida pelos entes independentes de regulação sob pena de tornar inócuas suas existências, de tal forma que, sem adentrar em competências constitucionalmente estabelecidas aos entes políticos ou ainda a exceder na composição de agravamentos de situações jurídicas pertencentes a esferas patrimoniais que estejam fora dessa relação tomador de decisão regulatória – agente de mercado regulado, as agências reguladoras devem ser dotadas de poder normativo.

Deve haver, pois, uma simbiose normativa e de atuação do Legislativo e da Administração Pública a fim de que se racionalize a intervenção regulatória ao passo que a torne legítima em confronto com o fator democrático.²⁴⁰

Para Clémerson Merlin Clève,²⁴¹ no cenário hodierno, o homem precisa se preocupar com o Estado, mas também deve se precaver contra os grupos, pois contra eles, mais uma vez corre perigo a ideia de liberdade. Ao passo que se mostra necessário limitar o Estado, verifica-se que nem ele tampouco a sociedade corresponde às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Cobra-se a efetiva atuação do Poder Público para quebrar a dominação imperiosa dos grupos e corporações:

Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como ideia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado. Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pela ação das forças dinamizadoras do tecido societário.²⁴²

E arremata com precisão o autor paranaense:

²⁴⁰ (...) desse modo, não se pretenda, de forma pueril a pretexto de instrumentalizar a atuação dos órgãos do Poder Executivo, amputar do Parlamento a função de intervir conclusivamente no processo de formação das normas jurídicas, pois tal importa sempre, e em particular no sistema presidencialista, em abrir as portas para o galope da tirania e do abuso do poder. Nem se pense, também, que a morosidade, que é própria do processo de deliberação parlamentar, seja óbice à consecução do Governo moderno, marcado pelo dinamismo e pelo influxo do modelo empresarial. O fundamental é que o Parlamento e a Administração se entrosem em estreita colaboração para o atingimento dos fins do Estado a que um e outro devem servir. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **O Congresso e as Delegações Legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 31. *In: CLÈVE, Clémerson Merlin. op. cit.*, p. 54).

²⁴¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *op. cit.*, p. 44.

²⁴² *Idem*.

A missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes.²⁴³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também traz lição de aporte acerca dessa transformação do Estado e de suas funções. Para ele a dimensão da ideia de Direito, fortalecida pela teoria dos Direito fundamentais e, desse modo, alargada bem além da simples legalidade, demanda uma reestruturação conceitual do Estado, sua redefinição, portanto. “Não mais como tutor das sociedades, mas como seu instrumento. Não mais como a sede da soberania, mas seu exercente. Não mais como criador do Direito, mas, apenas um produtor de leis”. Para o autor, está claro que partindo de novas concepções, iriam se desenvolver ‘novas funções estatais’ a serem desempenhadas, com vistas à efetivação nas sociedades pós-modernas, de um Estado Democrático de Direito.²⁴⁴

Com exceção da atribuição cidadã da escolha política, de origem iluminista, a reservar ao povo uma tarefa formal de preenchimento dos cargos eletivos do apresto público, todas as demais atribuições eram eminentemente estatais a se referir, no Estado de Direito, exclusivamente à lei, a sua criação e aplicação, distribuídas, desde o liberalismo do século XVIII, em apenas “três complexos orgânicos, configuradores do que se denominou, por sinédoque, de Poderes do Estado”.²⁴⁵

Ainda na lição de Moreira Neto, está claro que em razão de uma nova e alargada ‘complexa tessitura transestatal adquirida pelo Direito, as novas funções do Estado – tornadas, pois, exigidas pelo que o autor chama de dilatação conceitual da juridicidade – não poderiam mais permanecer limitadas à modalidades clássicas de criação e aplicação da lei, muito menos “reduzidas ao modelo tradicional, exacerbadamente centralizado e monopolizado, então definido como uma trindade de

²⁴³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado:** o Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49.

²⁴⁵ *Idem.*

segmentos semiestanques do Poder Estatal (...).²⁴⁶ Traz-se a lição do autor, de impossível paráfrase:

Ficara evidente que a nova missão do Estado já não poderia mais se restringir tautologicamente à simples manutenção da legalidade – ou seja, criar a lei e aplicá-la -, mas tornar-se plenamente referida a uma realização de valores fundantes e permanentes da sociedade que lhe são imanentes (...). Ora, como a síntese desses valores, objeto do Direito, nada mais é que a justiça, que não se esgota na legalidade nem pode ser exclusivamente aferida por meio de um ordenamento jurídico imposto pelo Estado, ela necessitará sempre, para se realizar, da permanente inspiração, renovação e transcendência que lhe proporcionam as reabertas dimensões ético-políticas da legitimidade e da licitude, que possuem (...) sua prística fonte, no cadiño das vivências sociais. Eis porque a resposta institucional compatível com a nova configuração funcional dos *Estados Democráticos de Direito* – portanto Estados de Juridicidade – deve necessariamente resultar da adoção de renovados institutos constitucionais que passam a refletir cada vez mais estreita, intensa, complexa e pluralizada colaboração democrática da sociedade com o Estado, o que demanda uma igualmente complexa e pluralizada combinação de funções do Estado (...).²⁴⁷

O ponto de equilíbrio, pois, entre atuação administrativa e contensão de legitimação democrática mostra-se bem configurado com o cuidado de se dar às leis instituidoras e conformadoras dos mecanismos e competências das agências reguladoras certa densidade normativa, no sentido de tornar as chamadas leis standards²⁴⁸, leis esqueletos, ou ainda *lois-cadres*²⁴⁹, outorgas parlamentares contendo uma substância de efeito balizador, respeitando a reserva legal e coibindo os “cheques em branco”, o que se vê em vários dispositivos dos diplomas criadores

²⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*, p. 49.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 50.

²⁴⁸ Restariam, então, para as agências reguladoras, apenas e tão-somente, não inovando na ordem jurídica, editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas. Os *standards* então estariam traçados nas leis. As leis criadoras das agências reguladoras estabelecem os balizamentos gerais da regulação em matéria de telecomunicações, por exemplo, e restaria à agência reguladora, no exercício da função normativa, a particularização da regra, provendo os pormenores para sua concretização. (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *op. cit.*, pp. 169-170).

