



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



PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

**PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DOS ENTES
REGULADORES: ELEMENTO ESSENCIAL NA PROMOÇÃO DE UMA MELHOR
QUALIDADE REGULATÓRIA E DE MAIOR PARTICIPAÇÃO SOCIAL**

Recife
2022

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

**PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DOS ENTES
REGULADORES: ELEMENTO ESSENCIAL NA PROMOÇÃO DE UMA MELHOR
QUALIDADE REGULATÓRIA E DE MAIOR PARTICIPAÇÃO SOCIAL**

Tese 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 para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Recife
2022

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736.

O48p

Oliveira Netto, Pedro Dias de.

Procedimentalização da atividade normativa dos entes reguladores: elemento essencial na promoção de uma melhor qualidade regulatória e de maior participação social / Pedro Dias de Oliveira Netto. -- Recife, 2022.

202 f., tabs.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Inclui referências.

1. Direito Econômico - Brasil. 2. Direito Administrativo. 3. Regulação. 4. Agência Reguladora. 5. Procedimento Administrativo. I. Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra (Orientador). II. Título.

343.8107 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2022-15)

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

**PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DOS ENTES
REGULADORES: ELEMENTO ESSENCIAL NA PROMOÇÃO DE UMA MELHOR
QUALIDADE REGULATÓRIA E DE MAIOR PARTICIPAÇÃO SOCIAL**

Tese 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 para obtenção do título de Doutor em Direito.
Área de Concentração: Transformações do Direito Público.
Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.

Data de aprovação: 22/04/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Marcos Antonio Rios da Nobrega (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^a. Dra. Luciana Grassano de Gouvea Melo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Junior (Examinador Interno)
Universidade de Federal de Pernambuco – UFPE

Prof^a. Dra. Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega (Examinadora Externa)
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Prof. Dr. Helio Silvio Ourem Campos (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

À minha família.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa acadêmica é uma tarefa bastante intensa. Durante os últimos 6 anos estive empenhado nessa atividade para a obtenção dos títulos de Mestre e, mais recente, de Doutor em Direito. De fato, foi uma experiência positiva e construtiva.

Nessa caminhada tive a imprescindível ajuda e incentivo dos meus pais, que foram responsáveis por garantir as condições necessárias para que eu lograsse êxito na conclusão deste trabalho. Sem o valoroso apoio recebido, certamente, eu não conseguiria estar aqui. Agradecimentos especiais vão para os meus pais, Pedro e Noêmia.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em especial, àqueles que fazem parte da linha de pesquisa Estado e Regulação, os professores: Dr. Francisco Queiroz, Dr. Marcos Nóbrega, Dr. Edilson Nobre, Dra. Luciana Grassano e Dr. Walber Agra. Todos à sua maneira foram fundamentais nessa jornada acadêmica contribuíram com o meu aprendizado e com a construção crítica do conhecimento jurídico.

De igual forma, aos funcionários que fazem parte do setor administrativo do PPGD/UFPE que, nesta oportunidade, agradeço a todos nas pessoas de Maria do Carmo Mota de Aquino e Elizabeth Tavares.

RESUMO

A tese tem como objeto de pesquisa a procedimentalização da atividade normativa das agências reguladoras brasileiras. O procedimento regulatório, apesar de ainda ser pouco debatido no contexto pátrio, faz-se recorrente em estudos realizados no cenário internacional. Assim, almeja-se a ampliação e aprimoramento do instituto à realidade social e cultural do Brasil. Do ponto de vista social, ao colocar o procedimento como aspecto central do debate, na medida em que este seja efetivamente participativo, a futura norma regulatória tenderá a refletir uma escolha quase-consensual, possuindo maiores chances da sua aceitação pela sociedade de forma espontânea. O método científico a ser utilizado para o desenvolvimento da pesquisa foi o hipotético-dedutivo, que compreende o conjunto de atividades sistemáticas que, com maior segurança, permitirá alcançar os objetivos definidos. Desse modo, a pesquisa estrutura-se, além da introdução e conclusão, em quatro capítulos, subdivididos em itens e organizados. Defendeu-se que a participação social na atividade normativa deve ser dialógica, lastreada em uma diversidade de ideias, favorecendo a formação de normas compatíveis com o contexto social. O debate acerca dos procedimentos regulatórios revelou-se valioso, especialmente diante da recorrente necessidade em elaborar uma regulação eficiente, participativa, com técnicas eficazes, e, principalmente, que seja apta a acompanhar as transformações tecnológicas, sociais e econômicas.

Palavras-chave: procedimentos administrativos; agências reguladoras; análise de impacto regulatório; participação social; consensualidade.

ABSTRACT

The research object of the thesis is the proceduralization of the normative activity of Brazilian regulatory agencies. The regulatory procedure despite being less discussed in the national context, is recurrent in studies produced in the international doctrine. Thus, the purpose of this research is the expansion and improvement of the regulatory procedure for the social and cultural reality of Brazil. From a social point of view, placing the procedure as a central aspect of the debate, considering that it is effectively participatory, the regulatory norm will tend to reflect a quasi-consensual choice with greater chances of its acceptance by society becomes spontaneous. The scientific method used for the development of the research was the hypothetical-deductive, which represents the set of systematic activities that will allow the achievement of the defined objectives. The research is structured, in addition to the introduction and conclusion, in four chapters subdivided into items. We defend that social participation in normative procedure must be dialogic, based on a diversity of ideas, favoring the formation of norms compatible with the social context. The discussion about regulatory procedures has proved to be important, mainly due to the recurrent need to develop efficient regulation with social participation, effective techniques and principally capable of predicting technological, social and economic changes.

Keywords: administrative procedures; regulatory agencies; regulatory impact analysis; social participation; consensus.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	16
2.1 Estado e intervenção econômica.....	16
2.2 Teorias da regulação.....	26
2.3 Entes reguladores independentes.....	40
3 ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS...46	
3.1 Lei nº 13.848/2019: o surgimento de uma lei-quadro para as agências reguladoras.....	46
3.2 Parâmetros acerca dos limites da atividade normativa regulatória.....	57
3.3 Participação social: legitimidade, controle e transparência dos atos normativos.....	71
3.4 Novos desafios da regulação.....	84
4 PROCEDIMENTALIZAÇÃO E QUALIDADE REGULATÓRIA.....	94
4.1 Procedimento como novo centro do direito administrativo.....	94
4.2 Aperfeiçoamento da qualidade regulatória e a técnica da análise de impacto regulatório.....	108
4.3 Panorama da utilização da AIR no âmbito das agências reguladoras federais.....	124
5 PROPOSTA CONSENSUAL DO PROCEDIMENTO NORMATIVO.....	136
5.1 Democracia deliberativa e agências reguladoras: produção de atos normativos equilibrados.....	136
5.2 <i>Negotiated rulemaking</i> e a experiência das agências norte-americanas.....	154
5.3 Compatibilidade e condicionantes da regulação normativa negociada ao ordenamento jurídico brasileiro.....	166
6 CONCLUSÃO.....	182
REFERÊNCIAS.....	187

1 INTRODUÇÃO

A atividade regulatória do Estado não é um fenômeno recente. Porém, há mais de décadas, a realidade mundial vivencia uma transformação da regulação para o aprimoramento dessa função administrativa. Diante dos avanços da ciência e tecnologia, expressivas modificações foram evidenciadas em múltiplos segmentos econômicos, acarretando uma nova perspectiva de oferta e demanda para bens e serviços, assim como o impacto ocasionado na sociedade.

Interessante observar que esta tendência advém de forma diferente das reformas regulatórias antecedentes, que foram caracterizadas pela criação de autoridades regulatórias independentes e técnicas. Busca-se, nesse momento, conferir aos entes reguladores o conjunto de instrumentos e procedimentos que são necessários para a melhoria regulatória.

Nesse contexto de transformações, a presente pesquisa tem como objeto o estudo da procedimentalização da atividade normativa das agências reguladoras brasileiras, com a finalidade de aprimorar o efetivo funcionamento dos entes independentes, estabelecendo procedimentos gerais e setoriais eficientes; garantir uma governança¹ regulatória de qualidade por meio do planejamento eficaz; e assegurar a participação concreta da sociedade, para – após ponderações dos interesses públicos envolvidos – permitir a produção de normas equilibradas e, acima de tudo, compatíveis com os limites da legalidade.

Do ponto de vista social, ao colocar o procedimento regulatório como aspecto central do debate, na medida em que este seja efetivamente participativo, a futura norma regulatória tenderá a refletir uma escolha quase-consensual, possuindo maiores chances da sua aceitação pela sociedade de forma espontânea.

Verifica-se que o debate acerca do procedimento, apesar de ainda ser pouco discutido no contexto nacional, faz-se recorrente em trabalhos e estudos realizados no cenário europeu e norte-americano. Assim, amplia-se o campo de pesquisa para aprimoramento e adaptação dos institutos à realidade social e cultural do Brasil.

¹ Como bem observa Alketa Peci, não existe um modelo único de governança, pois esta é multifacetada e plural, derivando da cultura política do país no qual se insere. De forma ampla, segundo a autora, o conceito de governança pode ser utilizado na teoria de administração pública para qualificar as relações que o Estado desenvolve com o setor privado e o terceiro setor. A governança reconhece a importância das organizações públicas na rede de articulação com o privado. (PECI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 59-60).

A título de exemplo, oportuno mencionar que Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico² (OCDE), desde a década de 1990, procurou estabelecer balizas para recomendar o procedimento da análise do impacto regulatório como instrumento de promoção da qualidade regulatória, considerando boas práticas para a regulação, as seguintes condutas: (i) garantir o comprometimento com a análise do impacto regulatório; (ii) utilizar um método analítico consistente; (iii) treinar os reguladores; (iv) desenvolver e implementar estratégias de coletas de dados; (v) concentrar esforços em objetivos precisos; (vi) conferir publicidade aos resultados; (vii) envolver o público extensivamente; e (viii) aplicar a análise de impacto tanto sobre as novas propostas regulatórias como diante da revisão da regulação existente.

No entanto, há de se considerar que a comparação com os países estrangeiros será realizada apenas e quando necessário para melhor compreensão dos institutos relacionados ao objeto de pesquisa, constatando os aspectos positivos e negativos. Os países estrangeiros detêm suas peculiaridades e elementos característicos que podem acarretar uma problemática própria e que, desse modo, pode não corresponder, indubitavelmente, com a solução a ser adotada internamente.

O problema a ser enfrentado, então, inicia-se com a constatação da premissa de que as normas criadoras das agências reguladoras, diante da sua baixa densidade normativa³, não dispuseram de suficiente qualidade na legitimação procedimental, no que tange a critérios como avaliação do impacto regulatório, a

²OCDE. *Regulatory Impact Analysis: best practices for regulatory quality and performance*. Paris, 1997.

³ Importante mencionarmos, ainda que com brevidade, que a baixa densidade normativa também pode ser compreendida sob a perspectiva substancial, diante da conduta do legislador em não especificar, com a devida precisão, os limites do campo de atuação do ente regulador. Deve-se reproduzir o ensinamento de Francisco de Queiroz que, ao abordar, com proficiência de sempre, sobre a reserva da densificação normativa da lei, aduziu que: “ávidos têm sido os reguladores no sentido amplo de expedir normas, criar direitos, obrigações e deveres sem que tenham legitimação direta para tal e, muitas vezes, nem mesmo, a legitimação indireta, técnica, pois objeto de captura política ou econômica, sem que haja mecanismos de controle social e jurídico de utilização tão simples como o controle das leis face à Constituição. Não se olvide quantas vezes os vícios da normatização regulatória se camuflam por trás de argumentos técnicos, por vezes meros tecnicismos falaciosos. Mister, pois, inclusive por razões garantísticas, em sociedade democrática, que os textos legais tenham conteúdo mínimo efetivo, evitando normatizações primárias inconstitucionais. (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva da densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234).

prevenção de riscos, bem como de mecanismos que promovam a efetiva e real participação dos diversos grupos da sociedade.

Não se pode esquecer que, por vezes, a atividade normativa das agências se trata de um processo de revisão regulatória. As agências estão constantemente revendo regras anteriores, muitas dessas por incompatibilidade com os novos marcos legais, o que demonstra a essencialidade da utilização de um procedimento eficaz para avaliar os impactos que as mudanças podem ocasionar.

Um ponto a ser destacado refere-se ao grande desafio que está sendo enfrentado pelos entes reguladores do Brasil e de diversos países. Este desafio decorre, principalmente, do surgimento de novas tecnologias disruptivas. O setor de telecomunicações, por exemplo, vivencia uma situação de assimetria regulatória ocasionada por serviços como WHATSAPP e NETFLIX, que competem, respectivamente, com a telefonia móvel e as operadoras de televisão a cabo.

Ainda, os desafios regulatórios por conta da tecnologia podem ser encontrados no setor da saúde. Entre os exemplos de novas tecnologias estão a biotecnologia, a possibilidade de desenvolvimento de medicamentos personalizados, a impressão 3D de órgãos, entre outros.

Também, um dos problemas mais notórios refere-se ao número de pessoas que, de fato, participam e contribuem ativamente na produção normativa dos entes reguladores independentes. A participação decorre, muitas vezes, por conta do interesse que determinados grupos têm em defender posicionamentos pessoais de natureza econômica.

Desse modo, a presença acaba sendo restrita àqueles que podem custear os valores necessários para ter acesso aos meios participativos da consulta ou audiência pública e, ainda, tenham o conhecimento técnico suficiente para oferecer sugestões sobre a matéria.

Nesse contexto, os problemas a serem enfrentados nesta pesquisa podem ser alçados em forma dos seguintes questionamentos:

- (1) Quais as consequências que uma norma procedimental ineficiente pode acarretar na função regulatória das agências, em especial, no que tange a critérios como a qualidade da avaliação do impacto regulatório, da participação social, bem como do planejamento de uma regulação transparente?

- (2) Como deve ser compreendido, modernamente, o papel das agências reguladoras diante de um cenário de constantes modificações sociais, tecnológicas e econômicas?
- (3) Como garantir uma maior participação ativa dos diversos setores da sociedade no âmbito das agências reguladoras, mudando a compreensão de que essa atividade cinge-se em mera formalidade?

Para a análise proposta, o objetivo geral é aprofundar a discussão sobre a necessidade da implementação de critérios eficientes para a procedimentalização da atividade normativa das agências reguladoras brasileiras, de modo a aprimorar o funcionamento desses entes, garantindo a participação concreta da sociedade – por meio da produção de normas equilibradas e compatíveis com a legalidade – e alcançar melhores práticas regulatórias.

No que concerne aos objetivos específicos da pesquisa, se destacam os seguintes: a) analisar e discutir sobre a utilização de requisitos mínimos e uniformes de procedimento regulatório com a finalidade de obter um resultado transparente, com técnicas eficazes, e, sobretudo, aptas a acompanhar a revisão da regulação já existente diante das novas demandas sociais, tecnológicas e econômicas; b) debater sobre a importância de um procedimento participativo na atividade normativa das agências reguladoras para permitir uma maior compreensão e aceitação pela sociedade das razões que motivaram a escolha de determinada norma regulatória; c) caracterizar e debater criticamente sobre a aplicação da técnica da análise de impacto regulatório como mecanismo apto a colaborar no procedimento normativo das agências reguladoras, transcendendo um enfoque meramente jurídico-formal para um estruturado em informações obtidas por especialistas de diversas áreas de conhecimento; e d) avaliar a técnica de *negotiated rulemaking* das agências norte-americanas e a sua compatibilidade e condicionantes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Há de se destacar que a abordagem sobre a procedimentalização, por meio de uma investigação a respeito da sua realidade no cenário das agências reguladoras brasileiras, com identificação dos problemas e apontando possíveis soluções, destina-se a auxiliar ao aprofundamento da matéria em contexto acadêmico, e, no âmbito social, na sua maior divulgação e compreensão.

Desse modo, o debate relativo aos procedimentos da atividade normativa regulatória revela-se importante, especialmente diante da recorrente necessidade em elaborar uma regulação eficiente, participativa, com técnicas eficazes, e, principalmente, que seja apta a acompanhar, por exemplo, as mudanças no mercado impostas por inovações tecnológicas.

É de correntio conhecimento que uma má regulação pode criar barreiras que inibam o estabelecimento de mercados equilibrados, bem como gerar uma repercussão negativa sobre a sociedade e, em muitos casos, conduzir a uma injusta redistribuição da riqueza.

O tema demonstra-se atual e requer um maior aprofundamento no campo da pesquisa brasileira. O método científico a ser utilizado para o desenvolvimento da pesquisa será o hipotético-dedutivo, que compreende o conjunto de atividades sistemáticas que, com maior segurança, permitirá alcançar os objetivos definidos, traçando um caminho a ser seguido por meio de teorias gerais para a observação de casos particulares para se chegar a conclusões estruturadas em um raciocínio lógico-formal⁴.

Destarte, a pesquisa estrutura-se, além da introdução e conclusão, em quatro capítulos subdivididos em itens e organizados, com a finalidade de atender aos objetivos estabelecidos, como a seguir analisados.

No capítulo 2, intitulado de *Fundamentos da regulação econômica*, intenta-se delinear as principais formas de intervenção do Estado na atividade econômica, contextualizando as transformações da atuação estatal na economia. A análise abarca, inicialmente: o período posterior à Revolução Francesa (1789-1799), momento em que o Estado liberal arrimou-se como uma referência a ser seguida; as crises econômicas das primeiras décadas do século XX e os conflitos bélicos em diversos países, fez com que houvesse uma crescente preocupação social para demandar por mudanças na concepção e atuação do Estado, ganhando força entre os países o modelo conhecido como Estado do bem-estar social; posteriormente, em meados da década de 1980, diante da ampliação dos gastos fiscais e da intervenção econômica estatal, desenvolve-se uma concepção de remodelagem da atuação do Estado, embasada na redução da estrutura administrativa e das

⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83.

despesas públicas, assim como a descentralização das atividades, circunstâncias estas que dão origem ao modelo denominado por Estado regulador.

Em sequência, serão discutidas as preeminentes teorias doutrinárias acerca do fenômeno da regulação econômica estatal, conferindo uma maior ênfase para a teoria clássica do interesse público, consoante os ensinamentos de Ronald Coase, Richard Posner, George Akerlof, entre outros; a teoria da falha regulatória, que se desdobra em três tipos: instrumental, estrutural e o da captura, com destaque para a classificação desenvolvida por Marver Bernstein, no que diz respeito ao ciclo de vida das agências; e, também, a teoria econômica da regulação, capitaneada pelo economista estadunidense George J. Stigler.

Prosseguindo, abordaremos sobre o exercício da atividade regulatória mediante a criação de entes reguladores independentes no Brasil, cuja principal característica consiste na ampliação do grau de autonomia, seja qualitativa ou quantitativamente. Os entes independentes são utilizados por múltiplos países, de modo que serão explorados, ainda que com certa brevidade, os traços marcantes das agências reguladoras em diferentes nações para melhor compreensão do instituto sem, no entanto, deixar de considerar que cada Estado detém um contexto social e econômico próprio que o torna distinto da realidade regulatória brasileira.

Como consequência disso, já no capítulo 3, denominado de *Atividade normativa das agências reguladoras brasileiras*, examina-se, inicialmente, o microssistema normativo geral das agências reguladoras, qual seja a Lei nº 13.848/2019, que é responsável por tratar temas essenciais como, por exemplo, os procedimentos decisórios, prestação de contas e controle social, interação das agências reguladoras com os órgãos de defesa da concorrência, órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente, e a interação entre as agências reguladoras federais e as agências dos entes subnacionais.

Aspecto fundamental no presente capítulo, trata-se da verificação dos limites da função normativa regulatória. Daí que, com a finalidade de estabelecer balizas, em um primeiro momento se descortinou a formação da atividade normativa da Administração Pública, cotejando o ordenamento jurídico previsto desde o período imperial (Constituição de 1824) até o presente momento para, em seguida, imiscuir-se na análise da natureza jurídica da atividade normativa das agências reguladoras.

Por sua vez, nos tópicos subsequentes ganham destaque as temáticas da participação social como instrumento de legitimidade, controle e transparência no

âmbito das agências reguladoras, e o panorama a respeito dos novos desafios da regulação contemporânea.

Avançando, chega-se ao capítulo 4, nomeado de *Procedimentalização e qualidade regulatória*, no qual se pretende analisar o instituto do procedimento como o novo centro do direito administrativo, com o intuito de aprimorar a qualidade da Administração Pública.

Na esfera regulatória procedimental, se destacam as técnicas desenvolvidas no âmbito da OCDE por meio do programa *Better/Smarter Regulation*, que pretende fortalecer o sistema de gerenciamento regulatório, garantir a elaboração de normas regulatórias equilibradas, assim como incentivar a revisão das regulações já existentes para assegurar a qualidade normativa.

Considerando o contexto do Brasil e dos países estrangeiros, o referido capítulo enfatiza a incorporação da técnica de análise de impacto regulatório (AIR) no âmbito do procedimento normativo das agências reguladoras, debatendo os mais relevantes aspectos doutrinários e, em particular, a aferição dos métodos aplicáveis durante a elaboração de uma análise de impacto regulatório, tendo como exemplo: análise custo-benefício; análise custo-efetividade ou custo-resultado; análise fiscal ou orçamentária; análise de impacto socioeconômico; análise de consequência; análise de custo de conformidade e de impacto no comércio; análise multicritério etc.

O capítulo 5, que se chamou de *Proposta consensual do procedimento normativo*, apresentará medidas que possam contribuir para o aperfeiçoamento da qualidade regulatória brasileira, especialmente, mediante a utilização de procedimento voltado à dialogicidade e consensualidade entre os interessados.

Para tanto, serão estudadas três concepções mais relevantes da democracia contemporânea, quais sejam a liberal, a participativa e a deliberativa, com a finalidade de se compreender suas distinções e como se poderia implementar, na conjuntura das agências reguladoras, um procedimento argumentativo voltado à efetivação da participação social.

Por fim, os últimos tópicos do capítulo versarão sobre a utilização de um modelo de regulação normativa negociada (*negotiated rulemaking*), explanando a experiência das agências norte-americanas na execução dessa medida, com o propósito de contrastar com o cenário econômico e social do Brasil e verificar a compatibilidade e condicionantes de uma regulação normativa consensual ao ordenamento pátrio.

2 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

2.1 Estado e intervenção econômica

O poder para organizar e intervir nas relações jurídicas, sociais, e, sobretudo, econômicas, esteve atribuído nas mãos de um Ente dotado de soberania. A função desempenhada pelo Estado e a forma em que este participa da atividade econômica, no decorrer da sua evolução, passaram por diversas transformações.

As tendências econômicas alteraram-se por meio de ciclos decorrentes de importantes eventos históricos que impactaram o contexto social da época, demandando uma nova postura de atuação do Estado, que alternou entre momentos de menor ou maior intervenção, direta ou indiretamente, na economia.

Modernamente, as formas principais de intervenção do Estado na atividade econômica podem ocorrer por meio de três situações: redistribuição de renda, estabilização macroeconômica e a regulação⁵ dos mercados.

A redistribuição de renda cinge-se como fundamental instrumento de transferência de recursos, que pode ocorrer ou de forma direta entre grupos de indivíduos, regiões ou países, ou pode ser efetivada através da prestação de serviços públicos, principalmente, aqueles relacionados à área da educação, previdência social, saúde e outras formas de assistência social que o Poder Público fornece aos seus cidadãos.

Já a intervenção do Estado para garantir a estabilização macroeconômica, tem como principais objetivos salvaguardar o crescimento da economia e a geração de empregos, atuando por meio de políticas fiscais, monetárias e industriais.

Por sua vez, a regulação dos mercados compreende um conjunto de medidas que devem ser adotadas pelo Estado para corrigir as falhas de mercados. Estas falhas, usualmente, são analisadas sob as vertentes do abuso do poder de

⁵ O termo “regulação” também pode abarcar diferentes contornos de interpretação. Vital Moreira, exemplificativamente, distingue três significados que são recorrentes na doutrina: (i) a regulação pode ser entendida em seu sentido amplo, ou seja, alcançando toda forma de intervenção do Estado na atividade econômica; (ii) no sentido intermediário, de menor abrangência, a regulação estatal na economia ocorre desde que não exista a participação direta do Estado, equivalendo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada; (iii) a regulação no sentido restrito, portanto, estaria limitada apenas ao condicionamento normativo da atividade privada por lei ou outro instrumento normativo secundário. (MOREIRA, Vital. *Autorregulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.)

monopólio empresarial, das externalidades negativas produzidas pela atividade econômica, da assimetria de informação existente no mercado e da provisão insuficiente de bens públicos⁶.

Desse modo, para melhor contextualização da regulação econômica, faz-se importante analisar a conjuntura em que as nações se encontravam, a partir do século XVIII até os dias contemporâneos, com a finalidade de compreender as diversas transformações da atuação do Estado na economia.

Em um primeiro momento, no período posterior à Revolução Francesa (1789-1799), o Estado liberal arrimou-se como uma referência a ser seguida, sendo marcado pela forte abstenção do Poder Público. Este modelo estabeleceu a transição entre o governo absolutista para o governo das leis, constituindo os limites ao poder do Estado perante a sociedade.

No contexto econômico do liberalismo, a intervenção do Estado esteve estritamente relacionada às funções de garantia das liberdades institucionais da economia sem, no entanto, intervir na autonomia do livre desenvolvimento econômico. O Estado somente deveria atuar nas hipóteses em que sua presença fosse indispensável para garantir os direitos previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em síntese, são os direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, à propriedade privada, à participação política, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de expressão e de reunião, à presunção de inocência etc., que devem ser garantidos por uma força pública, cuja manutenção decorre de uma contribuição dividida entre todos os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

Daí que, para garantir a manutenção de atividades básicas da administração, o Poder Público utilizava-se da cobrança de tributos revestidos de neutralidade em sua arrecadação e finalidade. Os tributos representavam o preço a ser pago para que o cidadão ficasse livre da intervenção direta do Estado nas atividades econômicas, que seria um espaço reservado apenas à iniciativa privada.

Afinal, se o Poder Público dá ao setor privado os fatores de produção, capital e trabalho, por meio da garantia de liberdade de exercício de profissão e da propriedade, há uma renúncia estatal no que tange ao seu interesse de atuar

⁶ MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, vol. 17, n. 2, maio-ago, 1997, p. 140-141.

empresarialmente. Desse modo, o Estado angariava recursos através da cobrança de impostos, isto é, por uma tributação da atividade econômica⁷.

O Estado liberal, ou mínimo, caracteriza-se por arrecadar impostos apenas para financiar as despesas de serviços tipicamente públicos, não havia pretensão estatal em redistribuir rendimentos por meio da tributação, pois a redistribuição de riqueza seria uma consequência da atuação do livre mercado sem que o Estado interferisse nessa relação.

Não obstante, a participação mínima do Estado não foi suficiente para reduzir as desigualdades econômicas que se instalavam em grandes proporções. As questões atinentes aos serviços de interesse social eram, por muitas vezes, repassadas ao setor privado sem qualquer forma de regulação ou fiscalização da atividade. Assim, o custo para a manutenção e funcionamento da máquina estatal era bastante reduzido e não dependia da arrecadação de elevada carga de tributária.

As crises econômicas das primeiras décadas do século XX, em especial, a crise decorrente da quebra da bolsa de valores de Nova Iorque (1929), representaram um marco histórico pela consequência do impacto econômico negativo e substancial em diversos países. Diante deste cenário de crescente preocupação e dos conflitos sociais que começavam a despontar, ocorreu o estopim para a realização de mudanças de paradigmas nos setores político e econômico, cujo principal aspecto cingia-se na presença de um Estado mais intervencionista.

Importante mencionar que diante deste cenário de crises, em 1936, foi publicada a obra *“Teoria geral do emprego, do juro e da moeda”*, por John Maynard Keynes, cujas principais teorias influenciaram as medidas de recuperação econômica dos EUA, sendo empreendidas pelo presidente norte-americano Roosevelt no programa governamental do *New Deal*. As ideias capitaneadas por Keynes ofereceram um claro argumento para a intervenção estatal na economia, principalmente pela utilização da política fiscal⁸.

Sem olvidar, ainda, o período conturbado vivenciado nesta época em decorrência dos conflitos bélicos em diversas partes do mundo que, somado com os outros fatores, demandava por mudanças na concepção e atuação do Estado, com o

⁷SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35.

⁸BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004, p. 576.

propósito de assegurar amplos direitos sociais e reduzir a desigualdade social-econômica agravada no período pós-guerra.

Em substituição ao contexto do liberalismo estatal, ganha força entre os países o modelo conhecido por Estado do bem-estar social (*welfare State*), ou Estado positivo, ou Estado keynesiano, com grandes referências à Constituição Mexicana de 1917 e à Carta Alemã de Weimar.

O Estado positivo deve ser capaz de atuar como planejador, produtor de bens e, em alguns casos, como garantidor de empregos. Este modelo de Estado abrange a atuação ativa do Estado na busca da justiça social e, para tanto, centraliza e amplia a estatização e a realização de serviços públicos.

Para atingir as metas de intervenção do Poder Público e garantir o bem-estar social, fez-se necessário ampliar a estrutura administrativa e a participação do Estado em diversas áreas de atuação. Destarte, este modelo estabeleceu monopólios estatais na economia, aumentou as funções administrativas, ampliou o número de leis editadas e, diante das novas atribuições, necessitou de uma ampliação das despesas públicas.

Conforme esclarece Luís S. Cabral de Moncada⁹, o Estado do bem-estar social alargou sua esfera de atuação, passando a abranger setores econômicos que até então não havia a participação pública. A intervenção do Estado¹⁰, portanto, não se restringiu apenas em fornecer serviços públicos tradicionais. Foi além. Alcançou setores não apenas sociais, mas também aqueles setores cuja participação privada detinha a atuação tradicional.

No Estado social, o papel da intervenção e regulação por meio da tributação também foi ampliado, não se limitando apenas na preocupação em arrecadar para garantir a manutenção de atividades essenciais ao funcionamento do Estado. Buscou-se, também, realizar a redistribuição da riqueza para reduzir as desigualdades sociais.

⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 5ª Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 32.

¹⁰ No Brasil, um importante marco constitucional que, expressamente, dispõe sobre a intervenção do Estado na economia, trata-se da Constituição de 1934, que contém um capítulo destinado à Ordem Econômica e Social. A título de exemplo, importante parecer de Seabra Fagundes, de 1953, pode ser mencionado sobre a intervenção estatal no mercado açucareiro. Em relação a limitação da intervenção estatal frente ao mercado, aduz o autor que a atuação do Poder Público na economia deve ser condicionada ao interesse público, à legislação vigente e ao respeito aos direitos fundamentais garantidos. (FAGUNDES, Seabra. Intervenção do Estado na Ordem Econômica: fixação de preço do açúcar. Revista Forense, maio/jun., 1953, p. 68).

Por oportuno, destaca-se interessante remate lançado por Saldanha Sanches que, ao abordar o processo da regulação social por meio do fornecimento de serviços públicos, aduz que a justiça na distribuição de recursos econômicos detém o mesmo grau de importância, pois quando uma pessoa utiliza gratuitamente um serviço público, o Estado está concedendo um rendimento em espécie que foi redistribuído da esfera patrimonial dos contribuintes de maior capacidade econômica¹¹.

O serviço público fornecido pelo Estado, certamente, evidencia-se como antigo instituto do direito administrativo. Não se podendo esquecer que a doutrina francesa contribuiu bastante na elaboração da teoria tradicional do serviço público. Para a corrente sociológica desenvolvida pela Escola de Serviço Público de Bordeaux, cujo principal integrante nos remete à León Duguit, o Estado não seria caracterizado apenas por atos típicos da soberania, pois a atuação estatal também estaria vinculada ao dever de prestação de um serviço público, sendo este constituído por um “núcleo prestacional consistente não num plexo de prerrogativas, mas num conjunto de deveres de provimento das necessidades afetas à coesão social”¹².

Por meio do advento do Estado do bem-estar social, que despontava neste período, a noção tradicional de serviço público consolidou-se ainda mais mediante os ensinamentos de Gastón Jèze, também pertencente à Escola de Bordeaux. Para ele, quando estivermos diante de uma atividade econômica reconhecida como serviço público, esta deve ser regida por um único regime especial de direito público (*publicatio*) voltado à sua execução. Desse modo, o instituto jurídico dos serviços públicos deve ser composto pelas seguintes prerrogativas: (a) a titularidade do serviço público é exclusiva do Estado; (b) vedação de sua prestação em regime de liberdade (livre mercado), apenas permitindo a sua prestação pelos particulares que recebessem uma delegação estatal específica; (c) sujeição de todos os concessionários ao regime jurídico único que será pautado por prerrogativas de direito público¹³.

¹¹SANCHES, Saldanha. Justiça fiscal. Lisboa: FFMS, 2010, p. 14-15.

¹²MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 18.

¹³ MARQUES NETO; FREITAS, op. cit., p. 19.

Em meados da década de 1980, entretanto, diferentes fatores contribuíram de modo gradual e com aspectos distintos para o abrandamento do Estado do bem-estar social. Nos países industrializados, a crise fiscal, provocada pelos elevados gastos públicos, agravou as divergências entre o Poder Público, empresários e trabalhadores, que almejavam assegurar os direitos conquistados. A partir de então, desenvolve-se uma concepção de remodelagem da atuação do Estado, baseada na necessidade de descentralização das atividades, reduzindo a estrutura administrativa para diminuir as despesas públicas.

A descentralização governamental advém, em grande parte, do movimento estruturado no Reino Unido, denominado de *New Public Management (NPM)*. Tal tendência visava modernizar a organização administrativa através da adaptação e transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, objetivando a redução do tamanho da máquina administrativa para dar ênfase no aumento de sua eficiência¹⁴.

Somada à reforma administrativa, também ocorre um novo paradigma relativo à participação do Estado no setor econômico, circunstância esta que dá origem ao modelo conhecido como Estado regulador, garantidor¹⁵, ou neoliberal, caracterizado, principalmente, pelos fenômenos da privatização¹⁶, desregulação e liberalização¹⁷.

Como bem observa Giandomenico Majone¹⁸, o fenômeno da desregulação é relacionado aos meios tradicionais de regulação e controle que, diante da pressão econômica, tecnológica e ideológica, foram modificados completamente. Segundo o

¹⁴PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. *Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro*. Organizações & Sociedade, Salvador, v. 15, n. 46, p. 39-55, Set. 2008.

¹⁵ A nomenclatura “Estado garantidor” foi atribuída em decorrência do debate europeu, especialmente na Alemanha, que estabeleceu parâmetros para o “*Gewährleistungsstaat*”, cuja principal característica era garantir a concorrência e o livre mercado, abstendo-se de interferir nas atividades econômicas e, em regra, não restringindo o acesso ao exercício de profissões.

¹⁶ O aumento da criação de empresas estatais alude ao século XIX, em grande parte, diante da ampliação do fornecimento de serviços públicos essenciais, principalmente, aqueles relacionados aos setores que são monopólios naturais, tais como a área da eletricidade, gás, água, ferrovia, telefonia etc. A propriedade pública destas empresas permitia ao Estado exercer um planejamento da economia, com a finalidade de atender ao interesse da coletividade. Entretanto, a privatização das empresas estatais nos remete para um novo modelo de controle dos serviços públicos, as atividades são executadas pela iniciativa privada, mas estas devem ser submetidas às normas de regulação elaboradas por autarquias especiais, que devem estabelecer atos normativos compatíveis com o interesse público.

¹⁷ A liberalização representa um complemento da privatização, ocorrendo através da supressão de monopólios, com o intuito de garantir a abertura à concorrência de mercado para importantes setores econômicos.

¹⁸ MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, vol. 17, n. 2, maio-ago, 1997, p. 143.

autor, na prática, a desregulação¹⁹ não deve ser compreendida como um retorno à situação de *laissezfaire* do Estado liberal, mas, ao contrário, é preciso que exista uma adaptação entre a desregulação e a nova regulação, compreendida em novos aspectos de governança pública.

Ademais, Paulo Otero também deixa claro que é possível afirmar que a intervenção do Estado não é hoje tão reduzida em comparação com o que era antes da liberalização econômica: apenas, ela é exercida de forma diferente. O autor, nas palavras que seguem transcritas, destaca esta perspectiva ao afirmar que:

Se o desenvolvimento do Direito Administrativo nos últimos vinte anos tem mostrado uma redução do papel económico do Estado na produção directa de bens e na prestação de serviços, falando-se na rotura do “compromisso keynesiano” do “Estado-providência” e num processo de liberalização, o certo é que, todavia, e algo contraditoriamente, isto não tem significado uma redução do intervencionismo regulador do Estado, antes se registou, muito pelo contrário, um crescimento da regulação jurídica da economia: a liberalização fez o “Estado prestador” converter-se em “Estado regulador”²⁰.

Não obstante a tendência da liberalização econômica existente neste período, o Poder Público adquire importantes instrumentos para a intervenção reguladora do mercado: a criação de entes reguladores independentes, com o propósito de combater a formação de monopólios e oligopólios, defendendo as regras da concorrência; bem como através de outros mecanismos regulatórios para mitigar as falhas de mercado. São atribuídas funções ao Poder Público para atuar como agente normativo, supervisor da qualidade das atividades econômicas desenvolvidas e, também, aplicador de sanção às infrações cometidas.

A esse respeito, Christopher Hood e Oliver James aduzem que a mudança de um governo direto para o indireto representa o cerne do Estado regulador. Para os autores, a face interna do Estado regulador é revestida das seguintes características: a) descentralização e regionalização da Administração Pública; b) delegação da responsabilidade e execução de serviços públicos para o setor

¹⁹ Giandomenico Majone argumenta que a desregulação também pode significar uma regulação menos rígida, mas que seja apta para garantir o cumprimento de objetivos regulatórios por meio de métodos mais simplificados. O autor menciona o exemplo da regulação ambiental no momento em que são substituídos padrões ambientais de conduta por formas de cobrança relacionadas com a poluição acarretada pelo particular. Esta medida, por certo, não elimina a existência de uma regulação ambiental, apenas altera os instrumentos de política pública adotada. (MAJONE, op. cit., p. 143).

²⁰OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301.

privado; e c) criação de entidades independentes, ou seja, entes não ministeriais, para atuar fora da interferência do Poder Executivo²¹.

Interessante comparação é realizada por Giandomenico Majone em relação as formas de atuação dos modelos do Estado positivo (*welfare State*) e do Estado regulador e os efeitos acarretados quando o Poder Público intervém por meio de políticas fiscais ou por meio da criação de normas regulatórias. Para o autor, o grande ponto de distinção refere-se ao fato de que a regulação normativa e operacional tem um impacto reduzido no orçamento do Estado, enquanto os programas de despesas diretas devem ser determinados por dotações orçamentárias, dependem do nível de receitas tributárias para sua efetivação. Os custos da elaboração de normas regulatórias, por conseguinte, não seriam absorvidos pelo Estado, mas sim por aqueles que devem obedecer à regulação²².

Neste contexto, Majone exemplifica alguns casos práticos sob a ótica da União Europeia²³. A título de comparação, entre 45% a 50% da riqueza produzida pelos Estados-membros da UE são gastos pelos governos locais, o orçamento é bastante rígido, pois mais de 50% do total das dotações são consideradas como despesas obrigatórias. Os recursos disponíveis para investimentos são insuficientes para permitir a adoção de políticas públicas em grande escala, principalmente, em políticas industriais, programas de bem-estar social e de criação de empregos, pesquisa ou inovação tecnológica²⁴.

Portanto, no Estado regulador, o cenário político é modificado para suprimir gradativamente a intervenção econômica direta, que ocorria por meio de processos orçamentários, passando a implantar uma abordagem de intervenção indireta fundada no processo regulatório operacional e normativo.

A regulação operacional ocorre mediante a outorga para a iniciativa privada, ou às empresas estatais, para que executem determinadas atividades de interesse público. Por outro lado, a regulação normativa cinge-se no poder regulamentar, em

²¹HOOD, Christopher; JAMES, Oliver. *Regulation inside British government: the inner face of the Regulatory State?*, Discussion Paper n.1. London: Department of Government, London School of Economics, 1996, p. 35.

²² MAJONE, op. cit., p. 148-49.

²³ O artigo científico elaborado por Giandomenico Majone nos remete ao ano de 1997, na conjuntura da União Europeia. Entretanto, a situação de crise fiscal é tema bastante atual em diversos países, pois representa um cenário de limitação orçamentária, repercutindo na elaboração de políticas públicas que importem em novas despesas.

²⁴ MAJONE, op. cit., p. 150.

setores estratégicos da economia, que são definidos pelo Poder Público, compreendendo as atividades normativas, fiscalizatórias e sancionatórias.

Consoante Fernando Herren Aguilar²⁵, é possível existir cenários onde há uma regulação concentrada normativamente ao mesmo tempo em que subsista uma regulação desconcentrada operacionalmente. Também, há hipóteses de regulação desconcentrada em ambos os aspectos, isto é, normativo e operacional²⁶.

No cenário regulatório brasileiro, a partir da década de 1990, o país passou por uma reforma em sua organização administrativa e, sobretudo, na sua participação direta em determinados setores econômicos. As emendas à Constituição nºs 5, 6, 8 e 9, todas do ano de 1995, tornaram-se responsáveis pela flexibilização dos monopólios estatais e, também, ampliaram a abertura do mercado interno à participação estrangeira em importantes atividades econômicas do país.

A título de exemplo, a emenda constitucional nº 5 alterou a redação do art. 25, §2º, da CRFB/88, para permitir aos Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado onde, outrora, só poderia haver a concessão para empresas sob o controle estatal. Ainda, em sentido semelhante, a emenda à Constituição nº 9 flexibilizou o monopólio estatal, previsto pela antiga redação do art. 177, §1º, da CRFB/88, permitindo que a União também realize a contratação com empresas privadas para as atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo nacional ou estrangeiro; e a importação, exportação e transporte dos produtos derivados e básicos do petróleo²⁷.

Acrescenta-se, agora sob a perspectiva da legislação infraconstitucional, a edição da Lei nº 8.031/90, instituidora do Programa Nacional de Desestatização

²⁵ AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5. Ed. São Paulo: Altas, 2016, p. 85.

²⁶ Como bem apontado por Fernando Herren Aguilar, o grau de concentração regulatória reflete a confiança maior ou menor do Estado para que os interesses públicos sejam alcançados mediante outorga de liberdade à iniciativa privada. A ampla liberdade de iniciativa, ou seja, o controle pela desconcentração, revela que os fins do Estado, em tese, podem ser alcançados plenamente apenas com a ação do setor privado. No entanto, em um cenário de grande concentração regulatória fica denotada uma relativa falta de confiança na iniciativa privada para que, espontaneamente, consiga alcançar o interesse público. (AGUILAR, op. cit., p. 84).

²⁷ Com o intuito de complementar a explicação sobre as alterações derivadas das emendas constitucionais, ainda que concisamente, a EC nº 6 foi responsável por suprimir o art. 171 da Constituição que estabelecia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga de proteção, benefícios especiais e preferências. Esta emenda também modificou o art. 176, *caput*, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Por fim, a EC nº 8 modificou os incisos XI e XII do art. 21 da CF/88, permitindo à União a concessão às empresas privadas a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiofusão sonora e de sons e imagens.

(PND), responsável por modificar profundamente a participação direta do Estado na economia. De início, as empresas públicas que atuavam nos setores siderúrgico, petroquímico, metalúrgico, energia, telecomunicações, rodovias e ferrovias, foram privatizadas e, posteriormente, ocorreu a outorga do serviço público. Não obstante, em 1997, a então vigente Lei nº 8.031/90 foi revogada pela Lei nº 9.491/97, que alterou procedimentos relativos ao PND.

Entre os principais objetivos instituídos pela política nacional de desestatização, se verifica a finalidade de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades anteriormente exploradas pelo ente público; a contribuição para a reestruturação econômica, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública; e permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental.

Todavia, somado à menor intervenção direta do Estado na economia, foram acrescentados mecanismos de gestão, controle, fiscalização e regulação dos serviços públicos delegados e daqueles considerados essenciais para a proteção social e o adequado funcionamento do mercado brasileiro.

É neste cenário que ocorre, concomitantemente, a reestruturação da Administração Pública. O então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Min. Luiz Carlos Bresser-Pereira, em 1995, elaborou o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, cuja principal finalidade trata-se da demarcação dos setores do Estado através da divisão em quatro áreas estruturais: (I) núcleo estratégico; (II) atividades exclusivas; (III) serviços não exclusivos; e (IV) produção de bens e serviços para o mercado.

O núcleo estratégico corresponde ao setor do governo em sentido amplo, onde os agentes e os órgãos responsáveis pelo planejamento e formulação de políticas públicas estariam inseridos. Em seguida, encontra-se o setor de atividades exclusivas, que é responsável pelo fornecimento de atividades em que apenas o Estado estaria apto a realizar, tais como a competência regulamentar, a fiscalização e o fomento. O setor de serviços não exclusivos situa-se no âmbito de atuação simultânea entre o Estado e o setor privado, desse modo, não envolvem as prerrogativas do Poder Público, abrangendo as áreas inerentes à educação, à saúde, à cultura e à pesquisa científica. Por fim, o setor de produção de bens e serviços para o mercado insere-se nas atividades econômicas destinadas a

obtenção de lucro e de atuação do setor privado, salvo exceções que conferissem a essencialidade da atuação estatal²⁸.

2.2 Teorias da regulação

O fenômeno da regulação econômica estatal é bastante complexo. Desde há muito tempo, os doutrinadores debruçam-se no desenvolvimento de diversas teorias, principalmente, os cientistas políticos, economistas e juristas. As teorias estão em constante aperfeiçoamento dos seus fundamentos teóricos e empíricos, o debate acadêmico, por certo, é bastante ramificado.

Daí que se demonstra fundamental analisar as teorias que, apesar de se originarem em solo estrangeiro, contribuíram para a formação do estudo da regulação econômica no Brasil, influenciando as searas jurídica, econômica e política.

Como ponto de partida, há de se destacar a Teoria do Interesse Público, pois cinge-se como uma das mais antigas teorias da regulação do Estado no mercado. Para esta escola doutrinária, a regulação surgiu como uma resposta aos conflitos existentes entre o setor econômico privado e o interesse público.

James C. Bonbright²⁹, Gardiner C. Means³⁰ e Kenneth Culp Davis³¹, adeptos à teoria do interesse público, defendem que os mercados são frágeis, ineficientes e passíveis de existirem abusos do poder econômico por sua própria natureza. Dessa forma, o Estado deve agir para limitar os comportamentos econômicos indesejáveis, sobrepondo o interesse público ao interesse privado. É o interesse público que determina o grau de concentração regulatória no controle da economia pelo Estado.

Esse traço também é destacado por Richard Posner³², ao aduzir que as ações regulatórias do Estado são identificadas diante de injustiças de mercado, comumente chamada pela doutrina de falhas de mercado, sendo esta a razão pela

²⁸BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*, 1995, p. 41-42. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 2 de novembro de 2019.

²⁹BONBRIGHT, James C. *Principles of Public Utility*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1961.

³⁰BONBRIGHT, James C.; MEANS, Gardiner C. *Holding Company: Its Public Significance and Its Regulation*. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Co., 1932.

³¹DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law*. St. Paul: West Publishing Company, 1951.

³²POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, vol. 5, n. 2, 1974, p. 335.

qual o mercado deve ser regulado para operar de forma efetiva em proveito do interesse público.

As falhas de mercado podem ser compreendidas, segundo Robert Baldwin, como uma situação na qual a alocação dos bens e serviços não é eficiente por alguma razão. Desse modo, o mercado não irá ter o comportamento ou produzir o melhor resultado esperado³³.

Exemplificativamente, o mercado torna-se falho quando produz: elevados custos de transação; externalidades negativas; assimetrias de informação; e, ainda, ao estabelecer monopólios de setores econômicos que inibem a competitividade e o sistema de preços.

Os custos de transação ocorrem, comumente, diante de três situações: (I) despesas resultantes da procura e obtenção de informações (fase pré-negocial); (II) dispêndios diretos para redação do contrato (fase negocial); (III) custos das condutas ineficientes que possam existir como decorrência da complexidade e incompletude contratual, submetendo à disputa judicial ou arbitral para solucionar o litígio (fase pós-negocial)³⁴.

Os elevados custos de uma negociação são responsáveis por agravar as ineficiências do mercado, haja vista que os mercados não alcançam resultados eficientes quando o excedente econômico da transação, isto é, o proveito econômico que cada parte irá auferir, for menor que os custos de transação explícitos ou implícitos. Diante de custos de transação excessivos, não se demonstra vantajoso para os agentes econômicos a celebração do contrato, ocasionando menos transações no mercado do que o nível eficiente para garantir o bem-estar social.

Interessante, por oportuno, o entendimento exposto por Ronald Coase que, ao analisar a temática dos custos de transação, entende que o problema é uma consequência da indefinição dos direitos de propriedade, mas não de uma necessária intervenção direta estatal. O autor, adotando certo pragmatismo em sua pesquisa, afirma que para reduzir os custos de transação se faz necessário que os direitos de propriedade sejam bem definidos, revestidos de densidade suficiente, e determinados pela lei, para permitir que as negociações alcancem uma alocação eficiente do bem-estar social. Em uma hipotética situação onde não exista qualquer

³³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 30.

³⁴ TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

custo de transação, considerando um fortalecimento do direito de propriedade, Ronald Coase defende que as demais imperfeições do mercado poderiam ser solucionadas diretamente pelas partes negociantes³⁵.

Prosseguindo, uma segunda hipótese típica de falhas de mercado são as externalidades negativas. Estas ocorrem quando a ação ou omissão de um agente econômico acarreta prejuízo para a coletividade. No entanto, o dano produzido é socializado externamente, não acarretando qualquer dever de ressarcimento ou mitigação do prejuízo pelo causador do dano.

São considerados como exemplos notórios de externalidades negativas as poluições das águas, do ar e a sonora realizadas por empresas. Em um cenário de completa ausência regulatória, os danos afetarão toda a sociedade sem que, de fato, o custo social acarretado seja internalizado financeiramente pelo agente econômico infrator.

Em complemento, também há falha de mercado quando existir situações de assimetria informacional, que ocorre quando as informações essenciais entre os envolvidos numa negociação não são distribuídas de forma proporcional, permitindo que uma das partes obtenha maior vantagem na relação.

Assim, frequentemente, é possível constatar situações de assimetria informacional no âmbito da relação entre a agência reguladora e o setor regulado. Por exemplo, nos casos em que determinadas empresas agem de forma a dificultar o acesso aos dados que permitam com que o ente regulador constitua uma base transparente de informações sobre o setor regulado, com a intenção de estabelecer parâmetros precisos em relação ao nível necessário de intervenção regulatória.

Não obstante, as informações assimétricas repercutem na sociedade ao reduzir sua capacidade de escolha, diante da deficiência dos dados colhidos acerca do serviço fornecido, bem como em relação aos preços que se tornam distorcidos, principalmente, em situações de concessão de serviço público e a tarifa cobrada ao usuário que não corresponderá um valor socialmente justo.

Daí que, numa relação contratual, são verificados dois problemas específicos originados por uma informação assimétrica: a seleção adversa e o risco moral.

³⁵ RONALD, Coase. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, vol. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

O aprofundamento doutrinário da seleção adversa pode ser atribuído à pesquisa de George Akerlof³⁶, desenvolvida em 1970, que tratou sobre o mercado de carros usados e os impactos que a assimetria de informação pode ocasionar quando o comprador seleciona a proposta que julga ser mais vantajosa, de acordo com preço ofertado.

Para George Akerlof, o comprador de um veículo, diante de uma seleção adversa, considerando que não dispõe de informações prévias ou de conhecimento técnico suficiente, buscará barganhar descontos para aquisição do bem. Por outro lado, os vendedores não conseguirão manter preços reduzidos para os automóveis mais conservados, sendo preciso nivelar para baixo os preços e, conseqüentemente, aqueles que não conseguirem precificar o custo real do seu produto, tenderão a sair do mercado e permanecer com o bem. Tal fato, segundo expõe o autor, contribuirá para que os melhores automóveis saiam do mercado até que, em certo momento, restarão apenas os bens de pior qualidade³⁷.

Por sua vez, o risco moral, conforme exposto por Luciano Benetti Timm³⁸, ocorre quando uma parte obtém incentivos para modificar a sua conduta após a celebração de um contrato, a ponto de torná-la prejudicial à outra parte, sem que esta possa evitar, ou até mesmo conhecer, diante de um contexto de informações assimétricas.

Com efeito, o risco moral pode ser compreendido por meio da Teoria do Agente-Principal³⁹, utilizada bastante na análise de instrumentos regulatórios e na celebração de contratos. Neste modelo, o principal delega uma atividade para o agente, que possui uma vantagem informacional no seu mercado de atuação. Porém, quem delegou a função não tem como aferir, de início, o nível de esforço que será desempenhado pelo agente para alcançar o resultado pretendido.

O modelo Agente-Principal surgiu, inicialmente, no contexto do estudo comportamental das relações entre empregadores e empregados, bem assim entre empresas que colaboram entre si em atividades de representação. O dilema central do problema Agente-Principal consiste em analisar como o agente ou o principal irá

³⁶ Akerlof tornou-se vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 2001 pela sua contribuição no estudo das informações assimétricas.

³⁷ AKERLOF, George Arthur. The Market for 'Lemons': quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. The MIT Press, v. 84, nº 3, p. 488-500, 1970.

³⁸ TIMM, op. cit., p. 167.

³⁹ LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 46-48.

atuar quando um deles possuir vantagem informacional sobre o outro, em decorrência de um problema de assimetria de informações.

Marcos Nóbrega, ao analisar a assimetria de informação em um contexto de risco moral, afirma que nesse tipo de situação as ações do principal (P) e do agente (A) se desenvolvem através da sequência: 1) (P) desenha o contrato; 2) (A) aceita ou rejeita o contrato ofertado; 3) (A) aplica um nível de esforço não observável por (P); 4) existe um estado de natureza⁴⁰ (N); 5) advém o resultado e a recompensa do negócio celebrado⁴¹.

No âmbito da atividade da Administração Pública, observa-se a ocorrência do risco moral nos casos de contratos de infraestrutura cujo resultado pretendido não seja capaz de ser analisado corretamente, sem adequados critérios de avaliação de desempenho; bem como, se o controle interno e externo for frágil, o agente não despenderá o esforço necessário para alcançar o melhor resultado no fornecimento do serviço. Por conseguinte, o nível de esforço realizado pelo agente não é mensurável pela Administração Pública, através dos mecanismos de controle, ou pelo poder judiciário⁴².

Em arremate, dando continuidade à análise das falhas de mercado, depreende-se que os monopólios de setores econômicos também são caracterizados como uma imperfeição de mercado, devendo ser submetido à regulação estatal para coibir práticas abusivas e desleais. É inconteste que o monopólio privado é danoso.

Tanto é que o monopolista de determinado setor econômico poderá ofertar o seu produto ao maior preço – o valor máximo⁴³, no entanto, depende diretamente de diversos fatores, tais como exclusividade e a possibilidade de substituição do bem –, pois nenhum concorrente poderá capturar seus clientes ou oferecer um produto idêntico por um preço melhor.

⁴⁰ Nessa linha, argumenta o autor, ainda existirá um “estado de natureza” que também repercutirá na atuação do agente, podendo ocorrer diante de situações como a baixa fiscalização do Poder Público, ou uma diminuição do crescimento econômico e do retorno financeiro esperado pela negociação.

⁴¹ NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 111.

⁴² NÓBREGA, op. cit., p. 112.

⁴³ A elasticidade-preço corresponde a divisão entre a variação percentual da quantidade demandada pela variação percentual do preço. Sendo importante, também, considerarmos pontualmente o produto ofertado pelo monopolista no que diz respeito à elasticidade da demanda, ou seja, a demanda é inelástica quando a quantidade demandada não é reduzida diante de alterações no preço. Por outro lado, uma demanda elástica ocorre quando a quantidade demanda é intensamente impactada quando os preços são alterados.

Em outras palavras, o monopólio permite com que o fornecedor exclusivo possa, diante da inexistência de concorrência, diminuir a produção de um bem para alcançar patamar abaixo do que deveria ser oferecido em ampla concorrência, acarretando a elevação dos preços por conta da alta demanda de consumo. Em um mercado desregulado, por certo, o objetivo do monopolista é a maximização do lucro, considerando a sua posição dominante.

O detentor de monopólio se encontra em posição vantajosa, haja vista a possibilidade deste alcançar rendas inacessíveis aos que operam em regime de concorrência. Em verdade, o ônus recairá sobre os consumidores, principalmente aqueles em situações de exclusão do acesso ao produto, por conta dos altos preços praticados e, também, sobre aqueles que pagarão mais caro para aquisição do bem. Dessa forma, haverá uma transferência de parte do excedente do bem-estar social ao fornecedor monopolista⁴⁴.

O agente econômico também poderá simular ou incentivar uma situação de monopólio quando: a) atua para estabelecer barreiras à entrada de novos fornecedores; b) abusa do poder econômico e da concentração de mercado, se utilizando de práticas desleais, tais como: a venda casada, o *dumping* econômico, com a finalidade de retirar os pequenos competidores; e c) realiza a concentração de empresas, fusões ou aquisições entre grandes empresas, com o intuito de tornar-se ainda mais dominante em determinado setor econômico.

De igual forma no que se refere à prejudicialidade, as barreiras de entrada contribuem para o surgimento de oligopólios. Surge uma concorrência reduzida, basicamente, constituída por um nicho do mercado que impedirá a entrada potencial de nova concorrência. O surgimento de cartéis, que consiste numa coordenação ilícita entre um grupo econômico para divisão do mercado e fixação dos preços, representa uma nociva falha de mercado.

Não se pode olvidar, no entanto, que a Teoria do Interesse Público, caracterizada pela regulação estatal diante das falhas de mercado, também se mostrou suscetível a críticas pela doutrina. Tanto é assim que Richard Posner acentua que a regulação não estaria necessariamente relacionada à presença de externalidades, ou ineficiências, ou estruturas monopolistas de mercado.

⁴⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110.

Para o autor, a teoria clássica da regulação deixa de considerar importantes evidências em relação às consequências socialmente indesejadas da regulação que, por vezes, são almejadas por pequenos grupos bem organizados para influenciar a elaboração favorável do sistema regulatório. Richard Posner expõe que o conceito de um governo como instrumento sem custos e efetivo na correção das falhas de mercado não são justificativas inquestionáveis diante das situações concretas⁴⁵.

Cotejando uma perspectiva pragmática, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau argumentam que, independentemente da existência de uma falha de mercado, uma transação pode não se perfazer por conta de condições normais de escassez. Os autores citam, como exemplo, um questionamento: o fato de que os filmes franceses são menos vistos nos cinemas, na França, do que os filmes norte-americanos, representa alguma falha de mercado, ou representaria, basicamente, o interesse dos consumidores franceses pelos filmes estrangeiros? A necessidade de intervenção estatal por meio da regulação, por si só, não pode ser analisada através de elementos que caracterizem abstratamente uma falha de mercado. Assim, os autores concluem que as falhas de mercado, sem o devido estudo empírico dos seus impactos, não são suficientes para estabelecer a obrigatoriedade de intervenção estatal⁴⁶.

Nesta linha de raciocínio, Richard Zerbe Jr. e Howard McCurdy também tecem críticas à ideia de falhas de mercado como elemento justificante da regulação estatal, pois a questão da intervenção regulatória é amplamente empírica e não teórica. Os autores levam a efeito, por meio das palavras precisas de Richard R. Nelson⁴⁷, que "não há teoria normativa satisfatória a respeito de papéis apropriados do governo em uma economia mista". Nenhuma teoria é apta a abranger a variedade de arranjos institucionais que as pessoas podem desenvolver para solucionar problemas coletivos. Daí que o conceito clássico da regulação, referente as falhas de mercado, não é inerentemente empírico, de modo que não fornece respostas para perguntas empíricas⁴⁸.

Todavia, a elaboração de estudos empíricos é, por vezes, revestida de complexidade, desarmonia de procedimentos, e pode demandar bastante tempo

⁴⁵ POSNER, op. cit., p. 335-336

⁴⁶ MACKAAY; ROUSSEAU, op. cit., p. 124-125.

⁴⁷ NELSON, Richard. Roles of Government in a Mixed Economy, *Journal of Policy Analysis and Management*, Wiley-Blackwell, Nova Jersey, vol. 6, n. 4, p. 556, 1987.

⁴⁸ ZERBE JUNIOR, Richard O.; MCCURDY, Howard E. The Failure of Market Failure, *Journal of Policy Analysis and Management*, Wiley-Blackwell, Nova Jersey, vo. 18, n. 4, p. 570, 1999.

para fornecer um resultado. A dificuldade para concluir as pesquisas empíricas, de modo a estabelecer parâmetros concretos para os casos em que a regulação estatal seja necessária, segundo as lições de Richard Zerbe Jr. e Howard McCurdy⁴⁹, ajuda a explicar por que o modelo estático oferecido pelo conceito de falhas de mercado, embora mal concebido, se provou tão difundido.

O passar do tempo fez com que a doutrina também desenvolvesse diferentes abordagens sobre o estudo de modelos regulatórios que, de certo modo, carregam certa ligação com a Teoria do Interesse Público.

Relevante, neste momento, tratar sobre a Teoria da Falha Regulatória⁵⁰ que, embora vincule a atividade regulatória para corrigir as falhas de mercado, os teóricos apontam que a defesa do interesse público estaria relacionada à sua origem, finalidade, mas não ao seu desenvolvimento.

Conforme expõe Giovani R. Loss, ao analisar a Teoria da Falha Regulatória, o desenvolvimento da regulação, ou seja, o seu aspecto procedimental, pode levar à deturpação dos fundamentos do interesse público, sendo constatada pela falta de eficiência; ausência democrática no processo decisório; e os entreves burocráticos internos dos órgãos reguladores. A deturpação do interesse público, portanto, se daria por meio dos chamados modelos de influência que, em regra, são caracterizados por três tipos: o instrumental, o estrutural e o da captura⁵¹.

O aspecto instrumental tem como propósito retratar a deturpação do interesse público em fatores individuais, bem assim a troca de profissionais entre as agências e o setor privado, assim como o inter-relacionamento entre o interesse público e privado.

A característica estrutural está relacionada à organização das agências, haja vista que estas são compostas, em seus cargos mais elevados, através de indicações políticas, estando sujeitas à interferência dos regulados na escolha das indicações dos dirigentes e, por conseguinte, na criação de normas regulatórias favoráveis aos interesses do mercado.

⁴⁹ ZERBE JUNIOR; MCCURDY, op. cit., p. 571.