²⁴⁹ A criação de normas jurídicas pelo Executivo, que cada vez mais se incrementa, como fenômeno do século, decorre não só da crise do Parlamentarismo como e, principalmente, da incapacidade do Legislativo de fazer leis (...) as Assembleias Legislativas não possuem a mesma flexibilidade e não tem a mesma rapidez que as repartições administrativas na elaboração das normas jurídicas urgentes e complexas. Consequentemente, a (...). Em Portugal e na Espanha não seria de admirar, por sua organização constitucional fundar-se no reforço do Executivo; como, outrossim, na França, sob a atual Constituição de 1958, em que a função legislativa se reparte discriminadamente entre o Parlamento e o Executivo, cabendo a esta competência residual a respeito, relativa às matérias que não tenham sido entregues àquele. Porém, mesmo na vigência da Constituição de 1946, embora esta proibisse a delegação de poderes, a jurisprudência dos Tribunais sempre admitiu os regulamentos delegados ou autorizados. O legislativo Promulgava as *lois-cadres* e o Executivo as desenvolvia, no exercício de habilitação legislativa concedida dentro dos limites programáticos disposto por essas leis". (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *op. cit.*, p. 365).

das agências que perfazem meros instrumentos de fixação de competências, preenchidos por uma atuação desregrada desses organismos.

De maneira mais contundente, ao exercício desse poder de desenvolvimento administrativo da lei por esses organismos independentes, Carlos Ari Sundfeld advoga no sentido de que essa função normativa por parte das agências reguladoras há de ser observada sob um novo prisma interpretativo do Direito nos dias atuais, em que em decorrência da globalização da economia, o operador deve buscar base doutrinária em outros princípios, fora da ortodoxia dos já tradicionais, como os da separação dos poderes e o da legalidade estrita:

Mais importante do que a hierarquização entre lei e Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária ou que seus termos admitam uma aplicação arbitrária; o dogma da razão (isto é, da não arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhe as impurezas. Isto explica por que a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminaram o Estado de Direito; ainda que a norma, a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não o favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um catálogo de mandamentos que excluirá o arbítrio.^{250 251}

Depreende-se que o autor defende um alargamento dos moldes da delegação legislativa ao Executivo como hoje se encontra, sob o argumento de que o Direito Administrativo é fator de filtro de qualquer viés arbitrário que possa conter nos atos legislativos. A administração, enquanto agente de obediência da racionalidade salvaria o Estado de incongruências iracionais e, por isso, poder-se-ia, segundo ele,

²⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonade, 1999, p. 167.

²⁵¹ Em oposição, dentre os variados autores, tem-se Di Pietro: “(...) À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. Para esse tipo de ato também não há óbice de ordem jurídica. Eu diria que aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. E sempre se deve ter presente a ideia de que a lei não pode deixar flexibilidade (ou discricionariedade) para as agências baixarem normas em matéria de lei”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21).

até abrandar o fator democrático do monopólio legislativo central do Parlamento. O que serviria de represamento da atividade tirânica pelo Executivo seria o dogma de que a ação administrativa não pode ser fruto de capricho, tendo como símbolo desse dogma, hoje, a lei, não impedindo que outra espécie normativa a substituísse.²⁵²

Ainda, assim, numa visão mais conservadora, é preciso que se fortaleça racionalmente a outorga criada pela lei aos entes regulatórios a fim de se dar segurança ao sistema.

Essa reserva de densificação normativa da lei, para Moreira Neto, já está incluída na própria natureza do sistema regulatório, apresentando, pois, uma terceira via, entre a uma normatividade exclusivamente legal e a abertura de espaços discricionários de atuação regulamentar dos entes administrativos. Para o autor, a exclusividade do emprego da norma legal embora ofereça supedâneo garantístico inerente à reserva legal²⁵³ acaba prejudicando os setores e atividades econômicas normatizadas ante à impossibilidade de acompanhamento legislativo pelos órgãos do Parlamento. De outra mão, a eminência das escolhas discricionárias embora detenha o poder de acompanhamento do dinamismo da técnica necessária para solução dos muitos problemas enfrentados pela regulação, acaba abrindo espaço para uma área de ação regulamentar “em que os debates nos colegiados democráticos, ao serem substituídos por decisões burocráticas, abrem espaço para uma série de deformações, tais como a unilateralidade, parcialidade e o arbítrio”.²⁵⁴

Dessa arte que, segundo Moreira Neto, a regulação, tida por ele como técnica decisional, supera ambos os inconvenientes, tanto da assunção legislativa, quanto da delegação imprópria aos corpos administrativos

Por um lado, por prescindir de novos pronunciamentos do legislador, a cada momento em que se demande uma norma adequada para responder a uma necessidade técnica, o que atende perfeitamente ao requisito da presteza; por outro lado, por adotar a processualização aberta da decisão administrativa, reduz sensivelmente os costumeiros inconvenientes da unilateralidade, da parcialidade e do arbítrio das decisões burocráticas. Por isso, a regulação seja sob a modalidade de heteroregulação imposta e de autorregulação pactuada, ou em sua mais promissora modalidade, de autorregulação regulada, parte imposta, parte pactuada, se apresenta, de

²⁵² SUNDFELD, Carlos Ari, *op. cit.*, p. 167.

²⁵³ Refere-se ao princípio da legalidade e por vezes à reserva legal, mas desde já os distinguindo, o primeiro como respeito e submissão à lei e o último como a exigência que certas matérias sejam regulamentadas apenas por lei.

²⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*, p. 148.

modo geral, como método que permite uma atuação administrativa, tanto interna como externamente, dotada de máxima flexibilidade aliada à máxima segurança.²⁵⁵

Sem esse consciente otimismo, tem-se que para, justamente, apresentar-se a regulação automaticamente como essa terceira via, pressupõe, assim, que o exercício de tornar mais densa a lei já fora realizado. É que, como ensina mais uma vez Francisco Cavalcanti,²⁵⁶ quanto se reconheça as mazelas do Legislativo nacional, não podemos esquecer a realidade que diz respeito às normatizações engendradas por entes cujas atuações estão em situação de bem menor exposição à opinião pública, sobretudo em nosso país, onde a proceduralização desejada dos entes reguladores realiza-se quase que apenas de maneira formal.