⁵⁰ Em relação ao desenvolvimento da teoria na doutrina estrangeira, é possível mencionar a pesquisa publicada na obra *Water Supply: Economics, Technology and Policy*, de 1960, p. 74-82, pelos autores Jack Hirshleifer, James C. Heaven e Jerome W. Milliman, bem como as produções acadêmicas de Richard Posner: *Regulation of Advertising by FTC*, de 1973, e *Natural Monopoly and Its Regulation*, de 1999.

⁵¹ LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 114-115.

Destarte, o modelo da captura considera o ente regulador como passível de ser influenciado pelo setor privado. Os reguladores capturados adotariam uma postura tendente a favorecer, gradativamente, os interesses individuais de um grupo, contrapondo-se às medidas que melhor atendam a sociedade.

Ponto de grande importância no estudo da captura dos entes reguladores cinge-se na classificação desenvolvida por Marver Bernstein, no que diz respeito ao ciclo de vida das agências.

Bernstein defende que as agências reguladoras podem ter um ciclo de vida que, considerando pequenas variações e características particulares, tendem a se repetir por diversas ocasiões em períodos de crescimento, maturidade e declínio para determinar o ciclo de vida do ente regulador⁵².

De forma mais detalhada, o ciclo de vida da agência pode ser subdividido em quatro fases: gestação, juventude, maturidade e velhice. O tempo em que a agência permanece em cada fase é variável, existindo, também, situações em que a agência reguladora pode avançar imediatamente para uma fase subsequente, ou seja, algumas podem manter a característica da juventude por bastante tempo, enquanto outros entes reguladores envelhecem rapidamente sem, contudo, demonstrar as características do ciclo da juventude regulatória.

A fase da gestação do ente regulador decorre de conflitos e tensões prévias entre setores da sociedade, ou uma crise econômica de grande proporção, acarretando o surgimento de grupos organizados, com o propósito de reivindicar uma regulação governamental e impulsionar a criação de agência reguladora para expedir atos normativos. Uma agência reguladora é criada no momento em que o Poder Legislativo também dispõe de interesse na resolução dos problemas a serem enfrentados pela agência.

No entanto, Marver Berstein pondera que a lei, de início, identificará os problemas e os limites de atuação do ente regulador. Esta etapa ocorrerá somente após a intensificação dos conflitos. Daí que, com um quadrante normativo de baixa densidade, a legislação inicial de gestação de uma agência reguladora pode apresentar um enfoque apenas na erradicação de abusos entre os envolvidos no setor regulado, partindo do pressuposto que, ao eliminar os abusos de atuação, o

⁵² BERNSTEIN, Marver. *Regulation business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955, p. 74.

ente regulador será capaz de restabelecer a harmonia entre os interesses públicos e privados⁵³.

Em sequência, a juventude da agência reguladora é caracterizada pela inexperiência administrativa, as políticas regulatórias setoriais são vagas e uniformes, assim como a limitação do seu campo de atuação e normatização não é bem definida pela lei que à instituiu. Por outro lado, os grupos setoriais regulados encontram-se mais organizados, fortes e com interesses próprios para se defender diante da atuação da agência. Diante dos conflitos subsistentes, as agências enfatizariam o seu poder de polícia e o cumprimento dos seus objetivos e responsabilidades que motivaram a sua criação pelo Poder Legislativo.

Se a agência estiver atuando de acordo com o interesse público, ela contará com o apoio dos Poderes Executivo e Legislativo. O suporte político tem um papel imprescindível para a atuação substancial da agência, com a finalidade de moldar o setor regulado. No entanto, o apoio dos agentes políticos não será permanente, subsistirá até que o interesse político, rapidamente cambiável pelas circunstâncias econômicas e sociais, permaneça dando guarida as medidas adotadas pela agência⁵⁴.

Com a maturidade da agência, o espírito combatente e atuante desaparece do cenário regulatório e o agente regulador se ajusta aos conflitos entre as partes interessadas, passando a depender cada vez mais de procedimentos burocráticos estabelecidos no âmbito regulatório. Nesta fase, as funções regulatórias são menos relacionadas ao poder de polícia para se tornarem mais procedimentais, sendo comparada por Marver Bernstein⁵⁵ como a atividade de gerência de uma empresa.

A abordagem e a atuação do processo regulatório começam a se aproximar de modelos de gestão de negócios. Desse modo, a agência reguladora é inserida como parte essencial do sistema industrial, se preocupando mais com a saúde geral da indústria e tentando evitar alterações normativas que a afetem de forma negativa.

Marver Bernstein ressalta que a característica mais marcante de uma agência reguladora madura é o crescimento de uma passividade que beira a apatia, há um propósito de evitar conflitos e de ter boas relações com os grupos regulados. O ponto crítico do período de maturidade do ente regulador é marcado pela captura da

⁵³ BERNSTEIN, op. cit., p. 75-78.

⁵⁴ BERNSTEIN, op. cit., p. 79-83.

⁵⁵ BERNSTEIN, op. cit., p. 86-88.

agência. Politicamente isolada, sem uma base firme de apoio público, letárgica em atitude e abordagem, envolvida por procedimentos burocráticos e atrasos, sem suporte em suas demandas por recursos humanos e financeiros, a agência reguladora se torna capturada⁵⁶.

O ciclo de vida de uma agência reguladora finda com a última fase: a velhice. Nesta etapa, a sobreposição de interesses com o setor regulado se torna recorrente a ponto de não permitir com que o ente regulador consiga se mobilizar contra os grupos regulados. Assim, sua principal atividade cinge-se em garantir a manutenção do *status quo* do setor e sua própria condição de regulador setorial.

Características de vetustade da agência reguladora também incluem a má administração e o questionamento em relação ao real cumprimento dos objetivos regulatórios. É possível destacar que o envelhecimento da agência está inserido em um contexto de fracasso dos objetivos regulatórios em acompanhar as mudanças tecnológicas, econômicas e a mutação do interesse público. Os objetivos regulatórios da agência não são mais significativos e adequados, tornam-se incapazes de garantir uma revisão progressiva das políticas regulatórias⁵⁷.

Esmerado ao tema da regulação econômica, George Stigler propôs uma diferente perspectiva para a atividade regulatória através de artigo "*The theory of economic regulation*", publicado em 1971, ao comparar a atividade regulatória por meio de duas premissas. A primeira premissa aduz que a regulação seria um bem sujeito às tendências da oferta e demanda do mercado, ou seja, a demanda de grupos de interesses e a oferta dos reguladores. A segunda premissa remete a ideia de que a teoria dos cartéis pode facilitar a compreensão e identificação das curvas de oferta e demanda em matéria regulatória⁵⁸.

Para o autor, a finalidade central da teoria da regulação econômica consiste em justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação se materializará e quais os efeitos desta sobre a

⁵⁶ BERNSTEIN, op. cit., p. 90.

⁵⁷ Marver Berstein ressalta que é improvável que o período da velhice da agência reguladora termine até que algum escândalo ou um contexto de emergência torne evidente o fracasso da regulação e a necessidade de redefinir os objetivos regulatórios e as políticas públicas. Por fim, para o autor, se uma nova agência for criada para cumprir o objetivo de modificar as relações econômicas, o ciclo de vida do ente regulador será reiniciado, ocasionando que a nova agência inicie seu ciclo repleta de esperança. (BERNSTEIN, Marver. *Regulation business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955, p. 94-95).

⁵⁸ STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, v. 2, p. 3-21, 1971.

alocação de recursos. Por vezes, a regulação pode ser almejada por determinado setor econômico de forma voluntária para ser concebida e operada em seu benefício. Daí que uma problemática da regulação é o de revelar quando e por qual razão um agente econômico é capaz de usar o Estado para servir a interesses particulares⁵⁹.

Stigler enumera quatro principais políticas regulatórias que setores da economia podem demandar do Estado. A primeira demanda que um grupo pode obter trata-se de uma subvenção direta para fomentar as atividades desenvolvidas.

A segunda demanda, usualmente solicitada pelos regulados, se refere ao controle sobre a entrada de novos concorrentes, com a finalidade de que a política regulatória seja moldada de forma a retardar, cada vez mais, a taxa de crescimento de novas empresas.

Em sequência, a terceira demanda dos regulados concerne à intervenção nos produtos substitutos e complementares. De modo bastante prático, o Stigler menciona os exemplos hipotéticos: os produtores de manteiga desejam conter a produção de margarina e estimular a produção de pão; ou quando os sindicatos dos trabalhadores da construção civil se opõem à adoção de materiais que geram economias de mão-de-obra nas atividades de construção.

Por fim, a quarta política regulatória almejada pelos agentes econômicos é a fixação de preços, pois se o número de empresas no setor regulado é relativamente grande, a discriminação de preços será difícil de ser mantida diante da ausência do Estado. Onde não houver “deseconomias de grande escala” para firmas individuais, o controle de preço é essencial para alcançar taxas internas de retorno acima do que aquelas consideradas como competitivas⁶⁰.

Ao versar sobre o estudo da regulação econômica, Stigler⁶¹ ressalta que é preciso compreender a teoria dos cartéis para permitir uma análise da demanda de grupos de interesses e a oferta dos reguladores de políticas públicas setoriais.

Em breve síntese, a teoria dos cartéis evidencia que o valor da cartelização é maior quanto menos elástica for a demanda pelo produto do mercado e mais cara, ou mais lenta, for a entrada nesse mercado. Por conseguinte, a teoria aponta dois custos inerentes da cartelização, quais sejam: a) o custo para os vendedores

⁵⁹ STIGLER, op. cit., p. 3-4.

⁶⁰ STIGLER, op. cit., p. 4-6.

⁶¹ STIGLER, op. cit., p. 10-12.

chegarem a um acordo sobre o preço cobrado e o volume de produção para cada participante; b) o custo de impor o acordo do cartel aos não participantes ou àqueles que quebrarem os termos pactuados⁶².

Segundo a teoria dos cartéis, o cumprimento do acordo firmado para manutenção do preço da cartelização tem maior chance de ser mantido se o número de fornecedores for pequeno, o que tende a reduzir os custos de coordenação e monitoramento diante da similitude entre os interesses privados. A comparação realizada por Stigler consiste no fato de que na esfera regulatória, igualmente, repercute a lógica de que quanto menos houver beneficiários da norma regulatória, menos custos de transação estarão envolvidos, outrossim será mais fácil para estes coordenarem seus esforços para obter uma regulação favorável para atender seus interesses⁶³.

No outro ponto, se observa que, quanto mais for lucrativo um cartel para os envolvidos, maiores serão os custos transferidos para os consumidores e também maior será o incentivo para que estes se organizem para desmobilizar o cartel. Daí que a mobilização social também se faz presente para coibir a regulação estatal decorrente da captura do ente regulador. Stigler denomina a figura do “estranho” na relação sendo, por exemplo, expressada através do consumidor, e afirma que a mobilização de terceiros se faz mais presente na regulação estatal do que no contexto da cartelização privada⁶⁴.

Com efeito, a Teoria Econômica da Regulação, nos moldes previstos por George Stigler, detém dois custos básicos para que seja desenvolvido o microssistema regulatório: a informação e a organização. Os grupos de interesse que disponham de diminuta quantidade de participantes e, também, de menores custos, tenderiam a ser favorecidos pelas políticas regulatórias. Por outro lado, os grupos maiores e de difícil organização seriam preteridos, haja vista a assimetria de

⁶² Richard Posner expõe que os cartéis, por vezes, são contaminados por problemas de *free-rider*. Após o acordo celebrado entre os fornecedores para controlar os preços e maximizar seus lucros conjuntos, cada fornecedor poderá desenvolver uma postura para vender por um preço ligeiramente inferior, pois os seus lucros provavelmente serão maiores diante do aumento significativo de vendas que o preço inferior permitirá que seja obtido. Por conseguinte, se um número grande de fornecedores do cartel realizar esta prática, o cartel desmoronará. (POSNER, Richard A. *Theories of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, vol. 5, n. 2, 1974, p. 344-345)

⁶³ Quanto maior a semelhança dos interesses na regulação, mais fácil e menos custoso será para que encontrem uma posição comum que favoreça aos interesses diretos dos regulados.

⁶⁴ STIGLER, op. cit., p. 16.

informações entre seus participantes, bem como os elevados custos de transação que existiriam em decorrência da maior dificuldade de organização⁶⁵.

Por exemplo, os grupos menores e bem-organizados tenderão a obter mais benefícios da regulação do que grupos maiores e difusos. A regulação penderá por beneficiar mais os produtores, haja vista que, geralmente, eles são mais organizados em comparação aos consumidores.

Apesar da existência de característica semelhante com a Teoria da Falha Regulatória, no que tange à possibilidade de captura dos entes reguladores por interesses de grupos privados, há distinção em relação à Teoria Econômica da Regulação pois, em posicionamento defendido por George Stigler e Claire Friedland⁶⁶, ressaltam que esta teoria trabalha com a hipótese de que a captura de uma agência reguladora pode decorrer tanto de grupos do setor privado ou público como, por exemplo, as organizações políticas, não se limitando apenas ao mercado regulado.

Seguindo o mesmo diapasão, Anthony Downs⁶⁷ argumenta que os políticos, assim como qualquer indivíduo analisado sob uma perspectiva econômica, tendem a almejar uma maximização dos seus próprios interesses em detrimento da defesa do interesse público. Desse modo, também buscarão influenciar as normas regulatórias produzidas pelas agências.

Para Sam Peltzman⁶⁸, há de ser ressaltado que não existe grupo de interesse com exclusividade na captura do regulador. Cada grupo tenderia a ser beneficiado desde que dispusessem de certo poder de barganha como, por exemplo, os grupos de influência que podem oferecer votos nos órgãos de representação ou recursos financeiros indevidos em troca de favorecimentos em normas regulatórias.

À derradeira, há de se destacar que as teorias regulatórias, por certo, são temas relevantes para a análise do objeto proposto nesta pesquisa. No entanto, a regulação econômica não está restrita às correntes doutrinárias anteriormente mencionadas, haja vista o amplo rol de áreas do conhecimento que investigam a atividade regulatória estatal, ocasionando a existência de teorias e pesquisas em múltiplas perspectivas.

⁶⁵ LOSS, op. cit., p. 118.

⁶⁶ STIGLER, George; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, v. 5, p. 1-16, 1962.

⁶⁷ DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Nova Iorque: Harper & Row, 1957.

⁶⁸ PELTZMAN, Sam. *The economic theory of regulation after a decade of deregulation*. Washington D.C: Brookings Papers on Microeconomics, 1989, p. 7-8.

2.3 Entes reguladores independentes

O exercício da atividade regulatória por meio de entes independentes não é uma inovação. A realidade estrangeira demonstra que esta prática vem sendo adotada há bastante tempo, principalmente, com características próprias para adaptar-se ao contexto interno de cada nação.

Em comum, as autoridades independentes têm como principal característica um ampliado grau de autonomia atribuído por lei, sendo esta autonomia qualitativa e quantitativa superior àquela destinada aos demais órgãos da administração que gozam de certa autonomia.

Consoante observa María Salvador Martínez, a doutrina distingue esta autonomia acentuada pela substituição do termo “autonomia” por “independência”⁶⁹. Para a autora, também se faz importante destacar em qual circunstância está situada a independência dos entes reguladores, questionando de forma reflexiva que:

*La primera pregunta que cabría plantearse en relación con nuestro tema es ¿independientes de quién?: ¿del Estado o del Mercado?; ¿de los intereses privados, de las autoridades democráticamente elegidas, o de ambas cosas a la vez? ¿Son las llamadas autoridades independientes una forma de organización enteramente novedosa, se trata, quizás, de un regreso al gobierno de los expertos, o estamos más bien ante una resurrección de la vieja teoría de los poderes neutrales?*⁷⁰

Os entes reguladores têm como propósito a atividade regulatória de determinados setores da economia ou da sociedade para garantir o seu correto funcionamento, assim como atender ao interesse público.

A Europa vivenciou o surgimento de entes reguladores independentes no final do século XX, diante da liberalização dos mercados, da redução dos monopólios estatais, das privatizações, e da transição de um Estado do bem-estar social para um Estado regulador. Trata-se, como verificado anteriormente, de um cenário semelhante ao ocorrido no Brasil.

Ao analisar sob a ótica internacional, observa-se que o Reino Unido dispõe de uma estrutura de entidades denominadas de *quangos*, abreviação para *quasi*

⁶⁹ MARTÍNEZ, María Salvador. *Autoridade independientes*. Madrid: Ariel Derecho, 2002, p. 29.

⁷⁰ MARTÍNEZ, op. cit., p. 30.

autonomous non governmental organisations, que se encontram fora da estrutura dos Ministérios governamentais e são revestidos de certa autonomia para desempenhar atividades regulatórias e, também, para a execução de serviços públicos.

Na França, por sua vez, é possível identificar a existência das *autorités administratives indépendantes*. As autoridades administrativas independentes são órgãos da administração central que se diferenciam dos demais órgãos por desfrutarem de uma autonomia reforçada em relação ao governo. Elas desempenham a função de regulação social, com o objetivo de intervir em determinados setores para garantir o seu correto funcionamento.

A Alemanha possui a figura da *funktionale Selbstverwaltungsträgern*, instituições dotadas de autoadministração e autonomia funcional. São compreendidas como órgãos revestidos da mais alta autonomia, bem como pertencem à administração pública indireta. Na sua composição há a participação de cidadãos para desempenhar funções reguladoras e de autorregulação, assim como a prestação de serviços públicos.

Na Espanha existem as *autoridades independientes*, estas são revestidas por uma autonomia qualificada, se diferenciando da autonomia destinada aos entes descentralizados. A participação do Poder Executivo é mitigada, ou seja, não pode conferir ordens ou instruções governamentais às autoridades independentes. Da mesma forma que ocorre em outros países europeus, os entes independentes da Espanha também são responsáveis pelo desenvolvimento de atividades regulatórias e de fornecimento de serviço público⁷¹.

Nos Estados Unidos, o surgimento das autoridades independentes remonta ao final do século XIX, através da criação da *Interstate Commerce Commision*, em 1887. Onze agências foram criadas durante a elaboração da Constituição americana e o fim da Guerra Civil, seis surgiram entre 1865 e o término do século, nove agências foram criadas entre 1900 e a Primeira Guerra, e outras nove também passaram a existir entre 1918 e a Grande Depressão de 1929. Após o período de implementação do *New Deal*⁷² ocorreu um *boom* na criação de dezessete agências entre 1930 e 1940. Neste período, a proliferação das agências reguladoras

⁷¹ MARTÍNEZ, op. cit., p. 32-33.

⁷² Os programas implementados pelo *New Deal* foram essenciais para a criação de agências desprovidas de interferências políticas e com uma maior autonomia no exercício da atividade regulatória.

representou a publicização de determinados setores da atividade econômica, tornando-se um instrumento de intervenção do Estado⁷³.

Cass Sunstein aponta que durante o *New Deal*, o papel do Poder Judiciário norte-americano foi limitado em relação aos entes independentes, haja vista os Estados Unidos ser um país marcado pelo modelo jurídico do *common law*, e, também, pelo fato de que as agências detinham ampla discricionariedade para determinar o interesse público. Os *New Dealers* defendiam que o intuito das agências, no período pós-crise de 1929, cingia-se em alcançar a produtividade econômica e a justiça distributiva⁷⁴.

O surgimento das agências reguladoras no Brasil também teve como finalidade acompanhar a tendência mundial, qual seja a implementação da regulação⁷⁵ por meio de autoridades administrativas independentes para desempenhar atividade de preponderante conhecimento técnico que, diante da exclusão das influências políticas e partidárias, hipoteticamente, estas seriam revestidas de neutralidade.

Importante destacar que o surgimento das agências reguladoras brasileiras foi diametralmente oposto ao modelo norte-americano. Gustavo Binenbojm⁷⁶ evidencia que as agências reguladoras foram adotadas diante de um amplo processo de privatizações e desestatizações realizadas no Brasil, com o intuito de garantir o “compromisso regulatório” para atração do setor privado que estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade da atuação do Poder Público nos setores econômicos. Para o autor, “a importação de institutos com sinais trocados e objetivos diametralmente opostos reclama agora um acerto de contas”.

Ainda, destaca-se a característica de que a ampliação das agências reguladoras norte-americanas se deu de forma diferente do fenômeno ocorrido no Brasil, assim esclarecendo Gustavo Binenbojm:

⁷³ BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90-92.

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 153-154.

⁷⁵ Importante mencionarmos que a atividade regulatória, por si só, não corresponde exclusividade àquela exercida pelas agências reguladoras. De sorte, o art. 174 da CF/88 já estabelecia a previsão do Estado agir como agente normativo e regulador da atividade econômica e o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento. A título de exemplo, podem ser identificados entes reguladores que não são agências independentes, tais como: Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

⁷⁶ BINENBOJM, op. cit., p. 94.

De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia de vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros⁷⁷.

A título de comparação, sob uma perspectiva semelhante, verifica-se que a situação fática do surgimento das agências independentes na Europa também dispõe de um cenário distinto do modelo norte-americano. João Nuno Cruz Matos Calvão da Silva evidencia que:

Deste modo, as independent regulatory agencies surgem como tentativa de o Poder Público controlar os excessos das corporations e, sobretudo, de limitar os efeitos perversos da concorrência selvagem. Ou seja: na Europa as autoridades reguladoras independentes surgiram num contexto de desmantelamento das barreiras estatais ao livre funcionamento do mercado, ao passo que na génese das independent agencies americanas está a (razão inversa da) necessidade de conter os efeitos nefastos derivados da livre concorrência⁷⁸.

Portanto, é no contexto brasileiro de mudanças estruturais ocorridas na década de 1990, através da reforma administrativa, que foram criadas as primeiras agências reguladoras nas áreas de (i) energia – Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei nº 9.247/96; (ii) telecomunicações – Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei nº 9.472/96; e (iii) petróleo – Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP) – Lei nº 9.478/97.⁷⁹

Daí por diante, sucederam-se as criações de agências reguladoras independentes no âmbito federal. Acrescidas às três anteriormente supracitadas, existem onze agências em diferentes áreas de regulação: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); e a Agência Nacional de Mineração (ANM).

⁷⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 95.

⁷⁸ SILVA, João Nuno Cruz Matos Calvão da. *Agências de regulação da União Europeia*. Coimbra: Editora Gestlegal, 2017, p. 550.

⁷⁹ Acrescentam-se as modificações acarretadas pela EC nº 8, a instituição de órgão regulador na área de telecomunicações (art. 21, XI); bem como, a EC nº 9, ao estabelecer a mesma medida para o setor petrolífero (art. 177, §2º, III).

Revestidas na roupagem de autarquias em regime especial, haja vista o certo grau de autonomia perante o ente político instituidor, as agências reguladoras angariaram a titularidade de algumas prerrogativas, assegurando as independências⁸⁰:

- a) Política dos dirigentes: para que possam regulamentar, sem ingerências externas, as normas regulatórias estabelecidas para o setor, e, ainda, obtendo a garantia de que a investidura em seus cargos se dará por prazo fixo e serão nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após sabatina e aprovação do Poder Legislativo;
- b) Técnica-decisional: vez que as motivações técnicas das suas decisões e regulamentos não estão sujeitas à recurso hierárquico impróprio pelos Ministérios a que estão vinculadas;
- c) Normativa⁸¹: por ser necessária à disciplina das atividades econômicas do setor regulado; e
- d) Gerencial, orçamentária e financeira: por força de rubricas orçamentárias e de receitas atribuídas por lei às agências⁸².

As características de independência dos entes reguladores não refletem a existência de um novo poder do Estado. Trata-se, em verdade, de uma nova função administrativa. A existência de uma autonomia reforçada é um requisito necessário

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147-148.

⁸¹ Faz-se imprescindível mencionar que a função regulatória exercida pelas agências não se limita apenas à produção de normas regulatórias. Vai além. À atividade das agências reguladoras também é inerente a prática de atos executivos e judicantes. Assim, a regulação executiva corresponde aos atos de atribuição de direitos, licenças ou delegações, e a fiscalização da atividade do setor regulado. De outro lado, a função judicante trata-se da intermediação dos litígios entre as partes envolvidas, podendo findar-se em três resultados: a imposição de penalidade; o acordo substitutivo; e a transformação do conteúdo da decisão do caso em concreto em uma norma regulatória geral e abstrata, desde que seja observado o procedimento adequado.

⁸² BINENBOJM, op. cit., p. 95-96.

para se garantir o exercício politicamente neutro da função regulatória, bem como prestigia os princípios da eficiência, da imparcialidade e da participação⁸³.

Como bem apontado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a imparcialidade dos entes independentes também abrange a esfera política, consubstanciada na ideia de neutralidade político-partidária. Diante das suas prerrogativas e no exercício da função regulatória, a agência deve encontrar e fixar administrativamente o ponto de equilíbrio setorial entre os interesses envolvidos⁸⁴.

A imparcialidade é fundamental para que os agentes reguladores possam alcançar o interesse coletivo obtido através da ponderação. No entanto, devem ser observados e considerados os preceitos e finalidades que estejam inseridas na lei instituidora das agências reguladoras, que representam balizas de atuação normativa e vinculação ao ordenamento jurídico.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 166.

⁸⁴ MOREIRA NETO, op. cit., p. 159-160.

3 ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

3.1 Lei nº 13.848/2019: o surgimento de uma lei-quadro para as agências reguladoras

No ano de 2015, o Poder Legislativo debruçou-se na análise de uma série de medidas que ficaram conhecidas como Agenda Brasil, que teve como intuito implementar reformas para garantir, entre outras medidas, a melhoria do ambiente de negócios, do equilíbrio fiscal, e da proteção social.

Os projetos de leis⁸⁵ apresentados ao crivo dos legisladores abarcaram importantes temas de relevância para setor econômico, especialmente nas seguintes áreas: a) infraestrutura: aperfeiçoando o marco regulatório das concessões para ampliar os investimentos públicos e privados; b) ciência e tecnologia: revendo o ambiente institucional, o marco legal e a estruturação dos incentivos à inovação, desenvolvimento científico e tecnológico; c) burocracia: incentivando a desburocratização das relações do Estado com a sociedade e os agentes econômicos; d) empreendedorismo: favorecendo o ambiente de negócios para as micro e pequenas empresas; e) regulação: estabelecendo normas gerais com foco na independência e efetiva capacidade de regulação para áreas estratégicas⁸⁶.

O projeto de lei do Senado Federal (PLS) nº 52, de 2013, representou o início dos debates quanto ao advento de uma lei-geral aplicável às agências reguladoras. Inicialmente encaminhado para a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, o PL recebeu parecer da Senadora Simone Tebet, que votou pela aprovação do texto, assim como de algumas das emendas apresentadas pelos parlamentares.

O parecer da Senadora Simone Tebet elenca a existência dos seguintes eixos relativos às agências reguladoras:

Os principais eixos do PLS, em sua versão original, eram: 1) previsão da participação de diversos agentes públicos na composição dos órgãos diretivos das agências reguladoras; 2) padronização do sistema de tomada de decisões, mediante os procedimentos de consultas e

⁸⁵ Importante destacar que os projetos apresentados, sejam emendas constitucionais, sejam leis ordinárias, se tratavam de projetos que, muitas vezes, já tramitavam em uma das casas do Poder Legislativo. Por exemplo, o projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.848/2019 foi proposto no ano de 2013.

⁸⁶ AGÊNCIA SENADO NOTÍCIAS. *Veja a lista completa e atualizada das propostas da Agenda Brasil, 2015.* Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/20/veja-a-lista-completa-e-atualizada-das-propostas-da-agenda-brasil>>. Acesso em: 15 de jan. de 2021.

audiências públicas; 3) fixação de regras mais claras e rígidas de prestação de contas, inclusive com a elaboração de relatórios anuais a serem publicados na internet e em jornais de grande circulação; 4) regulamentação do contrato de gestão, a ser celebrado entre a Agência e o Ministério Supervisor, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, a fim de aumentar sua autonomia orçamentário-financeira; 5) previsão de regras uniformes para as Ouvidorias das agências reguladoras, como órgãos de auxílio de controle interno; 6) estabelecimento de regras para a cooperação institucional entre as agências reguladoras federais e outros órgãos e entidades da Administração Pública, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as agências reguladoras e de fiscalização de estados, Distrito Federal e municípios⁸⁷.

Após seguir para a análise da Câmara dos Deputados, em dezembro de 2016, sob o nº de 6.621/2016, o projeto teve a sua aprovação nesta Casa, no mês de dezembro de 2018, porém com algumas alterações do texto, de modo que retornou à Casa de origem para nova votação.

Em maio de 2019, o projeto de lei foi aprovado pelo Senado Federal e, em sequência, foi sancionado pelo Presidente da República, convertendo-se na Lei nº 13.848/2019.

Não se pode esquecer que, até então, não existia uma padronização de procedimentos a serem observados pelas agências reguladoras, com exceção apenas no que tange à gestão de recursos humanos, consagrada pela uniformidade atribuída pela Lei nº 9.986/2000⁸⁸.

O cenário de ausência de uma lei-quadro revestida de densidade normativa perdurou por um grande marco temporal, desde o surgimento das agências reguladoras, com as reformas da década de 1990, o que acarretou incertezas e insegurança jurídica, bem como dificultando a atividade regulatória nacional.

Entrementes, as agências reguladoras foram contempladas com a Lei Geral, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que é responsável por prescrever importantes avanços em temas como: a) procedimentos decisórios; b) prestação de contas e controle social; c) interação das agências reguladoras com os órgãos de defesa da concorrência, com órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente;

⁸⁷ BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 908, de 2016*, Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional. Relatora: Simone Tebet. Brasília, DF: Senado Federal, 23 nov. 2016. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=198748&tp=1>. Acesso em: 16 de jan. de 2021.

⁸⁸ A Lei Geral das Agências Reguladoras também realizou alterações em dispositivos das leis instituidoras de cada uma das agências, bem como em relação à Lei nº 9.986/2000.

e d) a interação entre agências federais e as agências ou órgãos estaduais, distritais ou municipais referentes à atividade regulatória.

Destaca-se, inicialmente, que o mencionado diploma legal ratifica a natureza especial das agências reguladoras, ou seja, prevê expressamente a existência de uma autonomia reforçada em relação aos aspectos funcionais, decisórios⁸⁹, administrativos⁹⁰ e financeiros⁹¹ do ente regulador.

Os procedimentos decisórios das agências reguladoras receberam importantes balizas estabelecidas pelo legislador, sobretudo, para conferir-lhes um viés mais pragmático. Em verdade, busca-se contemplar as consequências das decisões que possam advir de normas vagas e imprecisas, necessitando que sejam consideradas as situações extraídas da realidade.

O movimento no sentido de uma maior primazia da realidade na tomada de decisões é compatível com as normas acrescidas na LINDB⁹², pela Lei nº 13.655/2018, que estabelece disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público⁹³.

Daí notar que, os arts. 4º e 5º, da Lei nº 13.848/2019, respectivamente, preconizam que as agências reguladoras devem observar a devida adequação entre os meios e fins, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público e, de igual forma, o ente regulador deve indicar, categoricamente, os pressupostos de fato e de

⁸⁹ Como estabelece o art. 3º da Lei nº 13.848/2019, a agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica.

⁹⁰ A autonomia administrativa, conforme previsão do §2º do artigo supramencionado, cinge-se através da fruição das seguintes competências: a) possibilidade de solicitar diretamente ao Ministério da Economia: a autorização para a realização de concursos públicos; provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal; alterações no respectivo quadro de pessoal, bem como alterações nos planos de carreira; b) conceder diárias e passagens em deslocamentos e autorizar afastamentos do país a servidores; c) celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio; d) bem como o dever atribuído às agências reguladoras para que estas adotem práticas de gestão de riscos e de controle interno, elaborar programa de integridade (*compliance*) para promover medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

⁹¹ A autonomia financeira dispõe de dispositivo expresso na lei-quadro (art. 3º, §1º) que prescreve a obrigação de que cada agência reguladora, incluindo eventuais fundos vinculados, devem corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

⁹² Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

⁹³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Organizador). *O direito administrativo em transformação: reflexões sobre a Lei nº 13.655/2018*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 7.

direito que determinarem suas decisões, ainda que se trate de questões relativas à edição ou não de atos normativos⁹⁴.

Verifica-se, também no âmbito da atividade normativa, valioso avanço conferido pela lei-quadro das agências reguladoras ao estabelecer maior densidade normativa ao procedimento da análise de impacto regulatório (AIR), qual seja a técnica procedimental de avaliação prévia à edição dos atos normativos, com o intuito de definir os problemas regulatórios, coletar dados dos prováveis efeitos decorrentes, assim como aferir a razoabilidade da decisão a ser adotada.

O procedimento da análise de impacto regulatório passou por diversos trajetos institucionais no Brasil. Daí que, conforme alude Thertison Teixeira de Oliveira⁹⁵, pode-se observar que o Decreto nº 4.176/2002, ainda que não tenha se referido explicitamente ao termo análise do impacto regulatório, já apresentou em seus anexos uma série de recomendações típicas que se assemelharam a este instituto.

Sem embargo, o marco de difusão da AIR no Brasil nos remete ao Decreto nº 6.062/2007, que instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). Em seu art. 2º, o decreto estabelece que devem ser adotadas medidas integradas com o objetivo de: a) fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; b) fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; c) a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; d) o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e e) o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.

Nesse diapasão, os arts. 6º e 7º da lei geral das agências reguladoras garantem uma maior standardização e, por certo, estabelecem um dever aos entes

⁹⁴ Nessa linha, o inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal, já prescreve, há bastante tempo, como um princípio norteador do processo administrativo, a necessidade de adequação de meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público.

⁹⁵ OLIVEIRA, Thertison Teixeira de. *A análise de impacto regulatório como instrumento mitigador do risco de captura no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da América Latina Logística Malha Paulista: uma análise sob a ótica da teoria política positiva da regulação*. Brasília: IPEA, 2018, p. 62.

reguladores no que tange à realização de análise do impacto regulatório, tal como o cumprimento de requisitos essenciais⁹⁶.

Não obstante, a Lei nº 13.848/2019 transferiu a uma norma posterior, qual seja um decreto elaborado pelo Poder Executivo, a atribuição de regulamentar elementos complementares do procedimento da análise de impacto regulatório. A regulamentação se deu através do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

O decreto comporta importantes questões sobre a conceituação técnica da análise do impacto regulatório, dos atos normativos considerados de baixo impacto, custos regulatórios, relatório de AIR, atualização do estoque regulatório, entre outros⁹⁷.

Entre as hipóteses previstas para a dispensa da realização da análise do impacto regulatório, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou entidade

⁹⁶ Os §§ 3º, 4º e 5º do art. 6º dispõem, respectivamente, que “o conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção e, quando for o caso, quais os complementos necessários”; “a manifestação de que trata o §3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo; e “nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão”.

⁹⁷ Decreto nº 10.411/2020:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

II - ato normativo de baixo impacto - aquele que:

a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados;

b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e

c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais;

III - avaliação de resultado regulatório - ARR - verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação;

IV - custos regulatórios - estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados;

V - relatório de AIR - ato de encerramento da AIR, que conterá os elementos que subsidiaram a escolha da alternativa mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado e, se for o caso, a minuta do ato normativo a ser editado; e

VI - atualização do estoque regulatório - exame periódico dos atos normativos de responsabilidade do órgão ou da entidade competente, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação.

competente, é possível identificar os casos de: a) urgência; b) ato normativo destinado a disciplinar obrigações ou direitos definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; c) ato normativo considerado de baixo impacto; d) ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; e) ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou hígidez de determinados setores econômicos⁹⁸; f) ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; g) ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e h) ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente.

No entanto, embora o Decreto nº 10.411/2020 autorize uma vasta gama de situações em que seja possível dispensar a realização da análise do impacto regulatório, se faz essencial evidenciar, reiteradamente, que esta medida deve estar devidamente fundamentada e, caso a dispensa seja avaliada pelos órgãos competentes, o §1º do art. 4 gize que deve ser elaborada uma nota técnica ou documento equivalente que seja hábil para fundamentar a proposta de edição ou de alteração do ato normativo. Ainda, determina que nos casos de dispensa da AIR em razão de urgência, a nota técnica deverá, obrigatoriamente, identificar o problema regulatório e os objetivos que se pretende alcançar.

Importante rememorar que o legislador ordinário, ao instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica⁹⁹, tratou de reafirmar a necessidade da realização de procedimentos capazes de analisar, na prática, o impacto dos atos normativos regulatórios, abarcando a utilização do procedimento da análise do impacto regulatório para os órgãos ou entidades da Administração Pública federal, incluídas também as autarquias e as fundações públicas.

Outras medidas podem ser identificadas na lei-quadro das agências reguladoras, tal como o poder-dever atribuído aos entes reguladores para que seja objeto de consulta pública prévia as minutas e as propostas de alteração de atos

⁹⁸ Vide previsão do art. 4º do Decreto nº 10.411/2020, que estabelece, entre as hipóteses já mencionadas, que a AIR pode ser dispensada diante da edição de ato normativo que vise preservar liquidez, solvência ou hígidez dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou dos sistemas de pagamentos.

⁹⁹ Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, instituída pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

normativos regulatórios. A consulta trata-se de um instrumento que subsidiará a tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada da agência. Esta ocorre por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, seja agente econômico, consumidor ou usuário dos serviços públicos prestados.

A exigência estabelecida pelo art. 9º, §3º, da Lei nº 13.848/2019, prescreve que sejam disponibilizados quando do início da consulta pública, de forma física na sede e no respectivo sítio eletrônico, o relatório de análise do impacto regulatório, os estudos, os dados, bem como todo material técnico usado como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública.

Não só há a previsão da realização de consulta pública, como também há a possibilidade de que sejam convocadas audiências públicas para formação de juízo e tomada de decisão na atividade normativa dos entes reguladores, bem como a possibilidade de que sejam estabelecidos, em regimento interno das agências reguladoras, outros meios de participação dos interessados, conforme redação dos artigos 10 e 11, do mesmo diploma legal¹⁰⁰.

Atentos à temática de participação social na tomada de decisões das agências reguladoras, Cristiana Fortini e Gabriel Fajardo chamam atenção para o fato de que o art. 9º, da Lei nº 13.848/2019, foi além do que prescreve o art. 29, da LINDB, haja vista que a lei-quadro das agências torna obrigatória a realização de consulta pública prévia. Para a autora, essa obrigatoriedade adiciona uma maior

¹⁰⁰ Lei nº 13.848/2019:

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis do início do período de audiência pública, os seguintes documentos:

I - para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;

II - para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.

§ 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

garantia da “permeabilidade estatal”, revestindo a função normativa com um lastro democrático, diferentemente do que está prescrito na LINDB, em seu art. 29, que apenas faculta ao gestor público a possibilidade de realização de consulta pública¹⁰¹.

Outro aspecto a ser examinado no bojo das disposições contidas na Lei Geral das Agências Reguladoras, trata-se de um importante avanço no modelo regulatório brasileiro, que estabelece novos instrumentos de planejamento, gestão, transparência e controle da atuação dos entes reguladores.

O resultado foi o surgimento do plano estratégico, do plano de gestão anual e da agenda regulatória, de modo que cada um destes instrumentos irá dispor de características próprias.

O plano estratégico deve abarcar os objetivos, as metas e os resultados esperados das ações da agência reguladora no que tange a sua gestão e competências fiscalizatórias e normativas, como também a indicação dos riscos externos, alheios ao controle do ente, e que possam, de forma significativa, afetar o cumprimento do plano.

O prazo para a vigência de cada plano estratégico compreende um período quadrienal, de modo que este também deve ser compatível com o plano plurianual (PPA) em vigência, isto é, deve guardar simetria com as diretrizes, objetivos e metas de médio prazo contidos na moldura geral do orçamento federal.

Em segundo lugar, tem-se o plano de gestão anual¹⁰². Este deve estar alinhado às diretrizes estabelecidas no plano estratégico, porquanto será responsável por contemplar as ações, resultados e metas que sejam relacionados aos processos finalísticos e de gestão da agência reguladora.

¹⁰¹ FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel. *A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais*, 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>>. Acesso em: 16 de jan. de 2021.

¹⁰² Lei nº 13.848/2019:

Art. 19. O plano de gestão anual deverá:

I - especificar, no mínimo, as metas de desempenho administrativo e operacional e as metas de fiscalização a serem atingidas durante sua vigência, as quais deverão ser compatíveis com o plano estratégico;

II - prever estimativa de recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas definidas.

Parágrafo único. As metas de desempenho administrativo e operacional referidas no inciso I do caput incluirão, obrigatoriamente, as ações relacionadas a:

I - promoção da qualidade dos serviços prestados pela agência;

II - promoção do fomento à pesquisa no setor regulado pela agência, quando couber;

III - promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência e com os órgãos de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente, quando couber.

Em sequência, o art. 21 da Lei nº 13.848/19 estabelece a obrigatoriedade da fixação da agenda regulatória, que é um instrumento integrado ao plano de gestão anual para o respectivo ano, e compreende um conjunto de medidas voltadas para o planejamento da atividade normativa, indicando os temas prioritários a serem regulamentados pela agência reguladora durante a sua vigência. Por conseguinte, ao elaborar a agenda regulatória, a agência deve observar a sua compatibilidade total com os objetivos do plano estratégico.

O legislador ordinário também conferiu importante atenção à cooperação e interação entre as agências reguladoras e os demais entes e órgãos regulatórios, com a finalidade de promover uma maior harmonia e eficácia nos atos normativos expedidos.

No âmbito da defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, de acordo com a previsão do art. 25 da lei-quadro das agências.

Desse modo, incumbe às agências reguladoras o monitoramento e acompanhamento das práticas de mercado adotadas pelos setores regulados, objetivando auxiliar os órgãos de defesa da concorrência no cumprimento da legislação específica, qual seja a Lei nº 12.529/2011.

Por sua vez, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deverá notificar a agência reguladora do teor de suas decisões que retratem condutas potencialmente lesivas, anticompetitivas, praticadas pelos agentes regulados, bem como as decisões relativas aos atos de concentração decididos por aquele órgão.

Destaca-se, também, a colaboração entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente. A lei-quadro prescreve que as agências podem firmar convênios e acordos de cooperação com os órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) para apoio mútuo.

Há, ainda, a previsão do art. 32, da Lei nº 13.848/19, que autoriza as agências reguladoras a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas que estejam submetidas a sua competência regulatória.

A cooperação também deve estar presente entre a atuação de agências reguladoras distintas. Duas ou mais agências poderão editar atos normativos conjuntos para dispor sobre matéria que envolva agentes econômicos sujeitos a

mais de uma regulação setorial. É preciso observar, no entanto, os procedimentos contidos no art. 29, §§1º e 2º, da referida lei, para garantir a validade da norma conjunta¹⁰³.

Outra questão contemplada refere-se à interação operacional entre agências reguladoras federais, estaduais e municipais. Será permitido, por força do art. 34 da lei-quadro, que as agências reguladoras possam implementar, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, sendo vedada a delegação de competências normativas.

Nesse sentido, a descentralização das atividades pode ser instituída desde que a agência reguladora subnacional possua serviços técnicos e administrativos capacitados e devidamente organizados para a execução das atividades delegadas, ainda que permaneça acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal.

À derradeira, a Lei nº 13.848/2019 regulamenta pertinente matéria relacionada à indicação dos diretores, estabelecendo prazos e critérios objetivos, com a finalidade de mitigar a influência externa na tomada de decisão das agências reguladoras. Busca-se, em verdade, estabelecer balizas que possam combater o efeito da captura regulatória, seja pelos grupos econômicos, seja por influências político-partidárias, que interferem e desvirtuam o interesse público.

Como bem delineado por Danilo Vieira Vilela, um dos graves problemas existentes no instituto das agências reguladoras concerne na inadequada forma de indicação dos seus diretores, muitas vezes influenciadas por interesses espúrios, alheios ao conhecimento técnico e ao interesse público. Desse modo, a omissão do

¹⁰³ Lei nº 13.848/2019:

Art. 29. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.

§ 1º Os atos normativos conjuntos deverão ser aprovados pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada de cada agência reguladora envolvida, por procedimento idêntico ao de aprovação de ato normativo isolado, observando-se em cada agência as normas aplicáveis ao exercício da competência normativa previstas no respectivo regimento interno.

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.

Poder Executivo em nomear adequadamente os dirigentes das agências reguladoras acaba inviabilizando o alcance dos objetivos regulatórios¹⁰⁴.

No entender do autor, a criação de uma lei geral para as agências permitiu um aperfeiçoamento da regulação realizada por autoridades independentes, garantindo maior eficiência, além de propiciar um cenário competitivo para as relações de mercado¹⁰⁵.

A lei-quadro alterou as diversas leis instituidoras das agências reguladoras para estabelecer duas principais mudanças: a) o mandato dos diretores de todas as agências reguladoras federais passou a ser de 5 anos; e b) tornou-se proibida a recondução dos diretores ao final dos mandatos.

A redação original do art. 8º, da Lei nº 9.986/2000, ao tratar sobre o impedimento de atuação do antigo dirigente de agência reguladora, estabelecia que o servidor estaria proibido de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, após o término do mandato. Por outro lado, a Lei Geral das Agências Reguladoras modificou o prazo de impedimento, ampliando para seis meses contados a partir da exoneração ou do término do mandato¹⁰⁶.

Outros dispositivos da Lei nº 9.986/2000 também foram alterados, com a finalidade de fixar novas condicionantes para a indicação dos altos cargos hierárquicos¹⁰⁷ das agências reguladoras.

Constata-se que os indicados devem possuir formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado e ter uma entre as seguintes experiências profissionais de, no mínimo: a) 10anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora, em função de direção superior; b) 4anos ocupando

¹⁰⁴ VILELA, Danilo Vieira. A Nova Lei Geral Para as Agências Reguladoras no Brasil, *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, maio/ago. 2020, p. 102.

¹⁰⁵ VIVELA, op. cit., p. 104.

¹⁰⁶ Aqui comporta breve menção ao veto presidencial do então presidente da República, Jair Bolsonaro, no que se refere ao dispositivo, contido no projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, que estabeleceu um prazo de 12 meses de afastamento para os indicados para compor a diretoria de cada uma das agências. Trata-se, em verdade, de uma quarentena prévia, pois o candidato ao cargo, antes de ser indicado, deveria comprovar que estava afastado por 12 meses das empresas que atuam no setor regulado pela agência. Oportuna a transcrição da justificativa do veto presidencial: “O dispositivo restringe a participação no Conselho Diretor ou na Diretoria Colegiada das agências reguladoras de pessoa que mantenha ou tenha mantido, nos últimos 12 meses anteriores à data de início de mandato, vínculo com empresa que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência. Ocorre que tal vedação é contrária ao interesse público, pois exige tempo demasiado de afastamento prévio, limitando de forma exagerada a participação de pessoas que tenham experiência no setor privado, no campo de atividade da agência reguladora”.

¹⁰⁷ Quais sejam de Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada.

cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência, ou cargo em comissão ou função de confiança, equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público; c) cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; d) 10 anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa.

Se, por um lado, ocorreu indiscutível avanços diante das normas jurídicas contidas nos dispositivos da Lei nº 13.848/2019, por outro, os dispositivos vetados pelo Poder Executivo retiraram, em certa medida, mecanismos importantes para promover um fortalecimento das agências reguladoras.

A título de exemplo, é possível mencionar: a) o veto ao dispositivo que determinava que a escolha de conselheiros, diretores e presidentes de agências reguladoras deveria ser precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice; b) o veto ao dispositivo que determinava um período de afastamento prévio de 12 meses para os indicados ao cargo de diretor, desde que tenham atuado em empresas que explorem qualquer das atividades reguladas pela agência; c) como também, o veto ao dispositivo que estabelecia a previsão do comparecimento anual obrigatório de diretores de agências ao Senado Federal para prestação de contas.

Isso demonstra que ainda há muito a avançar no quadrante normativo da regulação brasileira, pois a imparcialidade e neutralidade das agências reguladoras, em face das interferências e interesses dos partidos políticos e dos agentes econômicos, são elementos intrínsecos de um modelo regulatório capitaneado por autoridades administrativas independentes.

3.2 Parâmetros acerca dos limites da atividade normativa regulatória

Para melhor compreender os limites da produção normativa dos entes reguladores, ainda que por meio de uma análise passageira, se faz importante descortinar a formação da atividade normativa no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que se trata de uma característica antiga no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode olvidar que, desde o período imperial, a Constituição de 1824 designava contornos para as normas estabelecidas pelo Poder Executivo, bem

como a existência de um quarto poder, o Poder Moderador¹⁰⁸, e de um Conselho de Estado, composto por conselheiros vitalícios nomeados pelo Imperador.

A Carta Magna de 1824 afirmava, em seu art. 102, que o Imperador se encontrava na condição de chefe do Poder Executivo, exercendo suas atribuições pelos seus Ministros de Estado. As principais atribuições normativas, de acordo com o inciso XII, consistiam em expedir os decretos, instruções, e regulamentos adequados para à boa execução das leis.

Dentre as competências privativas do Imperador era sua atribuição: a) nomear os Senadores (art. 101, inc. I); b) sancionar o processo legislativo (art. 102, inc. III); c) aprovar e suspender as Resoluções dos Conselhos Provinciais (art. 101, inc. IV); e d) nomear e exonerar livremente os Ministros de Estado (art. 101, inc. VI).

No entanto, o amplo poder do Imperador tinha sua contenção por meio do art. 179, inciso I, da Constituição de 1824, que constituía o princípio da legalidade e a primazia da lei na ordem constitucional.

Daí que, consoante bem destaca Juliana Bonacorsi de Palma¹⁰⁹, não por outro motivo “o estudo da relação entre Administração Pública, Legislativo, Moderador e Judiciário era uma pauta polêmica de debates que ocupou os administrativistas brasileiros durante esse período, conhecido na teoria do Direito Administrativo como de construção da ciência do Direito Administrativo.”

Destaca-se o fato de que, desde o período da Carta de 1824, Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral já assentava que a lei deve conter somente o princípio, a origem da ação. Assim, caberia à Administração imprimir o movimento e assegurar a sua execução. De forma categórica, Veiga Cabral já vislumbrava contornos para a atividade normativa da Administração:

§ 5o O cuidado de executar a lei não se limita ao emprego de forças vivas para converter o direito em facto; não consiste em seguir a letra da lei, e conformar-se materialmente a ella; a Administração está autorizada pelo §

¹⁰⁸ Conforme previsão do art. 98, da Constituição de 1824, o poder moderador “é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”. Destaca-se, ainda, que durante o Brasil Império, no que tange à responsabilidade estatal, vigorava a teoria da irresponsabilidade do Estado (Imperador), inclusive, não se submetendo a qualquer controle pelos demais Poderes. O art. 99 considerava a pessoa do Imperador como inviolável e sagrada, não permitindo que o monarca se sujeite a responsabilidade alguma por seus atos.

¹⁰⁹PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 40.

12 do artigo 102 da Constituição, para expedir os Regulamentos, e Instrucções necessarias á boa execução das leis, porque por falta dos Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das leis, ellas acharião entraves na sua execução; além disso a Administração está mais habilitada para expedir estes actos secundarios, porque esclarecida pela experiencia, e entregue aos cuidados praticos dos negocios publicos, conhece as difficuldades e as exigencias; não lhe é estranho nenhum de!alhe, pelo contrario ella sabe prever todas as hypotheses, acautelar a astucia, e conciliar todas as pretenções legitimas.

(...)

§ 7o Na falta porém de limite certo, e de accordo sobre as attribuições respectivas, o principio geral, que se deve seguir, deduzido da natureza, e indole do regimen constitucional, é que o legislador não se recusando tratar de nenhum objecto, não deve comtudo descer aos detalhes da execução; porque estando as questões submettidas a princípios geraes, delles emanão as regras da applicação; a lei, diz Mr. Vivien, “deve proclamar os princípios e limitando a sua intervenção a esta grande e solemne missão, deve deixar á Administração o cuidado de expedir todas as disposições obrigatórias”, não deve tambem ingerir-se nas questões, que exigem solução immediata, ou redamão exame discricionario, e que podem ser modificadas segundo as circumstancias, pois que a Administração só é que está em estado de verificar os factos, e sancionar as modificações convenientes.¹¹⁰

Perpassando para a Constituição de 1891, primeira Constituição do Brasil da Era Republicana, esta representou uma mudança em relação à atividade normativa vigente durante o Império.

A Carta Magna de 1891 estabeleceu uma contenção do exercício da competência normativa pelo Poder Executivo. Em verdade, se pretendeu atribuir maior rigidez ao princípio da separação de Poderes, atrelando a legalidade como parâmetro intransponível da atividade normativa da Administração Pública.

A prática, no entanto, não acompanhava os quadrantes constitucionais. Apesar das reservas legais fixadas na Constituição, a produção de normas pelo Poder Público era intensa e fortemente influenciada pelos costumes recorrentes desde o período imperial das delegações legislativas.

Na visão de Juliana Bonacorsi de Palma¹¹¹, os debates sobre o exercício da competência normativa pela Administração Pública correspondem à amplitude deste poder desde o período imperial no Brasil. Embora a subsequente Constituição de 1891 tenha atribuído certa limitação à atividade de produzir normas pela

¹¹⁰ CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga. *Direito administrativo brasileiro: administrações provinciaes e municipaes*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 29-31.

¹¹¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 51-52.

Administração Pública, esta ainda se fez presente de forma expressiva, contrariando a demanda constitucional de primazia da lei formal.

Não se pode esquecer que, notoriamente, durante os períodos ditatoriais brasileiros ocorreu uma exacerbação da atividade normativa do Poder Executivo.

O Decreto nº 19.398/30 representa o início do que ficou conhecido como o Governo Provisório, instituído pelo golpe de Getúlio Vargas. Em seu art. 1º, o decreto estabelece que “o Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país”.

Não obstante, a Carta Magna de 1934 contemplou expressamente a separação de Poderes e o princípio da legalidade, respectivamente nos artigos 4º e 113, §2º, bem como a possibilidade de edição de atos normativos secundários pelo Presidente da República para fiel execução da lei, em seu art. 56, §1º.

Posteriormente, durante o período conhecido como Estado Novo, regime político instaurado por Getúlio Vargas, se deu origem à Constituição de 1937. A Constituição foi marcada fortemente pelo excesso de competências atribuídas ao Poder Executivo e a imposição de limites à atuação dos demais poderes, Legislativo e Judiciário.

A Constituição de 1937 estabeleceu um sistema de instrumentos que fosse propício para limitar a efetividade das ações parlamentares e judiciais em face do Presidente da República. O art. 11 determinava que a lei de iniciativa do Parlamento se restringiria a dispor “apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto”¹¹².

Desse modo, a atuação do Poder Legislativo deveria estar adstrita apenas às linhas gerais. A densidade normativa seria objeto de reserva da administração, cabendo ao chefe do Poder Executivo dispor sobre: a) proibições, limitações e conferência de direitos; b) estabelecimento de deveres; c) condicionantes para exercício de direitos; d) procedimentos; e) organização administrativa; e f) delimitar instrumentos jurídicos hábeis a dotar de efetividade o conteúdo da lei.

¹¹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 53.

Neste período abrangido pela Carta Magna de 1937, se faz importante destacar o surgimento do “decreto-lei”, caracterizado como espécie normativa de competência do Presidente da República.

A delegação legislativa, prevista no art. 12, mediante autorização do Parlamento, permitia com que o Chefe do Poder Executivo possa expedir decretos-leis mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização¹¹³. Ainda, o art. 13 previa a hipótese em que, nos períodos de recesso parlamentar ou de dissolução da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderia expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuada algumas hipóteses previstas nas alíneas do respectivo artigo¹¹⁴.

Adiante, o art. 14 da Constituição de 1937 também estabeleceu a possibilidade de expedição de decretos-leis, ao permitir com que o Presidente da República, respeitando os limites constitucionais e das dotações orçamentárias, possa “expedir livremente decretos-leis sobre a organização da Administração federal e o comando supremo e a organização das forças armadas”.

Com o advento da Constituição de 1946, o princípio da legalidade voltou a adquirir expressamente previsão constitucional, abarcado pelo art. 141, §2º. De igual forma, também retorna a expressa previsão da separação de Poderes. Destaca-se o reforço atribuído à independência e harmonia entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, que tornou taxativamente proibida a delegação de poderes, conforme consta no art. 36, §2º.

Prosseguindo, verifica-se que, mediante a Constituição de 1967, ocorreu uma maior acentuação da produção normativa do Poder Executivo em face do Legislativo, embora esteja expressamente previsto o princípio da separação de Poderes, art. 6º, *caput*, e o princípio da legalidade, art. 150, §2º. Ainda, verifica-se que a Carta Magna de 1967, antes mesmo da sua outorga pelo regime autoritário

¹¹³ Constituição de 1937: “Art 12 – O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.”

¹¹⁴ Constituição de 1937: “Art 13 – O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.”

instituído, através do Ato Institucional 2, em 1965, retomou a possibilidade do decreto-lei e, um ano depois, em 1966, o Ato Institucional 4 ampliou o seu alcance.

No art. 58 da ordem constitucional em comento, o decreto-lei tratava da disciplina de casos de urgência ou de interesse público relevante, desde que não resulte em aumento de despesa, em assuntos relacionados à segurança nacional, finanças públicas e de direito tributário¹¹⁵. Tendo força de lei, os decretos-leis tinham a capacidade de derrogar ou revogar lei parlamentar anteriormente publicada¹¹⁶.

Destarte, como se verifica nos ordenamentos constitucionais pretéritos, as Constituições de 1934, em seu art. 3º, §§1º e 2º¹¹⁷; de 1946, art. 36, §§1º e 2º¹¹⁸; de 1967, art. 6º, parágrafo único¹¹⁹; e, de 1969, também no art. 6º, parágrafo único, proibiram as delegações legislativas, com exceção do período abarcado pela Constituição de 1937.

A Constituição da República de 1988, marcada pelo movimento de redemocratização, também reproduziu a previsão constitucional do poder regulamentar do Poder Executivo, estabelecendo no art. 84, IV, que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei. Busca-se, assim, que os regulamentos sejam responsáveis por garantir a execução da lei, representando complementação à lei, mas não inovando no ordenamento jurídico¹²⁰.

¹¹⁵ Constituição de 1967: “Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas.

¹¹⁶ Juliana Bonacorsi de Palma aponta para números impressionantes da atividade normativa realizada por meio de decretos-leis. Amparada em levantamento realizado por Caio Tácito, apurado até 3 de outubro de 1988, foram editados 2.481 decretos-leis. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 70).

¹¹⁷ Constituição de 1934: “Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.”

¹¹⁸ Constituição de 1946: “ Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.”

¹¹⁹ Constituição de 1967: “Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.”

¹²⁰ Ainda, o art. 87, parágrafo único, II, da CF/88, estabelece que é atribuição dos Ministros de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

No plano da regulação da economia ganha destaque o art. 174 da CF/88, que determina ao Estado a atribuição de agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ao analisar a competência normativa atribuída às agências reguladoras, constata-se, inicialmente, que a primeira lei instituidora desta autarquia especial, a Lei nº 9.427/96, se tornou responsável por criar e estabelecer as balizas de atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). A lei concedeu o poder de implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas setoriais. Ainda, à ANEEL foi atribuída a responsabilidade para regular o serviço concedido, permitido e autorizado, e fiscalizar permanentemente sua prestação.

Em seguida, no ano de 1997, foi editada a Lei nº 9.472, com a finalidade de dispor sobre os serviços de telecomunicações e instituir a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), conferindo competências para expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicação no regime privado; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; e, também, expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo, inclusive, os equipamentos terminais.

Neste mesmo ano de 1997, também foi concebida a Lei nº 9.478, para criar a Agência Nacional do Petróleo (ANP), atribuindo poderes normativos à agência para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Destarte, a proliferação de novas agências se deu com edição de leis específicas que estabeleceram competências normativas para a regulação de setores imprescindíveis, a saber: a) Lei nº 9.782/99 (ANVISA); b) Lei nº 9.984/2000 (ANA); c) Lei nº 9.961/2000 (ANS); d) Medida Provisória nº 2.228-1/2001 (ANCINE); e) Lei nº 10.233/2001 (ANTT); f) Lei nº 10.233/2001 (ANTAQ); g) Lei nº 11.182/2005 (ANAC); e h) Lei nº 13.575/2017 (ANM).

É de correntio conhecimento que a regulação econômica assumiu papel de grande importância para a atividade normativa do Estado. O direito regulatório

econômico, segundo expõe Fernand-Charles Jeantet¹²¹, ultrapassa a exclusividade do Parlamento no campo da atividade normativa, por meio de um procedimento legislativo, com a finalidade de que sejam produzidas normas jurídicas voltadas para a atuação do Poder Público sobre determinados setores da economia.

Não obstante, antes da análise acerca dos entraves da produção normativa das agências brasileiras, se faz oportuno retomar a comparação com o modelo de agências norte-americanas para apontar algumas características da relação destes entes com os demais Poderes.

Como bem observado por Carlos Roberto Siqueira Castro¹²², por força do dogma da separação de poderes, o instituto das agências independentes dos EUA trouxe notórios debates, pois o princípio da legalidade e a reserva legal são extremamente rígidos neste país. A criação das agências dotadas de competência normativa, com a finalidade de regular e fiscalizar importantes serviços da atividade econômica e de interesse coletivo, alçou relevantes contendas na jurisprudência da Suprema Corte.

Destaca-se, em especial, três decisões da Suprema Corte norte-americana que declararam a inconstitucionalidade de leis que outorgaram excessivo poder normativo para órgãos e agências da Administração Pública, nos anos de 1935 e 1936, referente aos casos *Panama Refining Co. v. Ryan* (293 US 388, 1935), *Schechter Poultry Corp. v. United States* (295 US 495, 1935), e *Carter v. Carter Coal* (298 US 238, 1936)¹²³.

A bem dizer, a Suprema Corte dos Estados Unidos procedeu com a distinção entre delegação normativa e abdicação normativa, enfatizando que a abdicação ocorre quando o Poder Legislativo concede à autoridade administrativa independente amplo poder normativo, sem estabelecer *standards* mínimos que possam orientar e limitar a atuação do ente regulador, se caracterizando em uma abdicação legislativa incompatível com o princípio da separação dos poderes¹²⁴.

¹²¹ JEANTET, Fernand-Charles. Aspects du droit économique, *Études de Droit Commercial offerts à Joseph Hamel*, Paris, Dalloz, 1961, p. 34.

¹²² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 52.

¹²³ CASTRO, op. cit., p. 53.