A técnica, pois, seria, a de estabelecer critérios de atuação eminentemente técnica, outorgando discricionariedade de modo a não engessar o ente que tem por objetivo, justamente, os desembargos setoriais do mercado.

Egon Bockmann Moreira,²⁵⁷ tenta sistematizar essa atividade regulamentar advinda de uma delegação legislativa por diplomas dotados de certo grau de densificação, a afirmar que há em nosso ordenamento competências regulamentares amplas e dinâmicas, criadas e delimitadas por leis, direcionadas à disciplina jurídica dos setores econômicos onde há fortemente o exercício de poder econômico por parte de seus agentes, somados a características ditas dinâmicas, quais sejam, tecnológicas, econômicas, sociais etc. Assim, que tais competências devem ser ao mesmo tempo alargadas e rápidas do que a simples consecução e mera explicitação de comandos legais, “alcançando a origem de novas hipóteses e mandamentos normativos”, mediante a observância de nove princípios por ele elencados:

De início, destaca o autor que o regulamento proveniente das agências reguladoras não poderá, por óbvio, contrariar a lei, “ainda que implique criação autônoma de disposições normativas, não pode opor-se a qualquer lei”, haja vista a impossibilidade de regulamento *contra legem*. Tampouco poderá a lei pretender outorgar tal potestade a tais organismos. Dessa forma, impossível disposição

²⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *op. cit.*, p. 233.

²⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 139-142.

regulatória tendente a ab-rogar, modificar, suspender ou mesmo atenuar preceito normativo de veiculação legislativa.

Na mesma senda, os regulamentos das agências – normatizações que pode se considerar terciárias – não podem sobrepor-se ou pretender gerar efeitos modificativos a decretos regulamentares instituidores (agências são autarquias criadas por lei e instituídas, a rigor, mediante decreto discricionário do chefe do Executivo e não passível de modificação pela entidade deles nascida) nas distintas esferas de poder.

De outra monta, se tem que os atos regulamentares das agências não podem criar, de maneira inédita e autônoma, obrigações e deveres aos particulares, sem que haja robusto lastro normativo, não sendo pertinente que tais entes possam restringir o patrimônio jurídico de direitos constitucionalmente e legalmente erigidos dos atores regulados ou quaisquer agentes privados a inaugurar na ordem jurídica sem a devida e específica autorização legislativa. Embora possa, com a devida vênia legal, gerar direitos, deveres e obrigações aos agentes regulados, com apoio no standard configurado no diploma legal com indicação específica da autoridade competente e dos limites estabelecidos.

Em quarto lugar, se tem que as normatizações regulatórias não poderão criar penas, sanções, nem tributos, inclusive contribuição de seguridade social, conforme ditas as normas dos artigos 5º, XXXIX, 149, 150, I, e 195, da CF/88. “Aplica-se o princípio da tipicidade penal (*nullum crime, nulla poena, sine praevia lege*), tributária e da segurança, ao Direito Administrativo”.²⁵⁸

Tampouco poderá o regulamento restringir atividade econômica privada a exigir prévia autorização por parte de órgãos públicos para seu exercício, ressalvados os casos previstos em lei, conforme norma do art. 170, parágrafo único da CF/88;

Outrossim, o regulamento não poderá retroagir em seus efeitos, salvo nos casos para, observados, por óbvio o princípio da igualdade bem como os limites da lei de outorga, beneficiar pessoas privadas, sendo utilizado de forma correlata a teoria de retroatividade dos atos normativos gerais no que diz a espécies ampliativas ou

²⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *op. cit.*, p. 143.

restritivas de direito, em conjunto com as nuances desse tipo de normação regulamentar *sui generis*.

Em sétimo, lugar, segundo a sistematização do autor, o regulamento deve ser fundamentado, respeitada a motivação pública, de fato e de direito, hodierna a sua expedição.

Tal fundamentação há de ser ampla e explícita, descrevendo não apenas à lei à qual se refere, mas os motivos da regulamentação, sua finalidade e limites específicos. Trata-se do dever positivo de justificar a existência do regulamento, sua causa e a relação desta com os objetivos visados pela Administração. Em decorrência, tais motivos poderão dar margem à incidência da teoria dos motivos determinantes quando do controle dos atos regulamentares. Ora, não existem atos jurídicos alheios a uma razão de ser específica. Em decorrência, o motivo determinante do ato (ainda que regulamentar) ata a Administração à finalidade nele exposta, impedindo desvios e abusos (tanto antes como depois de sua emanação).²⁵⁹

Ainda que o diploma criador e o decreto instituidor se utilizem de uma generalização indesejada, é vedado ao ato regulamentar adentrar ou se imiscuir em competências alheias ao ente que o homizia, dentre as pessoas políticas pertencentes à federação (art. 21 e ss, da CF/88). Sabendo que não é privilégio da União a possibilidade de instituição de agências reguladoras, a divisão competencial é cláusula intransponível no exercício das suas potestades normativas.

Por fim, destaca-se que os atos regulamentares expedidos pelas agências reguladoras, ainda que em consonância com a delegação legislativa que lhe é correlata proveniente de diploma dotado de reserva de densificação normativa, é passível, como comezinho, ao controle pelo Poder Judiciário, tanto no que diz respeito à legitimação e possibilidade de sua edição, quanto à substância do que fora regulado, ainda que se pugne ao Judiciário uma contensão revisional quanto aos elementos técnicos com substrato analítico.

A pecha de constitucional aos institutos importados não auxilia o caminhar administrativo da nação, principalmente ante à cogente realidade da conformação administrativa de nosso peculiar estado regulador. Ainda que tenha efeitos meramente teóricos, a aceitação e assentamentos dos mecanismos institucionais das agências

²⁵⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *op. cit.*, p. 143.

reguladoras ajudam a responder questionamentos inquietantes, ainda que no plano metafísico, ao se tratar de legitimação democrática e soberania popular.

Todavia, uma configuração apropriada da delegação legislativa alinhada à teoria da reserva de densificação normativa das leis outorgantes embora se mostre de uma racionalização importante à efetiva prática da produção jurídica por parte de nossos entes independentes não é bastante para assegurar a segurança e legitimação desejadas. Dessa forma, fica claro que a utilização de critérios objetivos de manutenção das engrenagens regulatórias é fundamental para a busca da transparência, correição e efetividade do sistema.

5.3 A.I.R.

Dado que temos nas agências reguladoras uma “cristalização institucional”,²⁶⁰ a preocupação hodierna, - o que se diz mesmo ante à possível constatação de o tema central do trabalho vir a ser considerado vetusto ou ultrapassado -, dá vazão, sob a senda de certa virada pragmatista em nosso direito administrativo²⁶¹ à discussão da eficácia e qualidade da governança e das políticas regulatórias adotadas pelos entes independentes, as quais muito se centram na “Teoria de Impacto Regulatório” –, teoria a qual, segundo a OCDE, conceitua-se como um relatório analítico posto à disposição dos tomadores de decisão, a perfazer uma ferramenta de política sistemática usada a fim de examinar e mensurar os prováveis benefícios, custos e efeitos de uma

²⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As Fases do Estudo Sobre Regulação da Economia na Sensibilidade Jurídica Brasileira. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, jan./dez., p. 289, 2015. Disponível em <<http://periodicos.unicchristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/471/0>>. Acesso em: 02 abr. de 2017.

²⁶¹ O direito não pode ser desconectado dos fatos. As disposições genéricas e abstratas devem ser conformadas à realidade com o objetivo de se assegurar a justiça e a equidade. A interpretação deve ser apoiada no contexto dos fatos. Com isso, o texto legal é ponto inicial da interpretação e da aplicação das normas jurídicas que deve ser complementado com a realidade. O real significado das palavras contidas nos textos normativos depende de seu uso pela sociedade em determinado momento histórico, o que impede abstrações definitivas, imutáveis. Isso significa dizer que a interpretação jurídica é contextualizada, isto é, o sentido da norma depende do respectivo contexto histórico, social, econômico e político em que se encontra inserida. Vislumbra-se, aqui, a íntima ligação entre a atividade interpretativa e o pragmatismo, notadamente pela necessidade de criação da norma a partir do texto da lei, com a consequente valorização do contexto e das consequências da interpretação”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Releitura do Direito Administrativo à Luz do Pragmatismo Jurídico. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, pp. 134-135, jan., 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8496>>. Acesso em: 2 abr. de 2017).

regulação nova ou já existente.²⁶² ²⁶³ Ademais, ainda que observada a reserva de densificação normativa das leis instituidoras e configuradoras das competências e mecanismos das agências reguladoras, como visto no item acima, uma análise racional e transparente serve ainda para evitar que por trás de tecnicismos irreconhecíveis e, portanto, irrefutáveis, se escondam os vícios da normatização regulatória.²⁶⁴

Para José Vicente Santos de Mendonça, o Direito Regulatório brasileiro divide-se em, até agora, três fases, a **pré-história**, quando esse ramo do direito nem existia, muito menos as agências reguladoras, mas apenas autarquias econômicas, controle da Administração Central e intervenções pontuais do Governo Federal;

Com o surgimento das agências²⁶⁵, sobrevém a fase **conceitual-constitucional** do Direito Regulatório, com vistas às discussões acerca da

²⁶² RIA [Análise de Impacto Regulatório] is a key policy tool for setting out detailed information about the potential effects of regulatory measures in terms of costs and benefits. This systematic process of questioning at the beginning of the policy cycle facilitates reflection on the important range of details to be taken into account when designing and implementing regulation. (...) RIA is a systematic policy tool used to examine and measure the likely benefits, costs and effects of new or existing regulation. A RIA is an analytical report to assist decision makers. (...) As an example, one important element is the determination of the responsibilities that will be allocated to different government agencies for enforcement and compliance. To ensure the effectiveness of a regulatory activity, it is vital to know how the proposed regulation will be correctly enforced and to understand the capacity of affected parties to comply with it. At the final stage of the policy process, after the regulation is operable, a RIA process should include an evaluation of whether regulations are operating in the manner that was expected. By strengthening the transparency of regulatory decisions and their rational justification, RIA strengthens the credibility of regulatory responses and increases public trust in regulatory institutions and policy makers. (OCDE - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**: guidance for policy makers. Regulatory Policy Division. Directorate for Public Governance and Territorial Development, 2008. p. 14. Disponível em <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2017).

²⁶³ No âmbito federal, há o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, o PRO-REG, implementado através do Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, que cuida da qualidade da regulação implementada por nossas agências e demais órgãos e entidades. Segundo o artigo 1º do referido diploma instituidor, o dito programa tem a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

²⁶⁴ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *op. cit.*, p. 234.

²⁶⁵ Com o advento das Emendas Constitucionais que afetaram o papel do Estado frente à ordem econômica e social, mormente as de número 06/95, 08/95, 09/95 e 19/98, o segmento administrativo regulatório estava constitucionalmente criado e autorizava o surgimento das Agências propriamente ditas. Sabendo-se que o artigo 37, inciso XIX, exige lei específica para criação de autarquia, não existe um diploma uno que as tenha instituído, leis esparsas o fizeram e, algumas vezes, leis advindas de medidas provisórias. As atividades correspondentes às competências das entidades são de, em classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello: a) **serviços públicos propriamente ditos**: É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei 9.427, de 26.12.1996, e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei 9.472, de 16.7.1997, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, criada pela Lei 10.233, de 5.6.2001, e da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei 11.182,

constitucionalidade das funções agenciais, bem como a delimitação e tentativa de caracterização da atividade regulatória, período o qual pode-se compilar em alguns centros principais de questionamentos conhecidos, como a questão da legitimidade democrática, poder normativo, discricionariedade técnica, audiências públicas, mandato de seus dirigentes, revisão judicial de seus atos, controle dos tribunais de contas, possibilidade de recurso hierárquico impróprio, possibilidade de limitação das potestades da Presidência da República, acerca de sua responsabilidade civil e a omissão regulatória, o grau de densidade normativa dos diplomas instituidores, etc.