¹²⁴ Nessa linha, Carlos Roberto Siqueira Castro aduz que “de acordo com a universalização do sistema de governo contemporâneo, em prol das delegações de competências orgânicas, que as formas constitucionais que as vedam, em linguagem ortodoxa, prestando anacrônica reverência ao princípio da indelegabilidade normativa, acabam condenadas ao desuso e ao descrédito. Por isso, a questão está, a rigor, menos em saber se as delegações são possíveis à luz dos variados diplomas

Conforme a tradição do modelo norte-americano, uma delegação normativa deve estar devidamente acompanhada por uma supervisão do Poder Legislativo. Edilson Pereira Nobre Júnior¹²⁵ destaca que, no cenário norte-americano, se fortaleceu a importância da doutrina do *intelligible principle*, sendo esta responsável por estabelecer como necessário o dever de fixar os parâmetros da competência normativa transferida pelo Poder Legislativo, devendo prever um *standard* claro e preciso, ou seja, revestido de densidade suficiente.

Porém, a previsão de *standards* detalhados para as delegações normativas estimulou debates doutrinários que demandavam por uma flexibilização da técnica do *intelligible principle*, com o objetivo de permitir a fixação de parâmetros vagos e de interpretação aberta para as delegações legislativas.

Diante da grande variedade de atividades que são indispensáveis para a atuação dos entes reguladores, se consolidou a exigência no sentido de que o ato de delegação deva conter o indicativo de um padrão, limite ou orientação em relação à competência atribuída ao regulador.

Além disso, caberia ao Legislativo exercer um denso controle externo sobre as agências, fixando na lei de criação os limites de suas atividades, os critérios de nomeação e destituição de seus dirigentes, aspectos orçamentários etc.

Destarte, o mais relevante neste debate, acerca da delegação normativa aos entes reguladores, não se limita à questão da divisão formal de poderes. Mas, diversamente, como adverte Edilson Pereira Nobre Júnior, trata-se da efetividade do controle entre os poderes, ou seja, a importância do mecanismo de *check and balances*, sendo este o instrumento responsável por constituir a pedra de toque do exercício de todo governo¹²⁶.

O cenário brasileiro de entes reguladores independentes deve ser analisado sob certa cautela, haja vista os diferentes contextos sociais, econômicos, jurídicos e políticos que distinguem sobremaneira as agências americanas. Primeiramente, há

constituintes, e sim, muito mais, em saber de que maneira, e sob que condições, o repasse da função legislativa pode ser aceito ou tolerado, em cada regime constitucional. O que é vedado ou deve ser vedado enfim, no sistema de separação funcional da soberania, qualquer que seja seu grau de flexibilidade, é a abdicação legislativa, ou seja: a delegação do poder-dever de legislar que importe em renúncia do âmago intransferível de tal competência política". (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 180-181).

¹²⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites, *Interesse Público – IP*, ano 20, n. 109, p. 237-255, mai./jun. 2018, p. 240.

¹²⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites, *Interesse Público – IP*, ano 20, n. 109, p. 237-255, mai./jun. 2018, p. 242.

de se verificar a natureza jurídica dos atos normativos das agências reguladoras brasileiras para, posteriormente, estabelecer parâmetros acerca dos limites desta atribuição¹²⁷.

Ao analisar o *caput* do art. 174 da CF/88, que estabelece que o Estado é um agente normativo e regulador da atividade econômica, Ricardo Marcondes Martins aduz que o texto constitucional não dispõe de palavras desnecessárias. Para o autor, o signo linguístico da palavra “regulador” não tem o significado de estabelecer normas abstratas, pois seria esse o significado de “agente normativo”. Regular, portanto, está associado ao campo das ponderações no plano concreto¹²⁸.

Daí que se faz fundamental distinguir os signos das palavras regulação e regulamentação. A doutrina estrangeira, principalmente países de língua inglesa, adotam a palavra *regulation* numa perspectiva ampla, pois abarca também a edição de normas no plano abstrato, não existe uma expressão inglesa própria para o que tratamos como regulamentação. Em países como a França é possível identificar as expressões *régulation* e *réglementation*, bem como na Itália temos a *regolazione* e a *regolamentazione*.

No Brasil, o signo da palavra regulamentação, sob uma perspectiva jurídica, em um primeiro piscar de olhos, nos remete à edição de normas para permitir a fiel execução das leis. Trata-se, portanto, de uma atividade do Chefe do Poder Executivo, conforme prescreve o art. 84, IV, da CF/88.

Ainda que o regulamento seja instrumental da ponderação legislativa¹²⁹, Ricardo Marcondes Martins ressalta que, antes de cumprir a lei, a Administração deve efetuar uma ponderação no plano abstrato, em antecipação ao caso concreto, para estabelecer as características do regulamento e tornar possível o cumprimento integral das leis. A regulação, por sua vez, se refere à edição de normas

¹²⁷ Edilson Pereira Nobre Júnior destaca que “os padrões experimentados por um sistema jurídico não podem ser transpostos a outro de forma acríica e mecânica. É indispensável que se analise a realidade preponderante no ordenamento que consagrará instituto que até então se lhe afigurava alheio.” (NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 242.)

¹²⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.

¹²⁹ Clèmerson Merlin Clève ressalta que o regulamento de execução pode ser definido como “ato administrativo normativo, contendo comando gerais, com vistas à correta aplicação da lei. A finalidade desta modalidade regulamentar é a explicitação da norma geral, e o aparelhamento dos meios concretos para sua execução. (...) Esse tipo de regulamento não pode operar *contra legem*, *ultra legem* ou *praeter legem*. Opera unicamente, *secundum legem* e *intra legem*.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 2000, p. 297).

administrativas concretas, ainda que o resultado da regulação importe em uma enunciação de regras abstratas¹³⁰.

Quando uma agência reguladora se depara com irregularidades, assinala Maria Sylvia Zanella di Pietro, tal como atividades que distorçam o equilíbrio do mercado, que coloquem em risco a saúde dos consumidores, que gerem conflitos, ela deve baixar atos normativos para decidir esses casos concretos. O que há de mais típico na função reguladora, assim sendo, é a capacidade de organizar determinado setor específico, regulando conforme às situações concretas e dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico¹³¹.

Ainda, o signo regulação distingue-se até mesmo pelo fato de decorrer, em regra¹³², da supremacia geral da Administração Pública. É dizer: todos os particulares, enquanto agentes econômicos, estão sujeitos à regulação estatal, não decorrendo de uma relação de sujeição especial, mas sim uma sujeição geral.

Quanto a recepção do instituto da regulação por autoridades independentes em solo brasileiro, também é digno de nota a iniciativa capitaneada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que buscou compatibilizar a atividade normativa regulatória através dos modelos europeus legitimadores para as hipóteses da delegação receptícia, da remissão normativa e da deslegalização.

A técnica da delegação receptícia irá ocorrer na hipótese de transferência da competência normativa ao Poder Executivo, com a finalidade de elaborar normas com força e forma de lei.

No entanto, há de se considerar que, no Brasil, esta técnica não se torna apta para explicar a atividade normativa das agências reguladoras, pois a Constituição

¹³⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 113-114.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 48.

¹³² No que tange à possibilidade de existir situações de sujeição especial na regulação, Ricardo Marcondes Martins aponta para os casos em que ocorrem as atividades privadas sob regime especial, afirmando que “diante do substancial interesse social dessas atividades, o exercício delas insere o administrado numa relação especial de sujeição à ingerência estatal. Existem, assim, duas espécies de regulação administrativa: a primeira, comum, voltada a todas as atividades econômicas, própria de uma relação geral de sujeição dos agentes econômicos ao poder estatal, aqui denominada de regulação normal; a segunda, incomum, voltada às atividades econômicas privadas sob regime especial, própria de uma relação especial de sujeição de certos agentes econômicos à ingerência administrativa, aqui denominada de regulação excepcional. Essas atividades especiais estão expressa ou implicitamente previstas na Constituição. São exemplos: educação (CF, art. 209), saúde (CF, art. 197), assistência social, previdência social, atividade financeira (CF, art. 192), produção e comercialização de tabaco (CF, art. 220, §4º), de fogos de artifício”. (MARTINS, op. cit., p. 118-119).

trouxe a lume a lei delegada, com características próprias, cujo exercício é exclusivo do Presidente da República, mediante solicitação ao Congresso Nacional.

Em sequência, a técnica da remissão normativa, segundo explica Edilson Pereira Nobre Júnior, amparado nas lições de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹³³, é caracterizada quando uma lei transfere para um ato normativo posterior, elaborado pela Administração Pública, a atribuição de disciplinar elementos complementares da lei principal. Não se trata, portanto, de uma transferência da competência legislativa para instituir normas primárias, mas sim uma outorga de competência de natureza tipicamente regulamentar¹³⁴.

Por sua vez, a técnica da deslegalização vai além. Para o autor, a hipótese ocorre quando uma nova lei não adentra na disciplina material de assunto que já se fazia regulado por lei anterior. Porém, a nova lei deslegalizadora passa a permitir com que a matéria seja regulada diretamente pela Administração Pública, transferindo o tema, em sua totalidade, da esfera da competência legislativa para a competência normativa administrativa¹³⁵.

Seguramente, a deslegalização deve ser rechaçada como hipótese justificante da atividade normativa das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. A atuação dos entes reguladores detém ampla capacidade de interferir na conduta e nas escolhas adotadas pelos agentes econômicos e particulares. Assim, é imprescindível a observância ao princípio da legalidade, a existência de lei, estabelecendo os parâmetros da atuação regulatória administrativa.

Já no ano de 1998, em decisão liminar, o Supremo Tribunal Federal coibiu qualquer interpretação que possa advir do fenômeno da deslegalização para a

¹³³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites, *Interesse Público – IP*, ano 20, n. 109, p. 237-255, mai./jun. 2018, p. 244.

¹³⁴ Ao tratar da matéria, Ana-Raquel Moniz explica que a remissão normativa pode aparecer por meio de diferentes formas. Pode ter origem em (a) situações em que a lei estabelece um substancial parâmetro normativo sobre certas matérias, ao mesmo tempo que prescreve os princípios gerais que devem ser respeitados, e atribui a complementação normativa aos regulamentos; e (b) os casos em que a lei, revestida de baixa densidade normativa, atribui aos regulamentos a tarefa de definir o quadrante normativo da matéria sem estabelecer quaisquer princípios basilares. (MONIZ, Ana-Raquel. *The rulemaking power of administrative agencies: crisis of legality, rule of law and democracy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2420561>>. Acesso em: 20 de março de 2021).

¹³⁵ Para Edilson Pereira Nobre Júnior, o exercício da competência normativa das agências reguladoras, considerando o ordenamento jurídico pátrio, encontra justificativa em decorrência da competência regulamentar, a ser desempenhada mediante a explícita previsão legal, identificando-se com a técnica da remissão normativa. (NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 245-246.)

atividade normativa das agências reguladoras, sendo oportuno mencionar o julgamento do *leading case* da ADI nº 1.668-5/DF.

Inicialmente, cumpre destacar que, apesar do STF ter julgado o pedido de medida cautelar em 20/08/1998, a decisão sobre o mérito ocorreu apenas no julgamento da sessão virtual de 19/02/2021 a 26/02/2021¹³⁶. O objeto submetido ao controle de constitucionalidade cinge-se na controvérsia acerca de dispositivos da Lei nº 9.472/97, que estabelece a competência da ANATEL, em especial, os incisos IV e X, do art. 19¹³⁷, referente à competência desta agência para expedir atos normativos.

Em juízo cautelar, o STF deu interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, aos incisos IV e X, do art. 19, para fixar a exegese segundo a qual a competência da ANATEL para expedir norma está subordinada aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Adiante, no julgamento de mérito, O voto do Relator, Min. Edson Fachin, acompanhado por maioria, assentou que não se faz necessário que todos os aspectos institucionais das atividades de telecomunicações estejam, de forma exhaustiva e minuciosa, estabelecidos pelo Poder Legislativo. No entanto, a este cabe estabelecer as balizas para uma legítima e adequada atuação regulatória por parte das agências.

Portanto, ressalta o Min. Edson Fachin, o que se há de indagar, diante do controle de constitucionalidade, é a presença de claros *standards* legais autorizativos para que o ente regulador possa, efetivamente, regular o serviço que o legislador e, no caso da ANATEL, o próprio constituinte, lhe conferiu¹³⁸.

Destarte, a Corte Constitucional, de forma acertada, acompanhou o entendimento esposado no julgamento da cautelar pelo Plenário, consolidando a

¹³⁶ A publicação do inteiro teor do acórdão da ADI 1.668/DF ocorreu em 23/03/2021.

¹³⁷ Lei nº 9.472/97: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; (...) X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;”

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.668/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5279449&ext=RTF>>. Acesso em: 20 de março de 2021.

exegese constitucional sobre a necessidade de sujeição do ato normativo editado pela agência ao princípio da legalidade.

O que não se pode deixar de considerar é que, nos limites estabelecidos pelo princípio da legalidade para a atividade normativa das agências reguladoras, haverá de ser ponderar acerca da densidade normativa contida na lei.

Esse aspecto é destacado, de forma elucidativa, nas lições de Francisco de Queiroz B. Cavalcanti quando frisa ser aspecto de crucial relevo a denominada reserva de densificação normativa. É dizer:

Em se afirmando, frente à Constituição vigente, os estreitos limites do poder regulamentar, não há como se postular maior amplitude ao exercício de outras expressões de poder normativo da Administração Pública, como o exercício da regulação normativa, quer exercida por entes reguladores tradicionais, estruturados sob a forma de autarquias, como o Banco Central do Brasil, quer autarquias estruturadas sob a forma de agências reguladoras, como a ANATEL, ANP, dentre outras. Não é, nem mesmo, possível se defender que essas duas agências referenciadas no art. 21 (ANATEL) e no art. 177 (ANP), da Constituição Federal, teriam, por esse fato, competência normativa independente. Há, sem dúvida, graves problemas de compatibilidade do modelo regulatório com o princípio da legalidade, com as características que ele apresenta no modelo brasileiro¹³⁹.

Indo mais adiante, o autor destaca que, não obstante as agências adotem um *standard* regulatório, determinado por lei, é imprescindível que esta tenha densidade suficiente para não desvirtuar o princípio da legalidade¹⁴⁰ em mero instrumento de fixação de competências. A reserva de densificação mínima da lei compreende um requisito indispensável para que uma norma secundária, o regulamento administrativo, seja compatível com a Constituição Federal¹⁴¹.

Como adverte Edilson Pereira Nobre Júnior, garantir uma densidade normativa da lei autorizadora dos entes reguladores se demonstra essencial, tendo em conta a nossa realidade social, política e, também, as características do

¹³⁹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 231.

¹⁴⁰ Francisco Cavalcanti remete para uma importante advertência de Paulo Otero, a qual merece menção: “A erosão da legalidade formal e tradicional disciplinadora da actuação administrativa por efeito de tais normas legais em branco, fazendo dos órgãos administrativos agentes definidores do sentido efectivo das leis envolve inevitáveis efeitos debilitadores das garantias dos particulares, correspondendo a esse aumento do papel da administração pública na concretização do direito definidor de sua própria actividade um proporcional acréscimo do protagonismo dos tribunais na fixação definitiva do sentido da legalidade administrativa”. (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p.896).

¹⁴¹ CAVALCANTI, op. cit., p. 232-234.

ordenamento jurídico pátrio. Busca-se, desse modo, coibir que os atos normativos das agências sejam suscetíveis às influências externas indevidas e ao abuso de poder diante da ausência de parâmetros legais bem definidos¹⁴².

O Brasil é marcado por uma excessiva produção de atos normativos secundários e, reiteradamente, estes atos editados pela Administração Pública são levados ao Poder Judiciário diante de possíveis violações de matérias reservadas ao legislador. As agências reguladoras, mesmo que revestidas de certa autonomia normativa de natureza técnica, devem dispor, adequadamente, de parâmetros materiais e procedimentais estabelecidos pela lei. Assim, se fortalecem as agências reguladoras, ao dispor de um microssistema normativo claro e preciso, e também a sociedade, que adquire uma maior transparência na atuação dos entes reguladores e contribui para um efetivo controle social.

3.3 Participação social: legitimidade, controle e transparência dos atos normativos

Uma preocupação acerca do instituto dos entes reguladores independentes trata-se de um eventual déficit democrático em sua origem, a julgar pela ausência de eleição popular para os membros das agências reguladoras. A questão, por certo, abrange características complexas, pois a análise da existência de um déficit democrático alcança diversos aspectos da organização estatal.

Ao versar sobre o surgimento da expressão “déficit democrático”, Marçal Justen Filho nos remete ao fato de que o primeiro aparecimento da terminologia ocorreu em 1979, quando David Marquand assinalou a deficiência na forma de indicação dos membros que iriam compor o Parlamento Europeu, que outrora eram indicados indiretamente pelos parlamentos nacionais. Assim, se deu origem à nomenclatura déficit democrático, com a finalidade de indicar não apenas a ausência de mecanismos de participação direta do cidadão na formação da vontade política, mas também a não aplicação da concepção clássica de repartição de poderes¹⁴³.

Desse modo, a doutrina se utiliza continuamente dos vocábulos “déficit democrático” ou “ausência de legitimidade democrática” para se referir ao contexto

¹⁴² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites, *Interesse Público – IP*, ano 20, n. 109, p. 237-255, mai./jun. 2018, p. 254.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 228.

das agências reguladoras e a pretensa inconstitucionalidade dessas entidades, diante da incompatibilidade com o sistema político democrático estabelecido pela Constituição da República de 1988.

Inicialmente, se faz relevante a escolha de uma das vertentes em que a palavra democracia pode ser concebida. Opta-se, assim, pelo tradicional modelo inglês de *Westminster* de democracia, qual seja aquele que se materializa pelo critério majoritário de escolha dos representantes do povo. O respeito às formas de escolha de representantes pelo sufrágio universal seria suficiente para legitimar as decisões tomadas pelo Parlamento¹⁴⁴.

Essa perspectiva se trata, consoante as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de um modelo formal da democracia, em que o processo de investidura e as decisões tomadas são suficientemente complementares e legitimadores e, em geral, são sancionados pela ordem jurídica.

Atento à questão, Moreira Neto argumenta que, embora seja imprescindível a escolha dos representantes do povo pelo procedimento democrático formal, as decisões tomadas pelos representantes eleitos podem estar em descompasso com as promessas e os posicionamentos anteriormente divulgados, inclusive, podendo estar em antagonismo com a vontade dos eleitores¹⁴⁵.

Por outro lado, a democracia material seria aquela que se concretiza não apenas pelo cumprimento formal da escolha dos representantes políticos de forma majoritária, mas sim pela adoção de procedimentos voltados para a participação social na escolha das políticas públicas que sejam compatíveis, de fato, com a vontade popular¹⁴⁶.

¹⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito*: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 106.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito*: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

¹⁴⁶ Digno de atenção o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao expor que “a teoria da democracia inclina-se hoje a distinguir com nitidez a democracia como processo de seleção de agentes políticos, ordinariamente por via de sufrágio, da democracia como processo decisório de políticas públicas. Embora ainda muito se possa inovar para o aperfeiçoamento da primeira vertente, é na segunda que se abrem as maiores promessas da participação”. (MOREIRA NETO, op. cit., p. 110).

Desse modo, há legitimidade plena quando os agentes e as decisões tomadas estão em consonância com as escolhas subjetivas e objetivas do povo, permitindo diversos mecanismos de participação e controle social.

A esse respeito, Marçal Justen Filho¹⁴⁷ nos traz a análise sobre o exame da questão do déficit democrático das agências reguladoras utilizando como parâmetros três premissas.

A primeira premissa baseia-se no fato de que a democracia deve ser compreendida como uma experiência concreta, ou seja, desprendida de conjecturas teóricas e abstratas. Assim, não é salutar que seja adotada uma específica concepção teórica como paradigma para avaliar a democracia de um sistema jurídico.

Em segundo lugar, a democracia deve acompanhar a dinâmica evolutiva da história, pois não é correto subordinar a natureza democrática da atualidade aos parâmetros de um momento histórico não estático, assim dizendo, em constante evolução.

A última premissa prevê que a democracia deve ser examinada de acordo com as circunstâncias sociopolíticas. Exemplificativamente, Marçal Justen Filho afirma não ser possível comparar se existe democracia na França a partir do modelo norte-americano em todas as suas características, considerando-se que a realidade norte-americana adota o controle de constitucionalidade das leis com características próprias. Por outro lado, na França, ao negar a aplicação a uma lei, ainda que supostamente incompatível com a Constituição, esta circunstância ensejaria uma ofensa ao princípio democrático¹⁴⁸.

Prosseguindo, não se pode esquecer que o modelo de Estado regulador é caracterizado pelo pluralismo, isto é, pela difusão do poder e por delegação de tarefas para entidades não majoritárias, tal como as agências reguladoras.

Giandomenico Majone¹⁴⁹ considera a existência de uma legitimidade formal e material para as agências reguladoras. A legitimidade formal decorre, a título de exemplo, por meio das leis democraticamente promulgadas que definem: a) os

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, p. 231-232.

¹⁴⁹ MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, vol. 17, n. 2, maio-ago, 1997, p. 159-160.

objetivos e finalidades das agências; b) que os diretores serão indicados e sabatinados por representantes eleitos pelo voto popular; c) que a tomada de decisões em matéria regulatória deve obedecer a procedimentos formais que garantem a participação social; d) que as decisões das agências devem ser justificadas, estando submetidas ao controle judicial.

Por outro lado, a legitimidade material dos entes reguladores independentes cinge-se na consistência das suas decisões em matérias regulatórias; no conhecimento técnico específico e a propensão para solucionar problemas do setor regulado; na capacidade de proteger interesses difusos; e a previsão de uma definição clara dos limites de atuação da agência reguladora na lei instituidora¹⁵⁰.

Sendo assim, não se pode conceber que existe um déficit democrático nas agências reguladoras brasileiras pelo fato dos seus membros não serem eleitos pelo voto do povo, pois essa concepção de democracia se torna bastante restritiva. Certamente, há de se considerar a realidade da Constituição, em que delineia a escolha de apenas determinados agentes políticos através da eleição popular.

A bem da verdade, a legitimidade democrática é materializada por meio de diversas formas, principalmente, mediante a participação da sociedade na formação das decisões e dos atos normativos de competência dos entes reguladores.

Nesse íterim, é válido ressaltar que, desde o surgimento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, sempre se evidenciou a importância da participação social nos novos paradigmas da Administração Pública. É possível observar os seguintes excertos¹⁵¹:

6.3 Objetivos para as Atividades Exclusivas:

(...)

Fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social das mesmas.

6.4 Objetivos para os Serviços Não-exclusivos:

(...)

Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem

¹⁵⁰ MAJONE, op. cit., p. 161.

¹⁵¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995, p. 46-47. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 2 de novembro de 2019.

a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.

Bem destacou Luiz Carlos Bresser-Pereira¹⁵² sobre a pretensão de instituir um modelo de Administração Pública gerencial e o dever do Estado em garantir o controle social direto e a participação social:

Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.

No que tange à importância da participação social na atividade administrativa, conforme colhe-se das lições de Parejo Alfonso¹⁵³, esta se faz necessária por conta da extensão, da intensidade e da complexidade das atribuições concedidas à Administração Pública para elaborar atos normativos. Assim sendo, o procedimento participativo desempenha um papel de relevo em matérias de grande sensibilidade.

Diante da pluralidade de funções do Estado, são encontradas diferentes modalidades em que a participação social pode se materializar no âmbito do legislativo, judiciário ou administrativo. Daí que, cuidando-se da função administrativa, os institutos típicos de participação da sociedade podem ser classificados, exemplificativamente, como: a) coleta de opinião; b) debate público; c) audiência pública; d) colegiado público; e) cogestão de órgão ou entidade; f) provocação de inquérito civil; g) denúncia aos tribunais de contas; h) reclamação relativa à prestação de serviços públicos¹⁵⁴.

Inicialmente, se verifica que a participação popular na atividade administrativa é evidenciada de forma ampla em diversos dispositivos da Carta Magna de 1988: a) art. 10 – que define a participação dos trabalhadores e empregadores nos

¹⁵² BRESSER-PEREIRA, op. cit., p. 13.

¹⁵³ ALFONSO, Parejo. La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas. In: ALFONSO, Parejo; BLANCO, Jiménez; ÁLVAREZ, Ortega. *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ed. Ariel, 1990, p. 353.

¹⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 11-23, out./dez. 1997, p. 13-14.

colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; b) art. 61, §2º - que estabelece a possibilidade de iniciativa popular legislativa, que poderá tratar sobre matéria administrativa; c) art. 29, IX – que concede a faculdade das associações em cooperarem no planejamento municipal; d) art. 194, parágrafo único, VII; art. 198, III; e o art. 204, II – que preveem o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados; e) art. 206, VI – que estabelece a gestão democrática do ensino público; f) art. 216, §1º – que estipula a colaboração da comunidade na promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

No plano infraconstitucional, a Lei federal nº 9.784/1999, revestida de traços propedêuticos, estabelece, em seus arts. 31, 32, 33 e 34, a possibilidade de que a autoridade administrativa, diante da relevância da matéria, realize consultas e audiências públicas para garantir a participação da sociedade. Os resultados da participação social devem ser apresentados com a indicação do procedimento adotado pela Administração Pública.

Nesse sentido, a Lei Geral das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848/2019, em seu art. 10, prevê a possibilidade do ente regulador convocar audiência pública para subsidiar as suas decisões diante de matérias relevantes.

A isso se pode agregar o fato da Lei nº 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aprimoramento e o aumento de eficiência de um governo digital, prescreve em seu art. 3º, V, que é diretriz governamental incentivar a participação social no controle e fiscalização da Administração Pública. Já no art. 17, IV, há previsão de que o poder executivo federal poderá criar redes de conhecimento cujo objetivo seja desenvolver novas tecnologias para facilitar a participação social por meios digitais.

Ainda, destaca-se dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que diz respeito à relevância da participação social nos procedimentos decisórios e normativos do Poder Público.

O art. 29, da LINDB, prescreve que, salvo os atos de mera organização interna, a edição de atos normativos poderá ser precedida de consulta pública para manifestação dos interessados. O §2º, do artigo em comento, explicitava que deveria ser obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das

contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo. No entanto, tal dispositivo esteve abarcado pelo veto presidencial mediante da seguinte justificativa:

*Configura-se de todo louvável o comando do dispositivo de tornar obrigatória a publicação das contribuições oriundas das consultas públicas que precedam a edição de atos normativos. Não obstante, a extensão dessa obrigatoriedade à publicação também das respectivas análises, e de modo concomitante à edição do respectivo ato normativo, poderia tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática por parte dos órgãos ou Poderes, ou mesmo retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público e recomendando, assim, o veto do parágrafo.*¹⁵⁵

A respeito do veto ao §2º, do art. 29, da LINDB, Edilson Pereira Nobre Júnior argumenta que a publicação das respectivas análises das consultas públicas iria contribuir para o aperfeiçoamento do dever de transparência administrativa e que, ao menos, seria imprescindível haver a divulgação das contribuições exaradas nos sítios eletrônicos das Administrações Públicas para um melhor conhecimento das atividades administrativas pela sociedade¹⁵⁶.

Como bem realçado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a institucionalização de audiências públicas está conotada ao conceito formal do devido processo legal, considerando a necessária existência de um direito individual que qualquer cidadão tem de ser ouvido em matéria em que esteja envolvido o interesse público, isto é, trata-se de um princípio impostergável da ordem jurídica. Desse modo, a principal característica da audiência pública refere-se ao seu lastro legitimador, o princípio democrático, que tem como propósito harmonizar a ação estatal com a vontade popular, atribuindo à sociedade a prerrogativa de participar das decisões sobre assuntos públicos¹⁵⁷.

O instituto das audiências públicas é revestido de certos fundamentos principiológicos abarcados na Constituição Federal de 1988, tais como os princípios: democrático; da cidadania; da participação política; da igualdade; da reserva legal;

¹⁵⁵ Veto parcial ao Projeto de Lei nº 7.448/2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7725430&ts=1567532403288&disposition=inline>> Acesso em: 20 de novembro de 2019.

¹⁵⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 216.

¹⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 11-23, out./dez. 1997, p. 14-18.

associativo; da publicidade; do devido processo legal; da realidade; da lealdade; da motivação; da proporcionalidade; e da prevenção de litígios¹⁵⁸.

Destaca-se, nesse momento, a importância do princípio da publicidade, através do seu viés do direito à informação, haja vista que as audiências públicas representam um duplo papel informativo: propiciam a obtenção de dados pela sociedade e, também, permitem com que a Administração Pública tenha acesso a um amplo conhecimento acerca da situação necessária para proteção do interesse público.

De se consignar que a participação social necessitado cumprimento dos direitos que permitem o acesso às informações públicas contidas em documentos que integram os procedimentos administrativos, garantindo o conhecimento de todas as fases realizadas para concretização de determinado ato normativo ou decisório, com o intuito de instruir as sugestões da sociedade de forma mais concreta.

Na legislação pátria¹⁵⁹, atualmente, o acesso à informação está regulamentado pela Lei nº 12.527/2011, que estabelece, em seu art. 3º, importantes diretrizes a serem observadas pela União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, e garantem à sociedade que os procedimentos previstos na Lei de Acesso à Informação devem: a) observar a publicidade como regra geral, sendo o sigilo da informação conferido apenas como exceção; b) divulgar as informações de interesse público, independentemente de requerimentos; c) utilizar os meios de comunicações modernos viabilizados pela tecnologia da informação; d) fomentar a cultura da transparência na Administração Pública; e) garantir e desenvolver o controle social.

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, op. cit., p. 15.

¹⁵⁹ O conjunto normativo relativo ao acesso de informação no Brasil pode ser compreendido por meio da seguinte ordem cronológica: a) Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, regulamentada pelo Decreto nº 4.073/2002; b) Lei nº 9.051/95, que trata sobre a expedição de certidões para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações; c) Lei nº 9.507/97, responsável por regular a garantia processual do *habeas data*; d) o art. 48, parágrafo único, II, da Lei Complementar nº 101/2002, que impõe o fornecimento, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, nos meios eletrônicos de acesso público; e) o Decreto nº 4.553/2002, que versa sobre a proteção de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado; f) Lei nº 12.527/2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, regulamentando o acesso à informação pública; g) Lei nº 12.741/2012, que prevê medidas para informar os consumidores em relação aos tributos incidentes sobre as operações de aquisição de mercadorias e prestação de serviços.

Mister se faz referir breve reflexão de Diana-Urania Galetta¹⁶⁰ que, ao analisar a transparência na atuação da Administração Pública, considera esta como uma casa de cristal, onde todo o interior deve estar constantemente visível para todos.

De igual forma, Egon Bockmann Moreira¹⁶¹ faz menção à finalidade do princípio da publicidade como sendo aquela responsável por levar a informação, definida e precisa, ao conhecimento das pessoas interessadas. Ressalta que a publicidade não será plena caso haja apenas uma divulgação restrita, seja no que se alude ao conteúdo, ou ao número de pessoas alcançadas por seus efeitos, pois, ainda que possam existir restrições legais quanto à divulgação de determinados atos e informações, o fato da “existência do processo” deve sempre ser público. Em outras palavras, o interessado pode ter acesso, ao menos, aos dados para obter certidão em que, por exemplo, possa constar que ele não é parte de um processo administrativo.

Já para Edilson Pereira Nobre Júnior, a exigência de transparência da ação administrativa se encontra vinculado à participação cidadã, abarcando a garantia do acesso à informação pública e o controle da Administração. Desse modo, a necessidade de uma harmonização do exercício da função administrativa com a garantia dos direitos fundamentais, implica maior aproximação do administrado na gestão dos negócios públicos¹⁶².