O próprio autor responde, de forma concisa, avaliando que:

Há legitimidade na atuação das agências, mas que se expressa de modo diferente da legitimidade das urnas. Audiências e consultas são importantes para reduzir a assimetria de informações entre reguladores e regulados, mesmo que estejam longe de representar alguma panaceia aos problemas regulatórios – aliás, elas trazem outros tantos. Na prática, agências possuem poder normativo, embora talvez não para assuntos muito importantes. Limites à nomeação e exoneração de dirigentes são constitucionais. Discricionariedade técnica talvez exista, mas isso não é blindagem para a revisão judicial sobre escolhas regulatórias. A recomendação é que o Judiciário se autocontente ao efetuar tais revisões; recomendação, na prática, não inteiramente aceita. Tribunais de contas podem controlar a atividade-fim de agências. Em casos excepcionais, recursos hierárquicos impróprios são aceitos.²⁶⁶

Agora, ainda na classificação do autor, nos encontramos na etapa **Eficacial**, cientes de que a regulação a se estudar, desenvolver e avaliar é a setorial, o Direito Regulatório passara a se ocupar então de objetos de estudo distintos dos da fase

de 27.9.2005; b) **atividades de fomento e fiscalização de atividade privada**, caso da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, criada pela inconstitucional MP 2.281-1, de 6.9.2001, alterada pela Lei 10.454, de 13.5.2002; c) **atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo**, cuja disciplina e controle competem à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, criada pela lei 9.478, de 6.8.1997; d) **atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente são facultadas aos particulares**. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, criada pela Lei 9.782, de 26.1.1999 (hoje denominada Anvisa, por força da MP 2.190-32, de 23.8.2001) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961, de 21.8.2000.

Finalmente, há, ainda, a Agência Reguladora do Uso de Bem Público, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas, criada pela Lei, 9.984, de 17.7.2000. Anote-se, derradeiramente, que há uma entidade cujas funções são de índole equivalente às das “agências reguladoras” e à qual também veio a ser atribuído o qualificativo autarquia” sob regime especial”, mas que não recebeu a designação de “agência”, pois foi mantido seu nome original: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. (...) (Grifos originais) (Lei 10.411, de 26 de fevereiro de 2002) (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, pp. 174-175).

²⁶⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.*, p. 291.

anterior, como a apreciação qualitativa da atividade regulatória, das propostas de fixação de índices de qualidade regulatória, através de “reflexões sobre boas práticas regulatórias. Debates sobre a governança regulatória, muitos deles centrados na figura nascente da análise de impacto regulatório”, fase em que a regulação se concentra, por óbvio, na eficácia do sistema.

Na esteira de outro trabalho do autor temos que a AIR²⁶⁷ é, de forma geral, um conglomerado de procedimentos tomados na seara administrativa que ao passo que avalia uma regulação nova ou já existente integra uma qualificação e coleta de dados acerca de possíveis consequências negativas e positivas dos comandos e atos regulatórios, bem como a eleição de critérios de valoração de tais consequências, a efetiva atividade de avaliação delas e, enfim, a adoção ou rejeição do ato regulatório ou a correção do tangenciamento então adotado ou a se adotar.²⁶⁸

A qualificação do que será considerado como consequência regulatória somada à eleição do critério de avaliação são os primeiros e mais importantes passos na feitura da AIR, a impactar conforme for gerida, no resultado da própria análise, dessa arte que se recomenda ausência o quanto possível de visões enviesadas e incentiva-se perspectivas abrangentes. Há de se homenagear, pois, o dever de

²⁶⁷ A primeira ocorrência formal de AIR data de 1974, nos Estados Unidos. Nesse ano, em meio ao boom dos preços do petróleo, o país apresentava redução do crescimento econômico e da produtividade e taxas crescentes de inflação. Foi quando assumiu a presidência Gerald Ford, com o compromisso de combate à inflação crescente. Ford considerava a inflação o principal inimigo público e ficou conhecido pelo lema ‘Whip Inflation Now’, proferido em discurso ao Congresso em outubro do mesmo ano. Tão logo como presidente, reuniu uma cúpula de industriais e economistas para encontrar meios de combater a estagflação. A cúpula sugeriu a criação de um conselho para supervisionar as ações possivelmente inflacionárias dos setores público e privado. Diante disso, o presidente anunciou o Decreto executivo nº 11821, estabelecendo que as agências realizassem uma avaliação de impacto inflacionário para as novas regulações e criando o *Council on Wage and Price Stability* (CWPS), formado por economistas reconhecidos no meio acadêmico. O CWPS logo concluiu que uma regulação não seria inflacionária se seus benefícios excedessem os custos para a sociedade, tornando a avaliação de impacto inflacionário uma análise de custo-benefício. Essa exigência foi feita a propostas de regulação que gerassem um impacto estimado sobre a economia de mais de US\$ 100 milhões. A AIR ganha substância em 1981, com o Decreto executivo nº 12.291 do Presidente Ronald Reagan, introduzindo legalmente a análise custo-benefício para AIR por parte das agências norte-americanas. O Decreto tem claramente o objetivo de reduzir os pesos regulatórios e normatiza os procedimentos para AIR (...) A AIR obteve tal aceitação no meio político, que se manteve mesmo nas administrações democratas subsequentes, sendo apenas objeto de pequenas alterações. (BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Determinantes de qualidade regulatória:** principais instrumentos e o caso brasileiro. Monografia. IV Prêmio SEAE - 2009. Escola de Administração Fazendária - ESAF, Brasília, 2009, pp. 19-20. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2009/iv-premio-seae-2009/Est_Tema2_1.pdf>. Acesso em: 15 jan. de 2017.