O autor esclarece, em arremate acerca da transparência administrativa, que

No caudal das novidades se encontra a transparência administrativa, a envolver o acesso à informação pública não somente de interesse particular, mas de interesse coletivo, o que, além de ser propiciado pelos preceitos constitucionais, encontrou desenvolvimento satisfatório pela legislação ordinária, sendo para tanto decisiva a promulgação da Lei 12.527/2011. Inverte-se, portanto, o movimento do pêndulo, substituindo-se o segredo pelo livre acesso à informação pública, somente restringível diante de outros valores constitucionais de relevo e, ainda assim, sem a exclusão do controle jurisdicional como instrumento de garantia do direito fundamental. Com isso, projeta-se a tentativa de sintonia da Administração não somente à lei, mas ao Direito¹⁶³.

¹⁶⁰GALETTA, Diana-Urania. La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coords.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 236.

¹⁶¹MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 174.

¹⁶²NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A transparência administrativa e a Lei 12.527/2002, *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, pp. 249-276, jan./jun., 2017, p. 251.

¹⁶³NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 274.

Em sequência, diante de uma incursão no ordenamento jurídico estrangeiro a exemplo de comparação, o procedimento normativo das agências reguladoras norte-americanas, de acordo com a *Administrative Procedure Act*, é composto por algumas características essenciais relacionadas à participação social: a) o procedimento admite a participação dos interessados, democratizando o funcionamento das agências; b) permite concretizar os termos da lei de uma forma geral e menos arbitrária que a solução feita caso a caso; e c) possibilita desenvolver as políticas públicas por meio de uma perspectiva ampla, valorando todos os aspectos onde sua qualidade e eficácia será maior.

No entanto, a *Administrative Procedure Act* regulamentou de forma restrita o direito de acesso, restringindo apenas aos diretamente interessados, bem como permitindo que a Administração oponha uma exceção de sigilo baseada em cláusulas gerais do interesse público e da confidencialidade. Apenas com a promulgação do *Freedom of Information Act*, de 1967, que o acesso à informação teve uma garantia efetivamente introduzida no país norte-americano¹⁶⁴.

A seção 555 (c), da APA, estabelece que as pessoas interessadas possam intervir no procedimento mediante a participação oral ou por escrito, expressando argumentos e apresentando documentos. A grande questão refere-se sobre como determinar quais são as obrigações da agência em relação aos documentos e sugestões apresentadas pela sociedade, considerando que, em regra, na APA é exigido que a agência reguladora considere apenas os aspectos mais relevantes.

Atenta à questão da exposição dos motivos em decisões das agências norte-americanas, Eloísa Carbonell¹⁶⁵ critica esta ampla margem concedida para definir o que se entende por aspectos mais relevantes, pois pode ocasionar que a agência não valore as opiniões de todos os cidadãos afetados, mas apenas dos grupos de pressão mais influentes¹⁶⁶.

Ainda sob a ótica do direito estrangeiro, observa-se que a Constituição da Espanha, de 1978, também estabeleceu uma série de previsões relativas à participação popular na atividade administrativa. Como delineado por Edilson Pereira

¹⁶⁴ NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 253.

¹⁶⁵ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 70.

¹⁶⁶ Não obstante, os Tribunais norte-americanos estão adotando o entendimento jurisprudencial no sentido de que a agência deve assegurar a efetividade da participação cidadã. Trata-se do entendimento conhecido como a doutrina *Hard Look*. A agência, portanto, tem o dever de valorar adequadamente os comentários realizados pelos cidadãos para que a participação seja efetiva e assegure a razoabilidade da decisão da agência. (CARBONELL, op. cit., p. 70).

Nobre Júnior¹⁶⁷, o princípio participativo pode ser aferido, exemplificativamente, nos seguintes dispositivos da Carta Magna espanhola: a) art. 9º, n. 2, ao declarar que incumbe aos Poderes Públicos a promoção das condições para facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social; b) art. 23, n. 1 e 2, ao prescrever que os cidadãos têm o direito de participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes periodicamente escolhidos em sufrágio universal, podendo ascender, em condições de igualdade, às funções e aos cargos públicos, desde que atendidos os requisitos legais; c) art. 105, alíneas a, b e c, que dispõe competir à lei a regulamentação da audiência dos cidadãos, diretamente ou através de associações, no processo de elaboração das providências administrativas que sejam interessados, o acesso aos arquivos e aos registros públicos, salvo as matérias relativas à segurança e defesa do Estado, à investigação criminal e à intimidade das pessoas, e ao processo de formação dos atos administrativos.

Tomás-Ramón Fernández¹⁶⁸, baseando-se na legislação espanhola da *Ley 30/1992*, ressalta que as novas correntes do direito administrativo nos remetem para um enfoque adicional que deve ser deferido aos mecanismos que possam garantir maior qualidade e transparência na atuação administrativa, contrapondo-se à tradicional opacidade da Administração Pública.

Segundo o autor espanhol, a *Ley 30/1992* tem como propósito garantir aos cidadãos a identificação da autoridade administrativa que detém a responsabilidade pelos trâmites procedimentais; a obtenção de informação e orientação acerca dos requisitos jurídicos ou técnicos que as disposições legais estabeleçam; e, também, que todos os cidadãos sejam tratados com respeito e deferência pelos servidores públicos, onde estes devem facilitar o exercício dos direitos e o cumprimento de deveres.

Também no cenário europeu, a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, se inicia afirmando que no Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa

¹⁶⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 796, pp. 104-113, fev., 2002, p. 108.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coords.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 172.

humana é intangível, sendo dever de todos os poderes estatais respeitá-la e protegê-la¹⁶⁹.

Nesse diapasão, a legislação infraconstitucional alemã relativa ao procedimento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), de 25 de maio de 1976, destaca a importância da participação popular em seu §25, determinando a possibilidade de consulta, informação e inclusão de audiência com os cidadãos nos interesses coletivos.

Em seu §28, a *VwVfG* regulamenta a audiência pública no país germânico, onde o item (1) prevê o direito dos cidadãos de se pronunciarem sobre os fatos relevantes para a tomada de decisão, antes de ser praticado o respectivo ato administrativo. Estabelece, em seu item (2), as hipóteses em que a audiência poderá ser dispensada, especificamente nos seguintes casos: a) quando uma decisão imediata se imponha em situações de perigo na demora ou se afigure necessária por causa do interesse público; b) quando a audiência comprometa o cumprimento de um prazo determinante para a tomada de decisão; c) quando os elementos de fato que o interessado tenha apresentado no seu requerimento ou na sua declaração não lhe acarrete qualquer prejuízo; d) quando a autoridade pretenda emitir um ato administrativo geral ou atos administrativos homogêneos em número elevado ou atos administrativos através de equipamentos automatizados; e) quando devam ser tomadas medidas de execução coerciva. Por fim, o item (3) estabelece que não cabe audiência dos interessados quando a estes se oponham um interesse público imperativo¹⁷⁰.

Em linhas de arremate, ainda que a participação social nos procedimentos da Administração Pública tenha logrado importante avanço no contexto brasileiro, através das recentes previsões normativas das Leis nº 13.655/2018 e nº 13.848/2019, se faz importante mencionar algumas reflexões.

O latente quadro de desigualdades sociais existente no Brasil torna difícil para a maioria da população dispor de condições técnicas e materiais¹⁷¹ para avaliar,

¹⁶⁹ Lei Fundamental da Alemanha: Art. 1 “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”.

¹⁷⁰ CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. *Lei Alemã do Procedimento Administrativo: guia de leitura e anotações*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 49-50.

¹⁷¹ As consultas e audiências públicas utilizam três meios principais de chamamento e divulgação para a sociedade, onde estes podem ocorrer de forma simultânea: (i) o Diário Oficial; embora seja o meio oficial de comunicação da Administração, este dispõe de baixa repercussão popular; (ii) os jornais de grande circulação; estes atingem um público maior de interessados, entretanto é preciso considerar que apenas há a divulgação de nota oficial, descrita em um edital, que vai remeter aos

ainda que razoavelmente, a existência de interesse próprio dos temas levados às audiências públicas pelas agências reguladoras. Há um grande hiato entre as garantias legais de participação social e a sua efetiva concretização.

Daí que o ente regulador deve, impreterivelmente, mitigar este cenário, adotando uma postura proativa para conferir maior publicidade aos procedimentos regulatórios, bem como à convocação da sociedade ao debate público.

Como bem expõe Marçal Justen Filho¹⁷², a presença da sociedade na atividade administrativa não deve ser compreendida como uma “participação externa cosmética”, que ocorre nos casos em que a agência predetermina sua decisão, mas, simulando garantir maior legitimidade, realiza audiências públicas apenas para dar uma aparência democrática, adotando uma decisão desvinculada de todas as contribuições fornecidas.

A efetiva participação decorre, muitas vezes, por conta do interesse que determinados grupos têm em defender posicionamentos pessoais de natureza econômica. A presença se torna restrita àqueles que podem custear os valores necessários para ter acesso aos meios participativos da consulta ou audiência pública, e, ainda, tenham o conhecimento técnico suficiente para oferecer sugestões sobre a matéria.

A conscientização da sociedade em participar dos procedimentos administrativos, em verdade, torna-se mais recorrente em países que dispõem de sólidas garantias e direitos procedimentais como, por exemplo, Portugal, Itália, Estados Unidos da América e Alemanha. Uma eficiente norma procedimental favorece não apenas o controle da Administração Pública, mas também contribui para a resolução dos casos que afetem a sociedade, garantindo uma maior transparência nas decisões e incentivando com que as audiências e consultas públicas possam caminhar para uma ponderação dos interesses públicos envolvidos e, desse modo, permitir escolhas equilibradas e aceitas mais facilmente pela coletividade.

endereços físico e eletrônico da Administração Pública, para, desse modo, disponibilizar as informações necessárias aos interessados; (iii) a internet; este meio é o que pode alcançar maior amplitude de divulgação, pois permite o cadastramento e divulgação por e-mail de notícias sobre as atuais e futuras consultas e audiências públicas. Percebe-se que, diante da precariedade do acesso à internet no contexto brasileiro, fato notório, uma grande parte da sociedade ao menos terá acesso às notícias de convocações para participar de uma audiência pública.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247.

3.4 Novos desafios da regulação

Nas últimas décadas, tem se observado que os avanços tecnológicos alcançaram um impressionante ritmo de crescimento em diferentes áreas da ciência, permitindo um maior desenvolvimento por meio dos benefícios advindos.

Não obstante, novos desafios surgiram para o setor econômico em decorrência dos modernos instrumentos de alta tecnologia, até mesmo, presenciando uma nova perspectiva de oferta e demanda para bens e serviços.

Profundas modificações podem ser constatadas nos segmentos econômicos que foram impactados por um cenário de assimetria regulatória, haja vista que o surgimento de novos mercados e de empresas inovadoras ocorrem em uma velocidade cada vez maior, não permitindo que os instrumentos regulatórios tradicionais atuem de forma tempestiva e eficaz¹⁷³.

Os setores de telecomunicações e de transportes, por exemplo, vivenciaram uma situação de assimetria regulatória ocasionada por serviços de empresas como *Uber*, *Whatsapp* e *Netflix*, que competem, respectivamente, com os serviços de transporte de passageiros, as operadoras telefonia móvel e com as empresas de telecomunicação.

De igual forma, as empresas *Airbnb*, *Tesla*, *Spotify*, *Fintechs*¹⁷⁴, entre outras, transformam gradativamente o segmento econômico em que estão inseridas, necessitando que os mercados tradicionais se adaptem para que possam continuar competitivos¹⁷⁵.

Daí que se faz possível indagar: como os entes reguladores devem agir para tornar seus mecanismos de atuação mais eficientes e aptos para acompanhar e mitigar os impactos que possam decorrer das tecnologias disruptivas?

¹⁷³ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação “*sandbox*” como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 2, p. 264-282, 2018, p. 265.

¹⁷⁴ A empresa *Airbnb* concorre diretamente com os hotéis e, em parte, a locação de imóvel residencial; já a *Tesla* produz automóveis elétricos de alto desempenho para concorrer com o disputado mercado da indústria automobilística; o *Spotify* é um serviço de streaming de música, podcast e vídeo que alcança um espaço cada vez maior no mercado de distribuição de músicas; e por fim, as *Fintechs* são empresas que atuam no mercado financeiro utilizando as inovações tecnológicas como seu grande diferencial para reduzir os custos burocráticos dos clientes.

¹⁷⁵ Os avanços tecnológicos também podem ser encontrados no setor da saúde, entre os exemplos de novas tecnologias estão os avanços da biotecnologia, a possibilidade de desenvolvimento de medicamentos personalizados e a impressão 3D de órgãos.

É inserido neste contexto de assimetria regulatória que a doutrina¹⁷⁶ debate se haveria necessidade de ampliar a regulação sobre os novos mercados que estão surgindo em diversos setores da economia, ou se estes deveriam permanecer com uma regulação mais branda ou, até mesmo, se tornarem autorregulados.

Diante desse panorama, surgem interessantes mecanismos para se adaptar à nova realidade. A título de exemplo, a experiência internacional aponta para um instrumento regulatório que pode ser aplicável, principalmente, ao mercado financeiro. Trata-se da regulação denominada por *sandbox*.

Consoante Augusto Coutinho Filho nos explica, o regime *sandbox* regulatório é compreendido como uma autorização temporária que é fornecida pelos reguladores para que empresas inovadoras sejam autorizadas a exercer seus negócios. Elas são inseridas em normas regulatórias mais flexíveis, desde que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto ao regulador¹⁷⁷.

Ao defender a inserção das *Fintechs* no regime de *sandbox*, o autor aborda aspectos positivos, argumentando que

A participação de uma Fintech no regime de sandbox permite uma intensa interação com o regulador, que deverá avaliar inicialmente se o serviço por ela prestado possui características inovadoras e positivas que justifiquem um tratamento regulatório diferenciado. Tal interação se dá por um período de tempo pré-determinado, ao final do qual algumas soluções são possíveis: a empresa pode ser obrigada a ser enquadrar nas regulamentações já existentes para os demais participantes; ou o regulador pode entender que tal atividade deve ser endereçada em regulamentação própria¹⁷⁸.

No plano internacional, a prática do *sandbox* para regular o mercado financeiro já é uma realidade. As seguintes jurisdições adotam ou já iniciaram processos para implementação: a) Canadá (*Ontario Securities Commission – OSC*); b) Reino Unido (*Financial Conduct Authority – FCA*); c) Holanda (*Authority for the Financial Market – AFM*, e o *Nederlandsche Bank – DNB*); d) Abu Dhabi (*Abu Dhabi Global Market – ADGM*); e) Hong Kong (*Hong Kong Monetary Authority*); f) Malásia

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 138.

¹⁷⁷ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação “*sandbox*” como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 2, p. 264-282, 2018, p. 266.

¹⁷⁸ COUTINHO FILHO, op. cit., p. 269.

(*Bank Negara Malaysia*); g) Singapura (*Monetary Authority of Singapore – MAS*); e h) Austrália (*Australian Securities & Investments Commission – ASIC*)¹⁷⁹.

Por outro lado, no Brasil, o processo de criação de um modelo de *sandbox* regulatório se encontra em fase embrionária. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no ano de 2019, iniciou a primeira etapa para estabelecer um modelo regulatório experimental para a sua área de regulação, realizando audiência pública para debater a respeito da criação de um *sandbox*.

A CVM expediu a Instrução nº 626, no ano de 2020, que dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental. Os critérios mínimos de elegibilidade para que uma empresa possa ser inserida no regime de *sandbox* constam na instrução normativa citada que, entre outras medidas complementares, estabelece: a) a atividade regulamentada deve se enquadrar no conceito de modelo de negócio inovador; b) a empresa deve demonstrar possuir capacidades técnica e financeira suficientes para desenvolver a atividade pretendida em ambiente regulatório experimental; c) deve demonstrar que tem capacidade de estabelecer, no mínimo, mecanismos de proteção contra ataques cibernéticos e acessos lógicos indevidos a seus sistemas, produção e guarda de registros e informações, inclusive para fins de realização de auditorias e inspeções, e prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo etc.¹⁸⁰

Nessa mesma linha, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), também no ano de 2020, aprovaram atos normativos para regulamentar o *sandbox* no mercado de seguros, por meio da Resolução CNSP nº 381/20 e a Circular SUSEP nº 598/20.

A existência de assimetria regulatória também se faz presente no caso de plataformas que oferecem serviço de programação audiovisual por meio da internet, que se inserem nos serviços denominados como *Over The Top*¹⁸¹ (OTT).

¹⁷⁹ COUTINHO FILHO, op. cit., p. 267.

¹⁸⁰ A Instrução CVM nº 626 pode ser acessada através do sítio eletrônico: < <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/600/inst626.pdf>>.

¹⁸¹ Um serviço é caracterizado como *Over The Top* quando preenche os seguintes elementos: a) prestação direta de um serviço ao consumidor final; b) por meio da rede de internet pública e aberta; c) mediante a clara separação do provedor de internet e do provedor de conteúdo; e d) podem ser lineares, quando o conteúdo audiovisual oferecido na internet está organizado com horários pré-determinados (sequência temporal), ou não lineares, quando há oferta de um conjunto de obras audiovisuais na forma de catálogo (*on demand*), para que o consumidor possa utilizar ao seu critério de escolha. (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 356-357).

No âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações há importantes debates capitaneados por profissionais do setor regulado, que se encontram em posições antagônicas. Estes divergem quanto a natureza jurídica dos serviços *Over The Top* (tal como a *Netflix*, *Amazon Prime*, *Disney+*) para saber se, de fato, as atividades devem se submeter à disciplina da Lei nº 12.485/2011, que regulamenta a comunicação audiovisual de acesso condicionado (SeAC).

Gustavo Binenbojm, André Cyrino, Alice Voronoff e Rafael Koatz¹⁸², em profícua pesquisa referente ao assunto em debate, delinearam os principais argumentos doutrinários favoráveis e contrários ao enquadramento dos serviços *Over The Top* na Lei nº 12.485/2011.

Os argumentos favoráveis à aplicação da Lei nº 12.485/2011 defendem os seguintes pontos: a) é irrelevante o fato de o ofertante do serviço deter uma rede própria ou se utilizar de rede de terceiros para realizar a entrega ou permitir o acesso a canais de programação linear de conteúdos audiovisuais; b) a lei, ao definir o termo “distribuição”, adota uma perspectiva de neutralidade tecnológica para que o serviço possa ser prestado por meio de qualquer tecnologia, processo, meio eletrônico ou protocolo de comunicação; c) também, os conteúdos que sejam fornecidos via internet não podem ser enquadrados na definição de “serviços de valor agregado” (SVA), definidos no art. 61 da Lei nº 9.472/1997, considerando que a Lei nº 12.485/2011 teria tornado inaplicável aquele dispositivo ao caso particular dos serviços de acesso condicionado (SeAC), por se tratar de lei posterior; d) o enquadramento teria como propósito garantir um ambiente de competição justa e de isonomia tributária, que teria se tornado assimétrico pela nova tecnologia¹⁸³.

Por outro lado, os autores discordam das teses argumentativas pró-SeAC. Aduzem, no entanto, que uma tese pró-OTT, ou seja, favorável aos novos serviços de programação audiovisual na modalidade *Over The Top*, é acertada porque “a inovação é um objetivo regulatório que deve ser necessariamente considerado no caso em exame, fato esse que recomenda que o regulador se abstenha de criar medidas que possam importar em barreiras de entrada ou asfixiar a nova tecnologia”¹⁸⁴.

¹⁸² BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 353.

¹⁸³ BINENBOJM; CYRINO; VORONOFF; KOATZ; op. cit., p. 354.

¹⁸⁴ BINENBOJM; CYRINO; VORONOFF; KOATZ; op. cit., p. 355.

Nesse sentido, defendem uma regulação específica para os serviços *Over The Top* (OTT), ao afirmarem que

Do ponto de vista finalístico-evolutivo, a aplicação da Lei do SeAC aos serviços OTT carece de fundamento legítimo. O marco regulatório inaugurado pela Lei nº 12.485/2011 foi desenhado para lidar com uma realidade em que a cadeia de valor da TV por assinatura era fortemente concentrada na mão dos titulares das infraestruturas. Ao segmentar esta cadeia e proibir a propriedade cruzada, o objetivo explícito da lei foi atingir os prestadores de serviços de telecomunicações em seu sentido clássico. Por outro lado, a superveniência dos serviços OTT acelerou a consecução das finalidades legais, ampliando a concorrência do setor e corrigindo as falhas de mercado outrora constatadas. Proibir a presença desses novos players no mercado, portanto, contraria as próprias finalidades da lei, bem como representa uma indevida limitação ao dever de promoção à inovação (art. 23, inciso V, CRFB), erigido a status constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 85/2015, e reforçado, recentemente, pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019, art. 4º, IV)¹⁸⁵.

Prosseguindo, há de se ressaltar a existência de uma tecnologia disruptiva que também vem sendo desenvolvida, principalmente, em jurisdições estrangeiras. Trata-se dos *smart contracts*, que consistem em contratos escritos através de códigos de programação computacional (*scripts*).

Os contratos inteligentes permitem o seu cumprimento com uma maior confiabilidade e rapidez. Estes são importantes instrumentos para reduzir as assimetrias de informação, permitindo que os contratantes possam negociar diretamente, por um baixo custo de transação, sem depender de intermediários para sua elaboração¹⁸⁶.

Marcos Nóbrega e Mariana Melo¹⁸⁷ apontam que os *smart contracts* têm como principais características a autonomia, descentralização e autossuficiência.

É autônomo, pois prescinde de qualquer intermediário para implementação do acordo entre as partes, ou seja, a própria natureza do contrato torna desnecessária qualquer participação da parte contratante, tendo em vista que o contrato é autoexecutável quando suas condições são satisfeitas e informadas à rede computacional.

¹⁸⁵ BINENBOJM; CYRINO; VORONOFF; KOATZ; op. cit., p. 380-381.

¹⁸⁶ BIT2ME. *Smart contracts, o que são, como funcionam e o que resolvem?* Disponível em: <<https://blog.bit2me.com/pt/que-sao-os-smart-contracts/>>. Acesso em: 20 de jan. de 2021.

¹⁸⁷ NÓBREGA, Marcos; CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. *Smart contracts* ou “contratos inteligentes”: o direito na era da *blockchain*, *CERS Revista Científica Disruptiva*, v. 2, n. 1, jan-jun., p. 91-118, 2020, p. 102.

A característica da descentralização se refere à inexistência de uma autoridade central para garantir a existência e autenticidade do *smart contract*, considerando que os dados estarão inseridos numa rede de *Blockchain*, distribuída em vários pontos de rede e passível de confirmação por qualquer pessoa, podendo ser acessada da plataforma computacional desenvolvida para essa finalidade.

A autossuficiência dos *smart contracts*, ainda segundo Marcos Nóbrega e Mariana Melo¹⁸⁸, cinge-se na capacidade que estes contratos dispõem para adotar meios que permitam uma maior capacidade de armazenamento e poder de computação para registrar transações financeiras e permitir a distribuição, emissão e gastos de recursos.

Ainda que a utilização de algumas destas inovações esteja em fase experimental e restrita em alguns países, inegáveis serão os benefícios advindos do desenvolvimento tecnológico.

Não se pode olvidar que as novas tecnologias são responsáveis por fornecer importantes instrumentos não só ao mercado, mas também à Administração Pública¹⁸⁹, seja para ampliar a fiscalização e controle dos seus atos, seja para reduzir os custos de transação da atividade administrativa.

Um dos principais mecanismos que atrai a atenção do Poder Público para a atividade regulatória, trata-se do aprimoramento das tarefas que possam ser desempenhadas por um avançado algoritmo computacional, pois, assim, se tornaria possível alcançar – de modo rápido e por um baixo custo – a previsão dos impactos que determinada norma de regulação pode exercer sobre o setor regulado e, também, seus efeitos indiretos em outros setores econômicos.

A bem da verdade, a tecnologia computacional, há bastante tempo, vem transformando positivamente a habilidade de análise dos dados¹⁹⁰ já disponíveis,

¹⁸⁸ NÓBREGA; CAVALCANTI, op. cit., p. 102.

¹⁸⁹ A título de exemplo, o Japão pretende aplicar o mesmo mecanismo adotado pela *Blockchain* para permitir uma maior segurança e economicidade nos contratos celebrados pelo Poder Público diante da descentralização das informações. Irei explicar. A *Blockchain* é formada por bases de registros e dados distribuídos e compartilhados com a finalidade de criar um índice global para todas as transações que ocorrem no setor público. Por ser autossuficiente, a *Blockchain* não depende da intervenção humana direta, permitindo uma maior confiabilidade contra fraudes e uma redução nos gastos dos recursos públicos atribuídos à burocracia estatal do modelo tradicional. (NIKKEI ASIAN REVIEW. *Japan looks to blockchains for more secure e-government systems*, 2017. Disponível em: <<https://asia.nikkei.com/Politics-Economy/Policy-Politics/Japan-looks-to-blockchains-for-more-secure-e-government-systems>>. Acesso em 20 de jan. de 2021).

¹⁹⁰ Para exemplificar, no que tange à tipologia dos riscos em projetos de concessões nos moldes das PPPs, um método de verificação e mensuração de riscos vem ganhando destaque e chamando a atenção de especialistas da área de infraestrutura para a utilização do mecanismo da “Simulação de

com o propósito de fornecer informações e cenários que não seriam conhecidos, ou facilmente mensurados, pela autoridade administrativa.

Desse modo, o desenvolvimento de programas computacionais – através da técnica de *machine learning* – é imprescindível em ambientes com um alto grau de complexidade. A potencial previsibilidade dos impactos regulatórios torna-se eficaz para alcançar maior confiabilidade sobre os resultados que podem advir, permitindo auxiliar o agente regulador sobre quais seriam as melhores alternativas que podem ser tomadas: ampliar, reduzir ou, inclusive, suprimir completamente determinada norma regulatória¹⁹¹.

Analisando sob esta perspectiva, faz-se essencial distinguir quais são os custos envolvidos e os benefícios que podem ser obtidos pela utilização da tecnologia na regulação. As previsões se tornam mais valiosas quando os dados são amplamente acessíveis por todos: poder público, usuários dos serviços e o setor privado.

Nesse novo cenário, a habilidade mais importante que precisa ser desempenhada pelos entes reguladores é aquela complementar à técnica de previsão dos impactos regulatórios, qual seja a capacidade de interpretação e de julgamento dos dados obtidos pelas novas tecnologias¹⁹².

A leitura dos diversos dados, prognósticos e recomendações, até o presente momento, não pode ser tomada completamente por um algoritmo computacional, pois, para garantir maior legitimidade na escolha da política pública a ser adotada, se faz indispensável a deliberação democrática entre os diversos agentes envolvidos diretamente nos setores regulados para, de tal modo, ser possível alcançar – senão a melhor opção do ponto de vista econômico e utilitarista – a alternativa que contemple um consenso majoritário.

Monte Carlo". Esta simulação consiste em uma ferramenta computacional que considera os riscos envolvidos através de uma quantidade muito maior de alternativas com probabilidade de ocorrerem nos resultados do projeto. Não tão recente, a simulação de Monte Carlo foi inicialmente desenvolvida no ano de 1940 por pesquisadores norte-americanos. No entanto, tornou-se popular apenas em 1960, permitindo que os cálculos fossem realizados de forma automatizada.

¹⁹¹AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua S.; GOLDFARB, Avi. What to Expect from Artificial Intelligence Technology. In: MICHELMAN, Paul (Editor). *What the Digital Future Holds: 20 Groundbreaking Essays on How Technology Is Reshaping the Practice of Management*. Cambridge: The MIT Press, 2018, p. 24-25.

¹⁹² AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua S.; GOLDFARB, Avi. What to Expect from Artificial Intelligence Technology. In: MICHELMAN, Paul (Editor). *What the Digital Future Holds: 20 Groundbreaking Essays on How Technology Is Reshaping the Practice of Management*. Cambridge: The MIT Press, 2018, p. 32.

Ao tratar do tema, Jessé Torres Pereira Junior¹⁹³ infere que a tecnologia, assim como seus instrumentos acessórios, está a serviço de uma gestão pública eficiente e eficaz, ainda que esta gestão seja realizada por particular na execução de serviço público. Tratando-se de gestão pública, aduz o autor, o uso desses instrumentos estará submetido a um regime jurídico de direito público que conforma o Estado Democrático de Direito, a saber: supremacia da Constituição, efetividade dos princípios, motivação obrigatória, procedimentalização da atividade decisória, controle da discricionariedade, consensualidade, sustentabilidade e responsabilidade subjetiva dos agentes públicos por suas escolhas e decisões.

O uso da tecnologia pelo Poder Público implica a realização de investimentos bem planejados, bem como o adequado treinamento dos agentes públicos, com a finalidade de que a utilização da tecnologia corresponda a uma efetiva melhoria contínua dos serviços oferecidos à sociedade.

Verifica-se, também, que o aperfeiçoamento tecnológico estabelece novas regras de mercado que, em grande parte, reduzem os custos de produção e aproximam cada vez mais a relação entre fornecedor do serviço e o usuário. Portanto, ainda subsistirá a competição entre os serviços conflitantes que, essencialmente, revestem-se da mesma finalidade, diferenciando-se apenas no que tange ao aprimoramento tecnológico como instrumento diferenciador.

A assimetria regulatória em determinados setores da economia atribui ao Poder Público a difícil tarefa de evitar que uma atividade econômica não exclua por completo o funcionamento da outra, devendo-se garantir a livre concorrência de modo sustentável.

É preciso que a Administração Pública adote modernos mecanismos procedimentais para exercer uma regulação eficiente e tempestiva, pois, como é de conhecimento geral, atualmente são levados meses, ou até mesmo anos, para que o Estado elabore normas regulatórias diante de um novo cenário como, por exemplo, o causado pelo impacto das novas tecnologias disruptivas de mercados.

Ao incorporar ao procedimento regulatório os benefícios advindos da tecnologia, o Poder Público poderá atuar com maior rapidez e previsibilidade para que a norma alcance resultados positivos, ainda que, a princípio, seja necessário

¹⁹³PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 295.

ocorrer uma desregulação parcial ou total de determinado setor econômico se, diante da análise do impacto regulatório, por exemplo, constatar que o setor privado, ao utilizar os novos instrumentos tecnológicos, se tornou apto para garantir uma maior proteção aos consumidores. Por conseguinte, se impede que uma norma regulatória ultrapassada possa atribuir um maior prejuízo ou custos desnecessários aos envolvidos, isto é, aos usuários do serviço e ao setor privado.

Destarte, é fornecido um incentivo aos agentes econômicos para que adotem mecanismos mais eficientes através do uso das novas tecnologias. Nessa perspectiva todos serão beneficiados: o Poder Público, que deve voltar sua atenção à regulação de questões mais sensíveis à vida social e econômica; o usuário do serviço, que vê uma maior competitividade no mercado e uma redução na assimetria informacional; e a atividade econômica, que é ampliada para a livre concorrência, permitindo a entrada de novos agentes econômicos em setores até então mais restritos.

Contrariamente, diante da ausência de instrumentos e procedimentos regulatórios que sejam aptos a acompanhar as evoluções tecnológicas¹⁹⁴ e os

¹⁹⁴ É de se destacar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.888/2019, com a finalidade de propor a reforma da “Governança da Ordenação Pública Econômica”. Elaborado por participantes do grupo de pesquisa da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e da FGV DIREITO SP, a reforma contém normas gerais, aplicáveis em todos os âmbitos da federação, sobre a estruturação dos processos decisórios e do controle interno, ligados à ordenação pública. Em linhas gerais, a proposta busca regular o dever de permanente revisão e avaliação da ordenação para viabilizar a prevenção e eliminação de problemas de eficácia, bem como das ineficiências, desvios e excessos cometidos pelos entes reguladores. O art. 2º do mencionado projeto, estabelece que:

“Art. 2º Os órgãos, entidades e autoridades administrativas, inclusive as autônomas ou independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com competência de ordenação sobre as atividades econômicas e sobre outros atos da vida privada, bem como os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, deverão:

I- adotar processos decisórios orientados pela conformidade legal, pela desburocratização e pela indicação de evidências suficientes quanto à necessidade e adequação das decisões;

II- modular as exigências feitas aos administrados segundo a capacidade real de as autoridades públicas tomarem, de modo tempestivo e fundamentado, as providências respectivas a seu cargo;

III- classificar, em função da experiência e das pesquisas disponíveis, as atividades privadas em níveis crescentes de risco, levando em consideração a probabilidade estatística de incidentes, de danos e de outros efeitos negativos, para definir e graduar:

a) a imposição de deveres e condicionamentos públicos;

b) a preferência pela autorregulação;

c) as políticas de liberalização;

d) os programas e métodos de fiscalização; e

e) as alternativas de aplicação, dosimetria, dispensa e substituição de sanções administrativas;

IV- editar, como condição prévia da atividade fiscalizatória, normas com parâmetros objetivos para identificar as infrações e para preveni-las, bem como para orientar sua repressão;

V- manter o estoque acumulado de regulamentos, atos e orientações práticas de nível infralegal organizado por temas, com a indicação expressa dos vigentes para cada tema;

VI- fazer a revisão constante das normas de ordenação pública para reduzir sua quantidade e os custos para os administrados e para a sociedade, sem prejuízo às finalidades públicas;

impactos acarretados nos diversos setores do mercado, subsistirá uma grande dificuldade para que os entes reguladores desempenhem suas atividades, acarretando o surgimento de normas regulatórias negligentes ou, até mesmo, uma paralisia nas ações do ente regulador¹⁹⁵.

VII- fazer avaliações periódicas da eficácia, do impacto e da atualidade de todas as medidas de ordenação pública e, quando for o caso, sua revisão;

VIII- estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos institucionais e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de práticas que possam impactar o cumprimento de sua missão e a observância desta lei. (...)” O Projeto de Lei nº 4.888/2019 pode ser acessado através do sítio eletrônico: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2218814>>.

¹⁹⁵ VERMEULEN, Erik; FENWICK, Mark; KAAL, Wulf A. *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology is Faster than the Law?*, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834531>. Acesso em: 20 de jan. de 2021.

4 PROCEDIMENTALIZAÇÃO E QUALIDADE REGULATÓRIA

4.1 Procedimento como novo centro do direito administrativo

O fenômeno do procedimento¹⁹⁶ assume grande importância quando se observa pela perspectiva das ações realizadas pela Administração Pública. Compreender acerca do procedimento administrativo possibilita entender a integralidade da atividade desempenhada pelo Poder Público, bem como do seu relacionamento com a sociedade ao longo de todas as etapas da sua atuação, não se restringindo apenas no momento da aplicação, em concreto, de um ato administrativo.

A bem da verdade, a proceduralização da atividade administrativa pode abranger diferentes situações¹⁹⁷, tais como os procedimentos normativos, decisórios, sancionadores, de invalidação de atos, consultivos e de acesso à informação, de fiscalização, de outorga etc.

Para Vasco Pereira da Silva¹⁹⁸, é possível apontar duas vantagens em relação aos procedimentos administrativos: (i) compreender a possibilidade de uniformização do tratamento dogmático da função administrativa, pois o procedimento constitui um fenômeno inerente a toda atividade da Administração Pública; (ii) permite entender a integralidade das necessidades da sociedade ao

¹⁹⁶ O conceito e a disciplina dos procedimentos são relevantes para diversos ramos do direito, de modo a adquirirem destaque para o estudo do direito administrativo. Domenico Sorace assinala que as normas jurídicas procedimentais devem ser estabelecidas apenas quando necessárias para as circunstâncias em que, diante da ausência destas, haja o risco de conduzir a resultados contrários aos parâmetros da eficácia, eficiência e transparência. (SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*. Bologna: il Mulino, 2018, p. 357.)

¹⁹⁷ Aspectos relevantes a observar, conforme bem elucidado por Juliana Bonacorsi de Palma, ao adotar como parâmetro os critérios de Javier Barnes, diz respeito às finalidades do procedimento administrativo, que podem ser analisadas por meio de três gerações. A primeira geração compreende a proteção dos direitos individuais dos administrados, controlando os parâmetros da discricionariedade do Poder Público ao aplicar a lei no caso em concreto. Já a segunda geração corresponde aos procedimentos normativos, isto é, o *rulemaking*, estabelecendo atos normativos secundários. Por fim, a terceira geração de procedimento administrativo tem como finalidade aperfeiçoar a constante comunicação entre os órgãos da Administração Pública e os particulares, almejando garantir uma governança pública eficiente. A primeira geração compreende o marco temporal do século XIX ao século XX, cuja principal norma remete à Lei espanhola de procedimento, de 1889; a segunda geração ocorre após a Segunda Guerra Mundial, por meio da forte influência da *Administrative Procedure Act* norte-americana, de 1946; já a terceira geração surge no final do século XX até o século XXI, que tem como principal marco normativo a *Strategic Environmental Assessment Procedures*, de 2001. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 219-220.)

¹⁹⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 303.

longo do tempo, sendo o elo entre a sociedade e o setor público, não se limitando o contato apenas no momento efetivo da tomada de decisão.

Nesta linha de raciocínio, o procedimento deixa de ser visto exclusivamente em função da prática do ato final, passando a ser considerado em si mesmo enquanto manifestação da atividade administrativa. Destarte, o procedimento deve ser entendido como o novo “centro” do direito administrativo diante das necessidades e exigências da atividade administrativa contemporânea¹⁹⁹.

Atento ao tema, Aldo Sandulli²⁰⁰ destaca que o procedimento administrativo tem como propósito designar o curso da atividade que é encontrado perante uma autoridade administrativa sempre que for preciso praticar determinado ato. Desse modo, se faz necessário seguir um procedimento ponderado e disciplinado, inspirado em critérios sólidos, onde este demanda uma distribuição equânime das diferentes funções de cada ente e as suas pluralidades de órgãos e agentes²⁰¹.

Sob outra perspectiva, conforme entendimento de Hartmut Maurer²⁰², o procedimento administrativo serve à imposição e à realização do direito material, isto é, ele tem apenas uma função de auxílio. Para o autor, o procedimento administrativo tem uma forte ligação com a constituição, pois os direitos fundamentais pedem que o indivíduo não seja tratado como mero objeto do procedimento estatal, mas sim incluído como “cidadão emancipado” e com direitos próprios no procedimento decisório, com a finalidade de que possa fazer valer seus conhecimentos, ideias e opiniões. Por esse motivo, o princípio do Estado de Direito garante não só o estabelecimento de regras procedimentais claras e previsíveis, mas também justas.

Importante aspecto a ser observado é quanto a distinção entre o procedimento e o ato, pois o procedimento se insere no modo de produção dos efeitos contidos em uma norma jurídica. Daí que a realização desse efeito irá depender da materialização da previsão normativa, cuja causalidade de efeito é estabelecida no procedimento.

¹⁹⁹ SILVA, op. cit., p. 307.

²⁰⁰ SANDULLI, Aldo M. *Il procedimento amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, p. 22.

²⁰¹ Não obstante, a ideia de procedimento administrativo tende a aproximá-lo, em certa medida, ao processo judicial, de modo a garantir ao cidadão, em face da Administração Pública, as mesmas garantias concedidas no contexto da função jurisdicional.

²⁰² MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, p. 540.

Volvendo-se aos ensinamentos de Aldo Sandulli²⁰³, verifica-se que o procedimento não é revestido de uma noção substancial, mas formal, pois este representará apenas um fenômeno que vai se desenvolver ao longo do tempo, de forma sucessiva, e cuja finalidade é permitir que a Administração Pública alcance uma decisão final. De forma precisa, o autor expõe que

Quella del procedimento è dunque una nozione formale – nel senso in cui questo aggettivo si contrappone a sostanziale – atinente all’aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momenti nel tempo.

Se così è, un punto resta stabilito. Ed è che le singole attività, che nel corso del suo svolgimento si susseguono, non possono certo venire in considerazione – come pare ritenere quella teoria che configura il procedimento come una unità sostanziale – quali elementi costitutivi del procedimento.

Esattamente concepito, questo si risolve piuttosto in una successione di momenti – intesa in tal senso ciascuna unità temporale, nella quale si concreta un atto singolo della serie²⁰⁴.

Por sua vez, Elio Fazzalari²⁰⁵ destaca que o procedimento é visto como uma série de faculdades, poderes, deveres e de posições subjetivas possíveis de serem verificadas na norma jurídica, por exemplo: um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto de um outro poder, faculdade ou dever. Daí que, do ponto de vista dos atos praticados, “o procedimento está na sucessão, na distância temporal pela qual cada ato da série segue um outro, segundo a ordem estabelecida pela lei”²⁰⁶.

A sequência coordenada de atos praticados pode ser constituída por um *iter* procedimental breve ou complexo, que irá variar conforme o tipo de procedimento e

²⁰³ SANDULLI, op. cit., p. 36-37.

²⁰⁴ Tradução livre: “O procedimento é, portanto, uma noção formal - no sentido em que este adjetivo se opõe a substancial - relativa ao aspecto dinâmico de um fenômeno que ocorre em vários momentos no tempo. Nesse caso, um ponto permanece estabelecido. E é que as atividades individuais, que se sucedem no curso de seu desenvolvimento, certamente não podem entrar em consideração - como parece acreditar a teoria que configura o procedimento como unidade substancial - como elementos constitutivos do procedimento. Exatamente concebido, resolve-se antes numa sucessão de momentos - entendida neste sentido cada unidade temporal em que se concretiza um único ato da série” (SANDULLI, op. cit., p. 36-37).

²⁰⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª Edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.

²⁰⁶ Elio Fazzalari alude que o procedimento não deve ser confundido com o “ato composto” ou o “ato complexo”, pois estes são combinações que regulam, exatamente, um único ato (uma só “fatispécie”), enquanto o procedimento não pode ser delineado como “fatispécie” unitária. Não obstante, é possível que um ato final de um procedimento seja um ato complexo ou um ato composto. (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª Edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 115.)

a perspectiva pela qual o ato é praticado. Elio Fazzalari, assim, observa que na sequência de atos que põe fim a uma única decisão, pode ser encontrada uma fase preparatória, uma fase constitutiva e uma fase integrativa de eficácia. Eventualmente, se surgir no procedimento em curso mais decisões, cada uma delas constitui o epílogo de uma fase²⁰⁷.

Deve-se destacar, também, que o procedimento pode ser compreendido como um sistema social. As normas procedimentais, por certo, são responsáveis por reduzir o número ilimitado de formas possíveis do comportamento²⁰⁸, evitando incômodas discussões prévias sobre o sentido e a finalidade de adotar, ou não, determinada conduta, definir os limites e permitir que a sociedade esteja consciente disso²⁰⁹.

Ao analisar os procedimentos decisórios da Administração Pública, Niklas Luhmann nos remete ao fato de que, no âmbito da atividade realista de decisão, a organização e as formas de procedimentos devem ser projetadas e julgadas não só sob o ponto de vista da economia de esforço, mas também precisam encontrar o procedimento na racionalidade da decisão, para, assim, ser possível abranger várias possibilidades dentro de um espaço de tempo limitado e que permita ponderar umas em relação com as outras²¹⁰.

Diante da ausência de um procedimento é evidente que tal contexto pode implicar em consideráveis desvantagens, sobretudo, distorce-se a decisão sobre o caminho que um assunto tem de tomar em cada caso. Apenas se tornará racional uma padronização que abranja o próprio processo de decisão em elevado grau de especialização, permitindo uma frequente revisão do mesmo²¹¹.

Tanto para o momento da distribuição das tarefas administrativas e, também, para todas as situações em que existam fatos descritos de forma semelhante e

²⁰⁷ FAZZALARI, op. cit., p. 117-118.

²⁰⁸ De um ponto de vista histórico, os procedimentos também podem ser compreendidos como as mais antigas e elementares regras de comportamento.

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980, p. 40.

²¹⁰ Ainda, Luhmann associava a procedimentalização pelo enfoque da legitimação do poder, aduzindo o autor que “o poder traduz-se como mecanismo de resultados de seleção, quem tem o poder, detém condições de motivar outros a adotar as suas decisões; no entanto, isso não é suficiente; deve-se partir da hipótese de que no processo se criem razões adicionais para a aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder origine a decisão e a torne legítima; visto desta forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão”. (LUHMANN, op. cit., p. 26-27).

²¹¹ LUHMANN, op. cit., p. 168.

sejam apresentadas propostas ou decisões prévias, tem de ser conferida uma possibilidade idêntica de decisão para tais casos. Desse modo, como adverte Niklas Luhmann, devem ser apresentados fundamentos certos para procedimentos legitimadores, pois assim o administrador pode manter-se objetivo e neutro²¹².

Patricia Rodrigues Pessôa Valente²¹³, de forma elucidativa, destaca que o sentido técnico-jurídico do procedimento pode ser compreendido por meio de duas perspectivas. A primeira, se refere a procedimentalização como mecanismo de racionalização, isto é, a formalidade com a qual um ato jurídico é produzido e a sua previsibilidade, que tenderá a afastar a insegurança jurídica. A racionalização do procedimento contribui para a sistematização de atuações administrativas, podendo ser associada à transparência da atuação dos agentes públicos para se alcançar uma decisão.

Por sua vez, conforme exposto pela autora²¹⁴, a segunda perspectiva trata-se da procedimentalização como mecanismo de legitimação democrática. O direito administrativo contemporâneo está inserido em um regime democrático, o qual estabelece mecanismos de controle e de participação na atividade da administração pública, que podem ocorrer mediante três acepções de legitimidade: de origem, procedimental²¹⁵ e substantiva.

Há necessidade de tornar imprescindível a utilização de uma lei geral sobre procedimentos administrativos, haja vista o maior nível de participação dos administrados para a formação da vontade do Poder Público, possibilitando o aperfeiçoamento da função administrativa e, igualmente, um maior nível de segurança garantido em relação aos administrados.

Nesse diapasão, buscando ampliar o debate sobre a questão, se faz importante analisar o direito estrangeiro. São precisas as palavras de Javier Barnes²¹⁶ ao destacar que a análise comparada do direito administrativo deve ser

²¹² LUHMANN, op. cit., p. 169-170.

²¹³ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*, 311 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 75.

²¹⁴ VALENTE, op. cit., p. 76.

²¹⁵ Para Patricia Valente, o pluralismo de poder e a sua constante difusão, tal como ocorre no contexto do Estado regulador, não é possível se valer da legitimidade democrática de origem para justificar as competências conferidas aos entes reguladores. No entanto, a legitimidade de tais entes é adquirida mediante a sua perspectiva procedimental e substancial, que representam a condição legitimadora da atividade regulatória estatal. (VALENTE, op. cit., p. 77).

²¹⁶ BARNES, Javier. Sobre el método del análisis comparado en el derecho. In: ABERASTURY, Pedro (Coordenador). *Estudios de derecho comparado*. Buenos Aires: Eudeba, 2016, p. 67.

realizada de forma abrangente, podendo se associar e vincular a um dos principais aspectos jurídicos: interpretação do direito aplicável, solução de lacunas, criação normativa, solução de controvérsias etc.

Daí que se demonstra oportuno comparar a distinção acerca das categorias jurídicas que nos remetem aos institutos do procedimento e do processo administrativo, inicialmente através do direito estrangeiro e, em sequência, do direito pátrio. Constata-se, por vezes, que a utilização das nomenclaturas procedimento e processo podem surgir de forma ambígua, sem uma verdadeira diferenciação²¹⁷.

Em grande parte, esse uso indiscriminado dos termos decorre por influência da doutrina francesa, onde o termo *procédure* é utilizado para designar qualquer realidade de natureza processual²¹⁸. Ambas se inserem na ideia de um percurso sequenciado que se consubstancia em um conjunto de atos para atingir determinado resultado. No entanto, qual seria a principal diferenciação?

Um aspecto a ser apontado, entre outras hipóteses, diz respeito ao fato de que o procedimento pode ser compreendido como uma ação específica, em concreto, e o processo representaria apenas uma sequência de atos, somente destinado a obter um resultado. É dizer: o processo é predominantemente neutro.

David Duarte, de forma elucidativa, afirma que a materialidade da função administrativa é o critério fundamental na contraposição entre procedimento e processo, pois o procedimento deve ser compreendido para além de uma mera sequência e ordenação de atos. Não obstante, o autor se mostra claro ao afirmar que

Todavia, enquanto esquemas formais de ordenação, procedimento e processo não deverão esgotar nas razões de enquadramento teleológico os seus momentos diferenciadores. Como categorias formais, o quid identificador do procedimento administrativo, na contraposição ao processo, deve sustentar-se pelo menos em cumulação, num distinto elemento ou ponto de apoio de natureza formal, que se desenvolve da respectiva formulação estrutural, consequente à divergente orientação finalística. A partir dessa premissa – a necessidade de, para reconduzir procedimento e processo a categorias intrinsecamente diferentes, detectar um elemento formal individualizante –, poder-se-á sustentar que, na dualidade que contrapõe rigidez a flexibilidade, procedimento e processo se afastam de um modelo unívoco de ordenação. Na medida em que no domínio da “Administração” prevalece a razão da prossecução múltipla de finalidades, o procedimento funciona necessariamente como estrutura de ordenação

²¹⁷ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 24.

²¹⁸ De forma distinta, é possível encontrar os conceitos de *verfahren* e *prozeß* na doutrina alemã para distinguir procedimento e processo.

*flexível pelo dever de coordenar a variedade não previsível de interesses que estão conjugados no âmbito dessa actividade. A sequência conducente à aplicação do direito, porque mais determinável a priori, propicia no processo jurisdicional um esquema rígido onde a maleabilidade no direito da forma não é um valor a tutelar, pelo menos, de forma tão eficaz como acontece no procedimento administrativo*²¹⁹.

Pode-se afirmar, portanto, que essa perspectiva concebe o procedimento administrativo como uma categoria jurídica independente, onde os aspectos fundamentais de distinção em relação ao processo cingem-se nas ideias de: a) uma estrutura formal mais flexível; e b) o procedimento é uma ação finalística específica, isto é, necessária para o caso em concreto²²⁰.

Seguindo o mesmo diapasão, conforme mencionam Eloísa Carbonell e José Luis Muga²²¹, a determinação do procedimento pressupõe fixar a natureza da atuação administrativa. A relação entre o procedimento seguido e o resultado é fundamental para legitimar a ação administrativa, que somente será lícita se forem respeitados os requisitos procedimentais.

Na doutrina brasileira, por sua vez, Marçal Justen Filho afirma que a procedimentalização é instrumento de controle e limitação do poder, a obrigatoriedade de estar subordinado às normas procedimentais retrata o impedimento ao exercício imediato e abrupto do poder decisório. De modo que os procedimentos se destinam a atender três pressupostos fundamentais: a publicidade, objetividade e o contraditório²²².

Marçal Justen Filho ressalta que a controvérsia sobre a distinção entre procedimento e processo administrativo, no cenário brasileiro, se deu, em um momento inicial, sem maior cautela, considerando o distanciamento acadêmico entre administrativistas e processualistas. Outrora, a expressão “processo administrativo” decorria da tradição de identificar processo e autos, ou indicar o corpo físico onde se documentavam os atos praticados²²³.

Em um segundo momento, a doutrina brasileira reconhece a amplitude do “processo” e da diferenciação de institutos como direito de ação, processo e

²¹⁹ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 26-27.

²²⁰ DUARTE, op. cit., p. 29.

²²¹ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 57.

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 33, p. 108-132, jun. 1998, p. 109.

²²³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 110.

procedimento. Daí que, como assinala Marçal Justen Filho, passou-se a defender que a atividade administrativa do Estado não se assemelhava àquela envolvida na função jurisdicional, passando a adotar, em regra, a expressão procedimento para o âmbito administrativo²²⁴.

Em uma terceira corrente doutrinária capitaneada por processualistas, entre eles se destaca Cândido Dinamarco, fortaleceu o entendimento segundo o qual o instituto do processo ocorria apenas diante do exercício da função jurisdicional, pois o conceito ampliativo de processo seria aquele produzido pelo somatório das relações jurídicas e dos procedimentos. Consequentemente, a relação processual surge diante da existência de uma controvérsia ou conflito, a ser solucionada através de uma decisão, sendo esta praticada com a observância de procedimento marcado pelo contraditório, o que indicaria a existência de um processo²²⁵.

De grande contribuição para a doutrina nacional, a obra de Odete Medauar intitulada *A processualidade no direito administrativo*, enfatiza os principais posicionamentos acadêmicos que aprofundaram o estudo acerca de uma processualidade ampla no direito administrativo, em especial, por meio da doutrina estrangeira.

Ao analisar o pioneirismo no estudo sobre a processualidade, a autora nos remete aos ensinamentos de Adolf Merkl, datados de 1927, que foi responsável por iniciar a ruptura da separação rígida entre os setores processuais, ou seja, uma distinção entre o processo judicial e o direito processual administrativo²²⁶.

Posteriormente, como expõe a autora, a obra de Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, editada pela primeira vez em 1940, trouxe a utilização da terminologia “procedimento”, afirmando se tratar de um fenômeno comum a todas as funções do Estado. Ainda na década de 40, a autora aponta para a importância do trabalho publicado pelo espanhol Villar y Romero, *Derecho procesal administrativo*, que acolhe a existência de uma processualidade fora do âmbito da jurisdição, concebendo o procedimento administrativo como uma espécie do processo em geral, tal como ocorreria com o processo legislativo²²⁷.

²²⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 111.

²²⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 111-112.

²²⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

²²⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 19.

Odete Medauar, ao recorrer à doutrina francesa, especificamente, o livro de Guy Isaac, publicado em 1968, intitulado de *La procedure administrative non-contentieuse*, aduz que o publicista defende uma visão global do fenômeno processo jurídico, na qual estaria incluída a existência de um processo (ou procedimento) administrativo.

De igual forma, a doutrina portuguesa, por meio da obra de Alberto Xavier, *Do procedimento administrativo*, se refere à noção ampla de processo como expressão de uma vontade funcional, haja vista que a procedimentalização se encontra presente em vários setores do ordenamento jurídico, pois cada função do Estado corresponde um tipo de procedimento através do qual ela se desenvolve²²⁸.

Em síntese, buscando sistematizar a controvérsia terminológica entre procedimento e processo no direito administrativo, Odete Medauar expõe os principais critérios invocados para distinguir procedimento e processo, apontando a existência de, ao menos, dez critérios que demonstram o empenho científico de administrativistas e processualistas para caracterizar cada uma das terminologias, quais sejam: a) critério da amplitude; b) critério da complexidade; c) critério do interesse; d) critério do concreto e do abstrato; e) critério da lide; f) critério da controvérsia; g) critério do teleológico e do formal; h) critério do ato e da função; i) critério da colaboração dos interessados; j) critério do contraditório²²⁹.

Não obstante a diversidade de critérios que outrora foram utilizados pela doutrina como diferenciadores do processo e do procedimento, Odete Medauar defende a utilização do vocábulo “processo” no campo da Administração Pública, acolhendo a ideia de uma processualidade ampla. É dizer: uma processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Ainda, a autora sustenta que a Constituição Federal de 1988, particularmente, teria adotado a terminologia “processo administrativo” ou “processo” para as atividades administrativas, tal como prescreve os incisos LV e LXXII do art. 5º; o inciso XXI do art. 37; e o §1º do art. 41²³⁰.

Com efeito, a pretensão de se afastar a diferenciação entre os conceitos de procedimento e processo, incluindo as duas espécies em uma mesma nomenclatura, respeitadas as opiniões divergentes, não parece a mais acertada e,

²²⁸ MEDAUAR, op. cit., p. 20.

²²⁹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 30-40.

²³⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 41-42.

tampouco, suficiente para solucionar todas as hipóteses da atuação administrativa, pois esta compreende inúmeras relações jurídicas que não dispõem de uma natureza processual.

Assentada tal premissa, penso que há de se distinguir os contornos do procedimento administrativo e do processo, conforme exposto anteriormente por meio das lições de David Duarte²³¹, para quem o procedimento é uma ação finalística específica e necessária para o caso em concreto, ou seja, corresponde a materialidade da função administrativa.

Adiante, no que tange à origem da normatização dos procedimentos da Administração Pública, podem ser apontadas como modelos precursores, em grande parte, as normas jurídicas previstas na *Ley* espanhola de Azcárate, de 19 de outubro de 1889, e a Lei austríaca, de 21 de julho de 1925. De grande importância para os fundamentos modernos do procedimento administrativo, é imprescindível mencionar a *Administrative Procedure Act*, dos EUA, de 11 de junho de 1946, e a Lei de procedimento administrativo da Alemanha, de 25 de maio de 1976.

A *Ley* de Azcárate é referida como a primeira regulamentação de procedimento administrativo não só na Espanha, mas também no mundo. Como destaca García de Enterría, a lei estabeleceu uma série de princípios significativos e regulamentou medidas como a formação de expedientes, o estabelecimento de registros para anotar a entrada e saída de documentos na Administração Pública, o trâmite da audiência dos interessados, as exigências formais das notificações etc.²³²

Contudo, é por meio da lei espanhola de 1958 que ocorre amplo aprimoramento dos procedimentos administrativos. A lei prescreve normas de direito administrativo formal e material, regulamenta o procedimento prévio à tomada de decisão para otimizar a fase instrutória. Especialmente, este modelo jurídico de procedimento administrativo estabelecido na Espanha exerceu influência na elaboração das leis procedimentais de outros países, tal como se deu em Portugal e em alguns países da América Latina: Peru, Argentina, Uruguai, Costa Rica e Venezuela²³³.

²³¹ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 29.

²³² ENTERRÍA, Eduardo García de. Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992, *Revista de Administración Pública*, p. 205-219, n. 130, jan./abril, 1993, p. 205.

²³³ DUARTE, op. cit., p. 58.

Por sua vez, a lei austríaca de procedimento administrativo (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*) é uma lei geral, abarcando a lei de introdução às leis sobre o procedimento administrativo, a lei administrativa penal e a lei sobre a execução administrativa. Deve ser compreendida como uma consequência do contexto histórico vivenciado naquele país, destacando-se alguns traços deste modelo: a extensão da regulamentação; a não incorporação do direito material; o excesso de formalização do procedimento; e, em certa medida, o estabelecimento de reduzida garantia da publicidade procedimental, pois a transparência do procedimento era garantida apenas para as partes, porém, naquela época, representou um relativo avanço²³⁴.

De suma relevância para o direito administrativo norte-americano, a *Administrative Procedure Act* (APA), editada em 1946, tornou-se importante para assegurar direitos procedimentais e estabelecer parâmetros para a atividade regulatória dos EUA. Elaborada a partir dos relatórios da *Attorney General's Commission*, com a colaboração de Ernest Gellhorn, a APA teve como propósito concretizar o *Amendment V* da Constituição norte-americana, que dispunha acerca do princípio que prescreve que ninguém pode ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem o *due process of law*²³⁵.

A *Administrative Procedure Act* é composta por doze artigos que prescrevem normas relativas à emissão de regulamentos (*rulemaking*) e as regras relativas às decisões individuais (*adjudication*). Estabelece, também, o direito ao recurso e as hipóteses de controle judicial dos atos praticados pelas agências independentes, fixando parâmetros aos tribunais para avaliar o abuso de discricionariedade ou a violação da lei, o excesso de poder e a inobservância do devido processo legal.

Destaca-se, também, a Lei Alemã de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), que dispõe de densidade normativa relativa às questões sobre: o âmbito de aplicação da lei; disposições gerais sobre procedimento, prazos e termos; restabelecimento de direitos; noções gerais sobre a formação do ato administrativo; contratos administrativos; tipos de procedimentos especiais; procedimentos impugnativos; atividade dos órgãos colegiados; e disposições finais.

²³⁴ DUARTE, op. cit., p. 60-61.

²³⁵ DUARTE, op. cit., p. 64.

O §9 da lei procedimental da Alemanha define o que deve ser compreendido como procedimento administrativo, aduzindo que “entende-se por procedimento administrativo toda a atuação das autoridades administrativas que visa produzir efeitos jurídicos externos e tem como fim a verificação dos pressupostos, a preparação e a emissão de um ato administrativo ou a celebração de um contrato administrativo; ele abrange a emissão do ato administrativo ou a celebração do contrato administrativo.”

Observa-se que na Lei Alemã inexistem regras gerais para o procedimento de elaboração de normas regulamentares, secundárias, ou seja, normas que poderiam ser comparáveis ao procedimento do *rulemaking* previsto na *Administrative Procedure Act*, dos EUA. No entanto, a supracitada lei assegura a participação social nos mais diversos procedimentos especiais previstos na *VwVfG*, a participação da coletividade é prevista pelo §25 da *VwVfG*, que estabelece a possibilidade de consulta, informação e inclusão, com data determinada, de audiência dos cidadãos.

O procedimento administrativo formal está previsto no §63 que, em breve explicação de Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg, pode ser compreendido por uma série de atos e diligências especialmente adotadas com o propósito de contribuir para a formação ou para a produção de efeitos de um ato principal. O *iter* e as formalidades necessárias são mais detalhados e rigorosos do que aqueles que ocorrem na ausência de um procedimento administrativo formal²³⁶.

Determinou o legislador germânico a obrigatoriedade da audiência dos interessados, conforme o §66 da *VwVfG*, garantindo a oportunidade para a sociedade se pronunciar antes de ser tomada a decisão final em procedimento administrativo. Ainda, o dispositivo garante o direito de os interessados estarem presentes na oitiva de testemunhas, peritos, inspeção *in loco*, bem como de suscitar questões úteis, sendo facultado aos interessados a consulta de pareceres que existam sob a forma escrita ou eletrônica.

Com o passar dos anos, os países da América Latina também apresentaram sólidas leis procedimentais. A título de exemplo, verifica-se que: Argentina dispõe da *Ley nº 19.549*, de 3 de abril de 1972; Bolívia, a *Ley nº 2.341*, de 23 de abril de 2002; Chile, o Decreto nº 1/19.653, de 13 de dezembro de 2000, e a *Ley nº 19.880*, de 14

²³⁶ CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. *Lei Alemã do Procedimento Administrativo: guia de leitura e anotações*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 80.

de maio de 2003; Colômbia, a *Ley* nº 1.437, de 18 de janeiro de 2011; Costa Rica, a *Ley* nº 6.227, de 2 de maio de 1978; El Salvador, o Decreto nº 81, de 24 de novembro de 1978; Equador, a *Ley* nº 35, de 18 de março de 1968, e o *Decreto Ejecutivo* nº 2.428, de 18 de março de 2002; Guatemala, o Decreto nº 119/96, de 21 de novembro de 1996; Honduras, o Decreto nº 152-87, de 1 de dezembro de 1987; México, a *Ley* de 4 de agosto de 1994 e a *Ley Federal* de 1º de dezembro de 2005; Nicarágua, a *Ley* nº 290, de 27 de março de 1998; Panamá, a *Ley* nº 38, de 31 de julho de 2000; Paraguai, a *Ley* nº 1.462, de 18 de julho de 1935 e a *Ley* nº 4.679, de 17 de agosto de 2012; Peru, a *Ley* nº 27.444, de 11 de abril de 2001, e a *Ley* nº 29.060, de 7 de julho de 2007, que regulamenta o silêncio administrativo; República Dominicana, a *Ley* nº 107-13, de 6 de agosto de 2013; Uruguai, o Decreto 500/991 com as modificações do Decreto 420/007 ao Decreto 640/973, de 8 de agosto de 1973, e a *Ley* nº 15.869, de 22 de junho de 1987; Venezuela, a *Ley* nº 2.818, de 1º de julho de 1981²³⁷.