²⁶⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras. **Justiça & Cidadania**, ed. 122, set/2010. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 02 mar. de 2017.

transparência, sob o qual os reguladores têm que explicitar objetivamente o que consideram como resultados, abrindo espaço para contribuição e crítica dos regulados. Aqui, vale o alerta feito por José Vicente Santos de Mendonça:

Uma AIR que só considere efeitos de incremento da concorrência evidentemente não trará o mesmo resultado de uma que se abra a **consequências sociais, ambientais, de redução de preços, de fomento ao ingresso no mercado, de preservação de níveis ótimos de retorno do investimento**. Como estamos lidando com fenômenos complexos, carregar a mão em certos efeitos, e seletivamente obscurecer outros, é agir de má-fé e preparar a viagem redonda da auto-legitimização. Exigências de razão pública e de espírito republicano impõem a consideração do maior número de consequências possíveis, claro que dentro de condições de preservação da inteligibilidade do próprio processo de avaliação. (Grifo nosso).²⁶⁹

Após, é hora da coleta de dados, etapa em que se faz necessário o diálogo do ente regulador com os agentes regulados, com o mercado, portanto, e com entidades associativas e ligadas ao interesse em questão. Fazer com que a configuração do processo possa diminuir a assimetria informacional que geralmente ocorre em uma regulação de tipo estatal, ainda que desconcentrada e levada a cabo por organismos independentes, o dialogismo mostra-se fundamental, bem como a boa-fé das entidades reguladas, a despeito do dever do regulador de busca efetiva das informações necessárias, inclusive com parcerias entre as segmentações administrativas do apresto estatal.

Depois, como dito, passa-se à adoção do critério de valoração para as consequências, quando se determinará o que se entende e considera na análise como consequência positiva e negativa, de modo a ser convergente com a moldura constitucional, obedecendo a critérios universalizáveis e excludentes entre si.

Etapa seguinte é a avaliação das consequências sob a égide do critério eleito, gerando, assim, a obtenção, dentre os dados, daquilo que se considerará como custos – consequências negativas - e benefícios – consequências positivas, que servirão pra derradeira fase, a de adoção, revisão ou rejeição de determinada linha regulatória.²⁷⁰

²⁶⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.* Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras.

²⁷⁰ *Idem.*

Indica-se, normalmente, três métodos de execução do dito modelo, quais sejam, a **Análise Custo – Benefício**, a ***Cost-Effectiveness Analysis*** e, finalmente, **Análises Parciais**.²⁷¹

A primeira corresponde, basicamente, ao esquema apresentado acima, enquadrada no instrumental da análise econômica do direito. Ainda que nem todos os dados e consequências sejam quantificáveis ou monetizadas, a explicitação proposta por tal método é importante pois consegue distinguir de maneira clara as ordens de grandeza, os agentes passíveis dos custos e benefícios, fazendo monta ao princípio da transparência e governança.²⁷²

A ***Cost-Effectiveness Analysis*** é semelhante à ACB, e é basicamente uma variação sua, que “se foca em hipóteses nas quais as metas finais já estão pré-determinadas, e aí a análise se centra, apenas, em qual alternativa de regulação, daquelas capazes de obter aquele resultado determinado, será a menos custosa”.²⁷³ A diferença consiste na fixação prévia do resultado.

Esta análise consiste da comparação dos custos entre regulações que geram benefícios iguais ou semelhantes. Diferentemente da ACB, a ferramenta não se aplica para determinar quais metas devem ser atingidas, mas, uma vez determinadas, é consistente em comparar quais meios são menos custosos para atingi-las.²⁷⁴

O método das Análises Parciais, como o próprio nome revela, mostra-se como faceta setorial da AIR, quando a medida de análise atinge um público específico, determinada comunidade ou setor social. Como certa política regulatória pode gerar impactos distintos em grupos específicos da economia, pode-se apresentar mais

²⁷¹ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória**. Texto para discussão nº 1463. Brasília: IPEA, 2010, *passim*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf>. Acesso em: 12 abr. de 2017.

²⁷² Tratar de forma realista tais limitações contribui para o aperfeiçoamento da análise e do processo regulatório. Uma das orientações práticas para as agências que realizam AIR é a de que os custos devem ser mensurados sempre que possível. Considerando a dificuldade em quantificar todos os custos e benefícios identificados, deve-se evitar aproximações espúrias, sendo recomendável fornecer estimativas amplas, como ordem de grandeza em milhões de unidades monetárias ou intervalos de valores. É recomendável também avaliar a dimensão relativa entre custos e benefícios, buscando a aplicação do princípio da proporcionalidade. Não sendo possível a quantificação, cabe a descrição qualitativa dos custos e benefícios identificados”. (*Ibidem*, p. 12).

²⁷³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.* Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras.

²⁷⁴ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *op. cit.*, p. 17.

eficaz a análise em separado destes impactos, como sobre pequenas e médias empresas, uma população de menor nível de renda.²⁷⁵ Mendonça destaca que os estudos realizados pelo CADE são tipicamente Análises Parciais, ao passo que se concentram sobre o “aspecto do incremento da concorrência em determinado setor da economia”, de modo que métodos mais amplos podem ser completados por este critério de avaliação.²⁷⁶

Aproximado e convergente com o instrumental das ciências econômicas e da Administração, o instituto da AIR é criticado por ser identificado com um visão utilitarista da maximização do bem estar da sociedade sob premissas meramente econômicas, a prescindir de valores éticos, ou ainda que a tarefa a que se pretende mostra-se de difícil consecução pela impossibilidade de mensuração e qualificação dos custos e benefícios envolvidos na análise das consequências regulatórias.²⁷⁷

Acerca dos contrapontos ao emprego da AIR:

Num resumo não exaustivo, pode-se alegar, contra seu utilitarismo filosófico de base, que ele é pouco claro em relação aos critérios que adota para a hierarquização das utilidades; que, por vezes, algumas grandezas que ele opera são ontologicamente incomparáveis; que é pouco atento a propósitos redistributivos. Contra a análise econômica do Direito que lhe acode no plano jurídico, poder-se-ia afirmar que a idéia de eficiência não é, nem poderia ser, o único fim do Direito; que haveria um viés economicamente conservador por detrás de suas propostas; que a teoria não daria devida atenção a questões de justiça distributiva; ainda, que a análise econômica do Direito partiria de pressuposições contestáveis e simplificadoras (como a associação do comportamento humano à de um maximizador racional), chegando a resultados pouco úteis; e, finalmente, que os cálculos e técnicas exigidos seriam complicados e estariam além da aptidão profissional ordinária de juízes e de advogados.²⁷⁸

Ainda que seus métodos sejam contestados como captados pela econometria, ou de base utilitarista sem deferência a valores sociais ou distributivos, a AIR é um

²⁷⁵ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *op. cit.*, p.16.

²⁷⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.* Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. pp. 396-397. 2014, Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI2MQ%2C%2C>>. Acesso em: 12 jan. de 2016.

²⁷⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.* Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras.

instrumental que auxilia no dever de transparência a ser adotado numa governança regulatória que, pretende-se, seja guiada por uma teoria nacional da regulação.

A explicitação, ainda que não monetizada ou especificamente quantificada, ainda que seja apenas uma extroversão vernacular dos componentes de análise, é fator importante para o desenvolvimento do ciclo regulatório, com vistas à difusão do conhecimento econômico para os agentes tomarem as melhores decisões no mercado, fim último da própria regulação econômica; além de promover o dialogismo entre os tomadores de decisão e os agentes que estarão ao influxo das medidas analisadas, fortalecendo uma simbiose racional, na qual os diferentes atores percebam que a cooperação com o sistema regulatório pode atenuar as falhas informacionais, os coágulos mercadológicos, os gargalos cognoscitivos, mormente os encontrados entre o aparelho estatal regulador e a sociedade, esta última observada como o elo último dos serviços públicos ou como consumidora final nas cadeias de mercado. Encerra-se este segmento com a advertência de José Vicente Santos de Mendonça:

Nem tudo é crítica e perigo. Há óbvias **vantagens e possibilidades** na adoção da AIR. A primeira: se bem feita, serve para incrementar a adesão do mercado à política regulatória, o que significa redução de contestações administrativas e judiciais. Além disso, há o incremento da credibilidade do regulador. Há também os benefícios de se adotar *algum grau* de planejamento na ação pública - coisa excelente num país que sempre caminhou de improviso em improviso. Regulações com alto grau de qualidade estão aptas a efetivarem os objetivos constitucionais; decisionismos administrativos, não. (Grifo original).²⁷⁹

²⁷⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.* Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do poder público, embora extroverta-se em seu caráter jurídico, como forma de que reveste sua atuação, contém justificativas econômicas com vistas a racionalizar as conformações de mercado para que se alcance a escorreita alocação dos recursos e, por corolário, o bem-estar da sociedade, fim último da ciência econômica e do direito.

Como instrumento da função Executiva do Poder Político do Estado nos cometimentos interventivos, dentre eles a regulação econômica, a competência regulamentar, em seus distintos graus e modalidades, serve de termômetro para se analisar o grau de inserção estatal no ordenamento das atividades particulares e como mecanismo de controle de legitimidade dessa própria atuação.

Os modelos regulatórios primordiais, dos EUA e Reino Unido, apresentam feitio de todo peculiar a engendrar concertações que seriam possíveis, a princípio, apenas naquelas nações, dado o desenvolvimento da tradição jurídica do *commom law*, sua tradição política, configuração industrial, topografia geopolítica, desenvolvimento econômico, bem como a forma de colonização perpetrada, de modo que a institucionalidade desenvolvida é fruto de séculos de experiência e pragmatismo, no que torna tormentosa a importação por países de tradições jurídicas distintas, como o Brasil.

Apresentando engrenagem calcada em diversas teorias de legitimação tendo a delegação legislativa do Congresso como pano de fundo, o apresto regulatório norte-americano, especialmente as agências independentes de regulação setorial, fora transposto à estrutura administrativa pátria. Entretanto, com pressupostos constitucionais e experiências de governança distintas, há de se acurar quando da justificação das delegações outorgadas as nossas autarquias de regime especial. Ainda que se mostre altamente necessária sua discricionariedade, mormente na seara técnica dos setores regulados, ante o desenho institucional criado pelas reformas administrativas levadas à cabo pelo Estado brasileiro, nossa teoria constitucional e nosso regime jurídico-administrativo mantem alguns enlaces que, ao menos, dogmaticamente, não podem ser transpostos de todo.

Assim, que o ponto de equilíbrio entre fator democrático e desembarço administrativo na função regulatória se dá através da reserva de densificação normativa da lei, atenta às novas vicissitudes da modernidade a permear a teoria da separação das funções do Poder Político do Estado, a manter a racionalização ordenadora do aparato regulador ao tempo que não desprestigia, a despeito da crise apontada no conceito de lei em sentido formal, a vontade popular encarnada pela representatividade do Parlamento.

Enfim, se tem que é hora de ultrapassar o embate da legitimação do desenho institucional das agências reguladoras brasileiras diante de sua esmagadora e intransponível realidade, e, sim, ater-se ao aspecto do controle e análise da qualidade da regulação por elas praticadas, a fim de racionalizar, já que assentadas as premissas legitimadoras de sua atuação e ante a experiência já realizada, a política e governança regulatória a fim de que se obtenha os melhores resultados possíveis, mormente em se tratando do funcionamento dos mercados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O Impacto do Modelo Gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 10, 1997, Disponível em: <<http://antigo.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAbrciocad%2010.pdf>>. Acesso em: 10 jan. de 2016.

AGUILAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Icone, 1996.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. **Revista de Administración Pública - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**, Madri, n. 34, 1961.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, a. 10, n. 51, Set./Out., 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntr=55459>>. Acesso em: 12 mar. de 2014.

ARAÚJO, Cícero. Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna. In: BORON, Atilio A. **Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx**. 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; San Pablo: Depto. de Ciência Política - FFLCH - Universidade de São Paulo, pp. 267-286, 2006. Disponível em <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/filopolmpt.pdf>. Acesso em: 20 mai. de 2016.

ARAÚJO, José Antonio Estevez. La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, v. 7, pp. 107-130, 1990. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142181>>. Acesso em: 05 mai. de 2016.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 97, pp. 21-33, ago. 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32548>>. Acesso em: 06 mai. de 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1.

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Determinantes de qualidade regulatória:** principais instrumentos e o caso brasileiro. Monografia. IV Prêmio SEAE - 2009. Escola de Administração Fazendária - ESAF, Brasília, 2009. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2009/iv-premio-seae-2009/Est_Tema2_1.pdf>. Acesso em: 15 jan. de 2017.

CARBONELL, Eloísa; MUSGA, José Luis. **Agencias y Procedimiento Administrativo em Estados Unidos de América.** Madri: Marcial Pons, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Ricardo Lemos Maia de. As Agências de Regulação Norte-americanas e sua Transposição para os Países de Civil Law *in:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do Princípio da Legalidade. *In:* ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coord.). **Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Agências Reguladoras no Direito Administrativo Brasileiro.** Tese para a obtenção da titularidade de Direito Administrativo na Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo.** 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa Pelo Poder Executivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUSTOS, Dominique. The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, Sept., pp. 1-30, 2006. Disponível em:<https://www.researchgate.net/publication/265400028_The_Rulemaking_Power_of_Independent_Regulatory_Agencies>. Acesso em: 30 mai. de 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle Político das Agências Reguladoras. **Revista Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, mar./abr., 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=51029>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? **Journal of Law and Economics**, The University of Chicago Press, v. 11, n. 1, Apr., pp. 55-65, 1968. Disponível em <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/documents/demsetz68-JLE-utilities.pdf>>. Acesso em: 20 mai. de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DICEY, Albert V. **Leçons Sur les Rapportes entre le Droit et l'Opinion Publique en Angleterre au Cours du Dix-Neuvième Siècle**. Tradução à língua francesa por Gaston Jèze. Paris: Giard & Brière, 1906.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La justicia administrativa en el cambio de siglo**. 1. ed. Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1980.

GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. **Prolegómenos**, Bogotá, v. 12, n. 23, p. 177-192, 2009, Disponível em: <<https://doi.org/10.18359/prole.2503>>. Acesso em 16 set. de 2015.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 209.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra: Coimbra, 2004.

GRAU, Eros. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HAYEK, Friedrich A. **Individualism and Economic Order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução Jaime Larry Benchimol. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1982.

_____.; LAUTZENHEISER, Mark. **História do Pensamento Econômico: Uma Perspectiva Crítica**. Tradução do inglês André Arruda Villela. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBEDÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. A análise econômica do direito como instrumento analítico na prática jurídica: a forma e o conteúdo do direito: uma visão interdisciplinar. **Âmbito Jurídico**. 2013. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_1eitura&artigo_id=13951&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 ago. de 2015.

_____. **Defesa da Concorrência em Mercados Regulados: Soluções aos Conflitos de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras**. 2007. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: <http://www.bdtd.ufpe.br/bdtd/tdeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6164>. Acesso em: 12/08/2016.

_____. **Regimes de Contratação para Produção de Petróleo e Gás no Brasil: o regime de concessão previsto na Lei 9.478/97 e o regime de partilha introduzido pela Lei 12.351/10 sob a perspectiva da análise econômica do direito**. 2013. 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10981/1/Tese%20Gustavo%20Carmiro%20Le%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 mai. de 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAJONE, Giandomenico. As Transformações do Estado Regulador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, jan., pp. 11-43, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8898>>. Acesso em: 21 mai. de 2016.

_____. Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/ Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**. v. 157, n. 1, pp. 57-78, 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40752249>>. Acesso em: 01 jun. de 2016;

_____; LA SPINA, Antonio. El Estado Regulador. **Gestión y Política Pública**, México, v. 2, n. 2, jul./dez, 1993.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades Independientes**. Barcelona: Editora Ariel, 2002.

MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. Partie Général. Paris: Giard&Brière, 1903.

MCLEAN, Iain. The history of regulation in the United Kingdom: three case studies in search of a theory. In: LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint (Org.). **The Politics of Regulation**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o Novo Capítulo das Agências Reguladoras. **Justiça & Cidadania**, ed. 122, set/2010. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 02 mar. de 2017.

_____. As Fases do Estudo Sobre Regulação da Economia na Sensibilidade Jurídica Brasileira. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, jan./dez., pp. 284-301, 2015. Disponível em <<http://periodicos.unicristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/471/0>>. Acesso em: 02 abr. de 2017.

MITINICK, Barry M. Capturing “capture”: definition and mechanisms. In: LEVI-FAUR, David. (Org.). **Handbook on the politics of regulation**. Northamptom: Edward Elgar Publishing, 2011.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o Direito Administrativo em Tempos de Globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OCDE - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**: guidance for policy makers. Regulatory Policy Division. Directorate for Public Governance and Territorial Development, 2008. Disponível em <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2017.

OGUN, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Releitura do Direito Administrativo à Luz do Pragmatismo Jurídico. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, jan., pp. 129-163, 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8496>>. Acesso em: 2 abr. de 2017.

_____. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. pp. 389-418, 2014, Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI2MQ%2C%2C>>. Acesso em: 12 jan. de 2016.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu: uma conta que não fecha. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 15, n. 78, mar./abr., 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92571>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória**. Texto para discussão nº 1463. Brasília: IPEA, 2010, *passim*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf>. Acesso em: 12 abr. de 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-americano**. Tradução Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SILK, Leonard. **Os Economistas**. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **O Congresso e as Delegações Legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, The University of Chicago Press, v. 2, n. 1, pp. 3-21, 1971. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/3003160>>. Acesso em: 20 mai. de 2016.

_____; FRIEDLAND, Claire. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. **Journal of Law and Economics**, The University of Chicago Press, v. 5, out., pp. 1-16, 1962. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/725003>>. Acesso em: 20 mai. de 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **La Economía del Sector Público**. Tradução do inglês Maria Esther Rabasco e Luis Toharia. 3. ed. Barcelona: Antoni Bosch Editor, 2000.

STRAUSS, Peter L. Órgãos do Sistema Federal Americano: Sua Responsabilidade e seu Posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonade, 1999.

_____. A Ordem dos Publicistas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan., 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 mar. de 2015.

VERDÚ, Lucas, 1975, apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

WILSON, Roland Knyvet. **History of Modern English Law**. Londres: Rivingtons, 1875.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Revista de Direito Público-RDA**, Brasília, v. 4, n. 18, out/nov./dez, pp. 31-53, 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 14 jun. de 2015.