É de se observar que, no tocante à elaboração de uma norma geral de procedimentos administrativos nos diversos países, esta dependerá do modo como o direito administrativo vem se desenvolvendo internamente.

Carlos Ari Sundfeld²³⁸, atento à questão da construção do direito administrativo sob uma perspectiva comparativa entre as nações, ressalta que no direito francês a seara administrativa é fruto de uma jurisprudência bem sedimentada dos tribunais administrativos, acumulada a partir do século XVIII, fazendo com que, na França, o procedimento administrativo não necessitasse de um impulso de uma lei-quadro geral.

Por outro lado, em alguns países que não dispunham da mesma tradição jurisprudencial nos moldes do *Conseil d'État* francês, foi por meio de uma lei geral de procedimentos que se estabeleceram parâmetros, mecanismos e soluções no direito administrativo.

Voltando nossos olhos à realidade brasileira, observa-se que o surgimento de normas gerais sobre procedimento administrativo ocorreu de forma tardia e minimalista²³⁹, ainda que já existissem atividades procedimentalizadas previstas em

²³⁷ PERLINGEIRO, Ricardo (Coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. Rio de Janeiro: EMARF/TRF2ª, 2017, p. 15-20.

²³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 296.

²³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 306.

normas especiais, principalmente, as normas referentes à imposição de sanção administrativa, procedimentos licitatórios, tributários etc.

Isso porque apenas no final da década de 1990 advieram, de fato, as primeiras normas gerais procedimentais no âmbito dos entes políticos. Diante das mudanças estruturais²⁴⁰ que a Administração Pública brasileira vivenciou, também se tornou necessário modernizar e fortalecer o direito administrativo.

Desse modo, surgiram no Brasil as primeiras leis de procedimento administrativo. Inicialmente, a Lei do Estado de São Paulo, Lei estadual nº 10.177/1998, e, alguns meses depois, a Lei de Processo Administrativo Federal, Lei federal nº 9.784/99²⁴¹, posteriormente, sobrevieram diversas leis municipais e estaduais²⁴².

A título de exemplo, ao adotarmos como parâmetro a Lei nº 9.784/99, se constata que o legislador pátrio estabeleceu 70 artigos para regulamentar o que denominou como “processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal”, mas a preferência pela terminologia processo administrativo não afasta a existência de normas tipicamente procedimentais na referida lei. Este diploma normativo abrange os princípios e critérios aplicáveis à Administração Pública, os direitos e deveres do administrado, a definição dos legitimados processuais, os parâmetros da competência e a sua delegação, as hipóteses de impedimentos e suspeição, a prática e a comunicação dos atos processuais, o procedimento a ser adotado nas fases de início, instrução, julgamento e recurso, a previsão de audiências e consultas públicas, bem como aspectos atinentes às questões que tratam sobre a motivação, anulação, revogação e convalidação do ato administrativo²⁴³.

²⁴⁰ Principalmente, em decorrência do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995.

²⁴¹ Embora a Lei nº 9.784/99 seja uma norma federal, aplicável somente à União, diante da ausência de uma norma de procedimento administrativo em algum dos entes subnacionais, o STJ vinha defendendo a possibilidade de aplicação subsidiária da norma federal. De tal forma, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou o seguinte enunciado para a súmula nº 633: “A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”.

²⁴² O Estado de Pernambuco, por exemplo, estabeleceu as normas básicas sobre processo administrativo por meio da Lei estadual nº 11.781/2000.

²⁴³ Com contornos de novidade, a Lei nº 14.210/2021 acrescentou o capítulo XI-A à Lei nº 9.784/99, para dispor sobre a hipótese de decisão coordenada no âmbito da Administração Pública federal. As decisões que exijam a participação de 3 ou mais setores, órgãos ou entidades poderão ser tomadas mediante decisão coordenada sempre que for justificável pela relevância da matéria e houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório. No entanto, ressalta-

Muito se tem discutido sobre a importância do desenvolvimento de procedimentos administrativos como um fenômeno que repercute na qualidade da função administrativa. Daí que, na seara da atividade regulatória, como analisado anteriormente, não se pode esquecer do surgimento da Lei nº 13.848/2019 e do microssistema normativo resultante, uma vez que este é mais específico, tornando as normas procedimentais previstas na Lei nº 13.848/2019 de observância obrigatória para os entes reguladores independentes.

O procedimento administrativo, assim como tantas outras técnicas, pode ser moldado e adaptado de tantas maneiras quantos forem os métodos delineados pela Administração Pública. De tal sorte, o estudo acerca de como e em que medida esses novos modelos procedimentais modificam a estrutura da atividade regulatória é imprescindível.

Diante de tantos desafios no que diz respeito à regulação de questões científicas e tecnológicas, caracterizados por incertezas, mudanças disruptivas e inovações, uma solução possível é formular procedimentos administrativos adequados e que, na medida do possível, visem estabelecer uma normatização regulatória semelhante ao método científico²⁴⁴.

4.2 Aperfeiçoamento da qualidade regulatória e a técnica da análise de impacto regulatório

Desde meados da década de 1980, ocorreu em diversos países um gradativo processo de repaginação da regulação, com a finalidade de reduzir os riscos e as incertezas dessa atividade. Trata-se, em verdade, da utilização de mecanismos de aprimoramento técnico da produção normativa e da tomada de decisão para garantir uma boa governança regulatória. Há o fortalecimento da atividade regulatória no âmbito dos órgãos técnicos de forma transversal, melhorando os procedimentos para que sejam mais racionais e executados por um menor dispêndio de recursos públicos.

Nesse contexto de transformações, se destacam as pesquisas desenvolvidas pela Comissão Europeia em parceria com a Organização para a Cooperação e

se que a decisão coordenada não poderá ser aplicada aos processos administrativos de licitação, relacionados ao poder sancionador, ou em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos.

²⁴⁴ BARNES, Javier. *Transforming administrative procedure*. Sevilla: Global Law Press Editorial Derecho Global, 2015, p. 29.

Desenvolvimento Econômico — OCDE. A necessidade de desenvolver melhores práticas regulatórias tornou-se fundamental para que os países-membros da União Europeia adotassem novas técnicas que visassem corrigir as falhas de mercado, mitigar as desigualdades sociais, proteger os trabalhadores e consumidores, assim como o meio ambiente.

O programa desenvolvido no âmbito da OCDE, conhecido como *Better/Smarter Regulation*, aponta caminhos para fortalecer o sistema de gerenciamento regulatório, garantindo a elaboração de normas regulatórias equilibradas, bem como incentiva a revisão das regulações já existentes para assegurar a sua qualidade normativa. Daí que se pode destacar que o programa atribui um enfoque pragmático, flexível e pluralista da regulação, recomendando a utilização de técnicas multidisciplinares para se estabelecer o microssistema regulatório.

Desse modo, em 1995, o Conselho da OCDE publicou pesquisas voltadas para práticas que permitissem alcançar uma melhor qualidade da regulação nos países, destacando a utilização da técnica da análise de impacto regulatório (AIR) como instrumento apto a permitir que as escolhas das políticas regulatórias sejam definidas de forma mais eficientes e eficazes.

Posteriormente, em 1997, as pesquisas aprofundam a discussão sobre melhores práticas de AIR, por meio da publicação *Regulatory Impact Analysis: Best Practices for Regulatory Quality and Performance*. Já no ano de 2005, a OCDE estabelece uma série de princípios orientadores para a atividade regulatória dos países-membros, intitulado de *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*.

Uma nova pesquisa da OCDE no ano de 2014, *Best Practice Principles for Regulatory Enforcement and Inspections*, prescreve a atualização do quadrante principiológico para uma melhor qualidade regulatória, incluindo o planejamento e direcionamento da fiscalização das atividades reguladas, a comunicação com os agentes econômicos, a prevenção da corrupção e o desenvolvimento do comportamento ético, bem como a organização e o aperfeiçoamento da governança das autoridades reguladoras. Consoante se vislumbra das recomendações da OCDE, é possível identificar a existência de onze princípios basilares²⁴⁵:

²⁴⁵ OCDE. *Best Practice Principles for Regulatory Enforcement and Inspections*. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 10.

- 1) Aplicação baseada em evidências²⁴⁶;
- 2) Seletividade²⁴⁷;
- 3) Foco no risco e na proporcionalidade²⁴⁸;
- 4) Regulação responsiva²⁴⁹;
- 5) Visão de longo prazo²⁵⁰;
- 6) Coordenação e consolidação²⁵¹;
- 7) Governança transparente²⁵²;
- 8) Integração de informações²⁵³;
- 9) Processo claro e justo²⁵⁴;
- 10) Promoção da conformidade (*compliance*)²⁵⁵; e

²⁴⁶ A atividade regulatória deva ser baseada em evidências e medições. É dizer, deve ser decidido o que se pretende regular e como deve ser realizada através da análise de dados e de evidências, inclusive, os resultados devem ser avaliados regularmente. (OCDE, op. cit., p. 17).

²⁴⁷ Por sua vez, o princípio da seletividade aponta para o fato de que a promoção da conformidade e o cumprimento das regras devem ser deixados para o setor privado e as ações da sociedade civil onde for possível e eficiente, pois as normas regulatórias não podem estar em todos os lugares e normatizar todas as situações do convívio social e econômico. Há muitas outras maneiras de atingir os objetivos regulatórios. (OCDE, op. cit., p. 23).

²⁴⁸ A regulação deve ser baseada no risco e de forma proporcional: a frequência das fiscalizações e dos recursos empregados devem ser proporcionais ao nível de risco. As ações devem ter como objetivo reduzir o risco real representado pelas infrações praticadas pelos agentes econômicos. (OCDE, op. cit., p. 27).

²⁴⁹ A regulação responsiva é uma abordagem que foi formalizada em 1992 por I. Ayres e J. Braithwaite. A técnica defende a hipótese de que a regulação mais eficaz seria aquela que não trate todas as normas regulatórias de forma uniforme, ou todas as aplicações de sanções de forma semelhante. Em vez disso, a diferenciação deve ser baseada no comportamento geral dos agentes econômicos regulados, no padrão de violações às normas, se recorrente ou a primeira infração etc. Assim, as agências reguladoras devem adotar uma estratégia de regulação diferenciada, analisando o comportamento e o histórico das empresas no comprometimento em obedecer às normas regulatórias. O cumprimento responsivo promove a conformidade de forma mais eficaz, ao mesmo tempo que reduz o fardo imposto às empresas de “melhor desempenho”. (OCDE, op. cit., p. 34).

²⁵⁰ Os governos devem adotar políticas e mecanismos institucionais de regulação e fiscalização com objetivos claros e uma meta de longo prazo. (OCDE, op. cit., p. 37).

²⁵¹ A atividade fiscalizatória deve ser coordenada e, quando necessário, consolidadas. Quanto menor for a duplicação e sobreposições de fiscalização exercida por entes ou órgãos distintos, melhor será o uso dos recursos públicos, minimizando a carga sobre as atividades reguladas e maximizando a eficácia. (OCDE, op. cit., p. 41).

²⁵² As estruturas de governança para o cumprimento da atividade regulatória devem ser lastreadas por meio da transparência, do profissionalismo e da gestão orientada para resultados. A aplicação da regulação deve ser independente da influência externa. (OCDE, op. cit., p. 47).

²⁵³ As tecnologias de informação e comunicação devem ser usadas para maximizar o foco, a coordenação e o compartilhamento de informações, bem como o uso otimizado dos recursos públicos. (OCDE, op. cit., p. 51).

²⁵⁴ Os entes reguladores devem garantir que sejam estabelecidas regras claras e um procedimento de fiscalização eficiente. Os agentes econômicos regulados devem ser informados sobre quais direitos e obrigações eles têm durante os procedimentos de fiscalização de conformidade com a norma, como contestar e recorrer das decisões etc. (OCDE, op. cit., p. 55).

²⁵⁵ A transparência e a conformidade (*compliance*) devem ser promovidas por meio do uso de instrumentos apropriados. Os governos devem publicar todo o material de orientação, dispondo de

11) Profissionalismo²⁵⁶.

Em 2017, a OCDE publica o *Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, que estabeleceu um *checklist* para ajudar os entes reguladores, os regulados e a sociedade, na avaliação do nível de desenvolvimento do sistema regulatório, fixando diretrizes para identificar pontos fortes e fracos, como também os potenciais aspectos da regulação que são passíveis de melhoria.

Conforme pode ser constatado por meio da pesquisa elaborada pela organização internacional, os então intitulados princípios para melhores práticas regulatórias passam a compor uma *checklist* de doze critérios, que correspondem aos onze princípios supramencionados e um novo critério definido como “verificação da realidade”. O novo critério introduzido consiste no fato de que as instituições responsáveis pela atividade regulatória devem entregar o desempenho que se espera delas em termos de satisfação no setor regulado; de eficiência, por meio de uma ponderação entre os benefícios e os custos; e de eficácia total, garantido a segurança, saúde, proteção ambiental etc.²⁵⁷

Assim sendo, os princípios (ou critérios) em que se sustenta o programa do *Better/Smarter Regulation* podem ser sintetizados do seguinte modo: proporcionalidade, transparência, coerência, determinação dos objetivos a serem alcançados, e controle.

Passando-se adiante no estudo do tema, não se pode olvidar que uma das principais práticas procedimentais recomendadas pela OCDE diz respeito à elaboração da análise de impacto regulatório (AIR). É dizer, a produção de um relatório para cada norma regulatória relevante, onde constará uma avaliação sobre os potenciais impactos que a regulação possa acarretar aos mais variados setores da sociedade e da economia.

fácil acesso às normas regulatórias e aos mecanismos de participação, principalmente, em portais de internet. Devem ser incluídos nos sítios eletrônicos o máximo de ferramentas de “autoverificação” para ajudar os agentes econômicos a melhorarem suas capacidades de conformidade (*compliance*). (OCDE, op. cit., p. 59).

²⁵⁶ Os servidores das agências reguladoras devem ser treinados para uma atuação profissional, íntegra, pautada na consistência e transparência. Assim, é preciso realizar um treinamento substancial com foco não apenas em habilidades técnicas, mas também em habilidades de inspeção e em estabelecer diretrizes para manter a consistência da atuação dos agentes públicos. (OCDE, op. cit., p. 63).

²⁵⁷ OCDE. *Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 50.

A análise de impacto regulatório detém uma dupla finalidade: uma ferramenta de apoio e um procedimento para tomada de decisão, informando ao agente regulador como poderá alcançar os objetivos regulatórios ou, até mesmo, se a regulação se faz pertinente em determinada hipótese.

Como ferramenta de apoio, a AIR busca garantir um procedimento sistemático e rigoroso de identificação e avaliação dos impactos potenciais das política regulatórias, avaliando os custos e benefícios esperados. Já a função de um procedimento para a tomada de decisão, a AIR complementa outros elementos essenciais da política regulatória, tal como as consultas e audiências públicas, desenvolvendo uma melhor compreensão do provável impacto das opções regulatórias na sociedade, de uma forma em que possa ser utilizada para orientar as deliberações²⁵⁸.

Tecnicamente, a OCDE define a AIR como uma ferramenta de política sistemática usada para examinar e medir os prováveis benefícios, custos e efeitos de uma regulamentação nova ou existente. A sua estrutura central deve conter os seguintes elementos: a) título da proposta, o objetivo e o efeito pretendido da política regulatória; b) uma avaliação do problema e a consideração de opções alternativas; c) avaliação de toda a distribuição de seus impactos; d) participação dos interessados; e) estratégias de *compliance* e procedimentos de monitoramento e avaliação²⁵⁹.

Já a doutrina, podendo-se indicar as lições de Jean-Bernard Auby e Thomas Perroud²⁶⁰, aponta para o fato de que a análise de impacto regulatório é revestida por múltiplos significados. No entanto, há algumas características em comum sobre a definição que podem ser identificadas.

A primeira característica seria o fato de que a técnica da AIR independe da natureza das normas que serão objeto de análise, pode servir para medir os impactos da elaboração de qualquer diploma normativo, até mesmo um projeto de lei, um regulamento etc.

²⁵⁸ DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: the role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD Regulatory Policy Working Papers, 2016, p. 8.

²⁵⁹ OCDE. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policy makers*. Paris: OECD Publishing, 2008, p. 14.

²⁶⁰ AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013, p. 21.

Em sequência, a segunda característica se refere à utilização da AIR como um processo *ex ante*, pois o objetivo da análise de impacto regulatório é uma estimativa anterior ao efeito provável sobre uma política regulatória determinada²⁶¹.

A terceira característica em comum consiste no fato de que a técnica da análise de impacto regulatório abarca aspectos relacionados ao procedimento, como também ao documento em que foi realizada a análise, seja em forma de recomendação, seja como mera informação sobre os impactos positivos e negativos de uma norma. Refere-se a um ato preparatório e cujo conteúdo pode variar em cada país.

Em derradeiro, a quarta característica apontada por Jean-Bernard Auby e Thomas Perroud é a natureza de trabalho científico em que está situada a técnica de análise de impacto, ainda que a capacidade técnica-científica seja bastante variável entre os países. As habilidades e capacidades necessárias para realizar esta atividade são diversas e precisam contar com a participação de profissionais multidisciplinares²⁶².

O propósito desta técnica consiste em ampliar o foco da avaliação regulatória, com o intuito de convertê-la em parte inerente ao procedimento de elaboração das políticas regulatórias. De acordo com Jean-Bernard Auby e Thomas Perroud²⁶³, alguns critérios podem ser explicitados para compreensão da AIR:

- a) Identificação dos objetivos e da proposta regulatória;
- b) Avaliação dos riscos na área de atuação das normas regulatórias;
- c) Identificação dos benefícios de cada opção encontrada, incluindo a possibilidade de “não fazer nada”;
- d) Examinar todos os custos, incluindo os indiretos;
- e) Identificar as opções para assegurar o cumprimento;
- f) Verificar o impacto que possa ocasionar em pequenos negócios e fornecer assessoramento especializado para tais casos;

²⁶¹ Não obstante, a AIR também pode ser utilizada posteriormente para revisar as políticas regulatórias já existentes. A análise de impacto regulatório *ex ante* se distingue da sua utilização como mecanismo de análise *ex post*, haja vista que esta teria como finalidade a aferição dos impactos já produzidos pela regulação, e não nas potenciais consequências que a norma poderá produzir para o futuro.

²⁶² AUBY; PERROUD, op. cit., p. 22.

²⁶³ AUBY; PERROUD, op. cit., p. 47.

- g) Realizar audiências públicas para conhecer as alegações dos afetados pela regulação, agindo de maneira transparente sobre os temas e alternativas que serão debatidos;
- h) Estabelecer os critérios para a supervisão e avaliação; e
- i) Fornecer resumos e recomendações às autoridades competentes, no que tange às opiniões expressadas nas audiências públicas.

Ao ponderar sobre as finalidades da AIR, Susan Rose-Ackerman aduz que a função básica e fundamental da análise de impacto é contribuir para a elaboração de normas regulatórias que sejam capazes de gerar benefícios reais, ao mesmo tempo em que melhore o controle, a redução das contas públicas, e incorpore valores relevantes²⁶⁴. Para a autora, a AIR também se preocupa com a eficácia funcional do Direito, pois o Estado deve avaliar as leis e as normas regulatórias para determinar quais efeitos terão sobre o comportamento humano e se, de fato, constituem benefícios para a coletividade²⁶⁵.

Nesta mesma linha argumentativa, Edward Donelan²⁶⁶ ressalta o escopo desta técnica regulatória:

La evaluación de impacto regulatorio es, pues, un instrumento que tiene por objeto estructurar la pluralidad de opciones o alternativas ante una medida pública. Se utiliza cuando una o varias de esas opciones pueden desembocar en una nueva regulación, o bien terminan en una reforma de la misma; asimismo este método facilita el análisis y la consideración de alternativas distintas a la regulación tradicional y el recurso a modalidades más flexibles de regulación. Exige además un análisis detallado para determinar si las diferentes opciones, incluyendo las normativas, van a tener el impacto o efecto deseado²⁶⁷.

²⁶⁴ROSE-ACKERMAN, Susan. Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho? In: AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013, p. 120.

²⁶⁵ ROSE-ACKERMAN, op. cit., p. 125.

²⁶⁶DONELAN, Edward. Progresos y retos en la desarrollo y uso de la evaluación de impacto regulatorio en determinados países de la OCDE y de la Unión Europea. In: AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013, p. 169.

²⁶⁷ Tradução livre: “A avaliação de impacto regulatório é, portanto, um instrumento que visa estruturar a pluralidade de opções ou alternativas perante uma medida pública. É utilizado quando uma ou mais dessas opções podem levar a uma nova regulação, ou culminar em uma reforma da mesma; Da mesma forma, este método facilita a análise e consideração de alternativas além da regulação tradicional e o uso de modos de regulação mais flexíveis. Também requer uma análise detalhada para determinar se as diferentes opções, incluindo os atos normativos, terão o impacto ou efeito desejado.”

Com efeito, há de se ressaltar que a técnica da análise de impacto regulatório pode apresentar alguns desafios e riscos para a sua implementação nos países. A OCDE expõe um rol de dificuldades que foram identificadas pelas nações que iniciaram a utilização da AIR, por meio de seis situações: 1) falta de apoio institucional e de um corpo técnico capacitado, especificamente para conduzir a AIR, pois os problemas técnicos devem ser continuamente enfrentados. Daí advém um alto risco de termos um processo burocrático e lento em vez de uma ferramenta útil de análise; 2) baixa divulgação da utilização da AIR reduz a sua finalidade de melhorar a qualidade regulatória, perdendo a oportunidade de ampliar a participação social no procedimento; 3) falta de dados técnicos necessários para fundamentar a AIR, bem como encontrar indicadores apropriados para facilitar a medição do impacto regulatório; 4) ausência de um processo político participativo, coerente e baseado em evidências; 5) pouco empenho da Administração Pública, principalmente, devido à inércia no ambiente político, se caracterizando como um dos obstáculos mais significativos para implementação de uma AIR eficaz; e 6) grande oposição de políticos preocupados em perder o controle sobre a tomada de decisões em determinados setores da economia²⁶⁸.

Tanto se mostra assim que Scott Jacobs, baseado na análise histórica das fases de implementação, expansão e consolidação da técnica de análise de impacto regulatório, evidencia os entraves verificados nos países. Para o autor, a utilização desta técnica não seguiu uma tendência linear ascendente, mas, na verdade, compreendeu uma curva em formato de “U”. Dos dados avaliados, se constatou que, nos primeiros anos da implementação, poucas análises de impacto regulatório foram concretizadas.

Posteriormente, como a técnica de AIR foi integrada aos processos gerais de tomada de decisão, se verificou que a sua realização se deu por um grupo de profissionais sem a devida capacitação técnica. Durante o período de expansão da sua utilização, a qualidade das normas regulatórias produzidas pareceu diminuir.

²⁶⁸ OCDE. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policy makers*. Paris: OECD Publishing, 2008, p. 25-26.

Em certo ponto da fase de consolidação da AIR, por meio do treinamento e de outros mecanismos de controle e de qualidade que se aperfeiçoaram durante a expansão, a qualidade dos resultados obtidos pela AIR obteve gradativo avanço²⁶⁹.

A aferição da metodologia aplicada pela técnica de análise de impacto regulatório também se reveste de grande importância. Isso porque existem diversos métodos que são utilizados — sobretudo, nos países que detêm maior expertise —, dos quais se destacam: análise custo-benefício; análise custo-efetividade ou custo-resultado; análise fiscal ou orçamentária; análise de impacto socioeconômico; análise de risco; análise de consequência; análise de custo de conformidade (*compliance*) e de impacto no comércio; análise multicritério²⁷⁰.

De mais a mais, Rafael Oliveira²⁷¹ expõe que a análise custo-benefício (ACB) decorre de uma visão utilitarista do Direito. Ao utilizar essa metodologia, o ente regulador deve considerar todos os custos e os benefícios envolvidos na norma regulatória proposta, abrangendo também as situações nas quais não poderiam ser facilmente auferidas sob uma perspectiva econômica²⁷².

O método da ACB não é isento de críticas pela doutrina. A concepção clássica de uma racionalidade ilimitada, onde todas as circunstâncias e resultados poderiam ser previsíveis e quantificados para tomada de decisão, não ocorre no mundo dos fatos. A racionalidade limitada dos agentes econômicos, bem como a complexidade e incertezas, são fatores que repercutem nas escolhas das políticas regulatórias.

Constata-se, portanto, que uma das dificuldades ao se realizar a análise custo-benefício é a atribuição de pesos aos contextos que não são suscetíveis de serem monetizados. O método da ACB está longe de ser uma análise completa de todos os custos e benefícios que podem surgir de uma proposta normativa.

²⁶⁹ JACOBS, Scott. *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making*, 2006. Disponível em: < http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs_Current_Trends_and_Processes_in_RIA_May_2006.pdf>. Acesso em: 5 de julho de 2021.

²⁷⁰ OCDE. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policy makers*. Paris: OECD Publishing, 2008, p. 46-47.

²⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 271-272.

²⁷² Rafael Oliveira destaca importante observação sobre a aplicação do método ACB no direito norte-americano. O Decreto Executivo nº 13.563/2011, que regulamenta a matéria, estabelece, em sua seção 1, a necessidade de que o método da análise custo-benefício seja utilizado por meio de parâmetros quantitativos e qualitativos, abrangendo, também, valores que são de difícil ou impossível monetização, tais como a equidade, dignidade humana e justiça. (OLIVEIRA, op. cit., p. 273)

Alguns aspectos do procedimento regulatório implicariam na realização de um juízo político, principalmente nos casos em que os impactos apenas poderão ser verificados em longo prazo. Diante desta situação de imprevisibilidade, não seria possível estabelecer um valor presente aos custos e aos benefícios que, em realidade, somente poderiam ser apreciados prospectivamente. A quantificação tornar-se-ia difícil quando tivesse por objeto a proteção de bens não negociáveis, tampouco de fácil monetarização, tais como: a vida, a saúde, a segurança e a conservação do meio ambiente.

Anthony Ogus chama atenção para o fato de que não seria possível definir com precisão qual critério poderia ser o mais adequado diante da análise custo-benefício. Para tanto, estabelece algumas considerações²⁷³:

*En primer lugar, la envergadura de los costes totales en relación con los beneficios globales: cuanto menores sean los primeros, más aceptable será la intervención normativa. En segundo término, la identificación de los grupos que dentro de la comunidad se benefician y pierden, respectivamente, a resultas de la política de la que deriven los costes en cuestión. Cuanto más coincidan estos grupos, más aceptable será la intervención. En tercer lugar, há de tenerse en cuenta la medida en que los costes se distribuyen en la comunidad en general: cuanto más ajustados los costes e identificables los perdedores, más inaceptable será la intervención normativa objeto de análisis*²⁷⁴.

A análise custo-benefício não abrange, em regra, a avaliação dos custos de oportunidade. Ou seja, diante da incerteza científica, os esforços realizados para prevenir certos riscos podem conduzir a piores resultados, pois sobriam menos recursos disponíveis para combater outros riscos de maior extensão danosa.

Partindo desta constatação, Anthony Ogus defende que o método mais adequado se trata de uma análise custo-eficácia (ou custo-rendimento), em detrimento ao custo-benefício. Vis à vis, a análise custo-eficácia tem como funções principais: a) estabelecer o tipo de intervenção normativa necessária para maximizar

²⁷³ OGUS, Anthony. La Evaluación de Impacto Regulatorio: Una Perspectiva Económico-Política. In: AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013, p. 79.

²⁷⁴ Tradução livre: “Em primeiro lugar, a escala dos custos totais em relação aos benefícios globais: quanto menores forem os primeiros, mais aceitável será a intervenção regulatória. Em segundo lugar, a identificação dos grupos dentro da comunidade que se beneficiam e perdem, respectivamente, como resultado da política da qual derivam os custos em questão. Quanto mais esses grupos coincidirem, mais aceitável será a intervenção. Terceiro, até que ponto os custos são distribuídos na comunidade em geral deve ser levada em consideração: quanto mais ajustados os custos e os perdedores identificáveis, mais inaceitável será a intervenção normativa objeto de análise.”

os benefícios para um determinado nível de custo; b) identificar os elementos necessários para gerar benefícios específicos ao menor custo possível.²⁷⁵

O método custo-eficácia deve ser utilizado quando consistir em um objetivo determinado, ou seja, com uma meta a ser cumprida. Para tanto, seria calculado o custo necessário para alcançar a meta através das várias opções disponíveis. A análise custo-eficácia tem como vantagem a possibilidade de estabelecer uma classificação por *ranking* das diversas formas de opções regulatórias, tendo como parâmetro o custo por unidade de eficácia de cada uma das medidas²⁷⁶.

De fato, a necessidade de implementar um ou outro método da técnica de análise de impacto regulatório dependerá dos incentivos envolvidos e dos propósitos de cada país. Não há, por si só, uma metodologia que irá se adequar em todos os contextos sociais e econômicos.

Buscando descortinar o assunto, Scott Jacobs argumenta que, dependendo da conjuntura, seria possível estabelecer parâmetros indicativos sobre qual método analítico é recomendado para a análise de impacto regulatório. Sintetizando-se os parâmetros através da seguinte tabela²⁷⁷:

Tabela 1 – Métodos para realização da AIR

Contexto da AIR	=	Objetivos	=	Método analítico
Economia neoclássica	=	Maximização do bem-estar social pela perspectiva do “Ótimo de Pareto” ²⁷⁸	=	Análise de custo-benefício usando uma métrica monetária em comum

²⁷⁵ OGUS, op. cit., p. 85.

²⁷⁶ OGUS, op. cit., p. 86.

²⁷⁷ JACOBS, Scott. *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making*, 2006. Disponível em: < http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs_Current_Trends_and_Processes_in_RIA_May_2006.pdf>. Acesso em: 5 de julho de 2021.

²⁷⁸ Conceito criado por Vilfredo Pareto, que define um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los de modo que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante. (BARR, Nicholas. *Economics of the Welfare State*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 46.)

Políticas públicas integrando múltiplos objetivos	=	Balancear os impactos positivos e negativos	=	Análise custo-benefício “soft”, com uma ênfase mais forte nos impactos de valores sociais
Perfil de uma administração pública gerencial	=	Custos e performance	=	Análise de custo-efetividade
Foco em competitividade e políticas microeconômicas	=	Minimizar os custos dos negócios	=	Análise de impacto nos negócios, principalmente, nas pequenas e médias empresas
Consenso, grupos de interesse	=	Avaliação de impactos em grupos específicos	=	Análises parciais para saber como a regulação irá afetar os grupos

Fonte: Scott Jacobs (2006)

Numa ótica semelhante, Cass Sunstein já alertava para a necessidade da humanização das consequências da regulação na sociedade, *i.e.*, o Estado regulador deve compreender os efeitos das suas normas na vida das pessoas. Por exemplo, se uma norma regulatória pretende reduzir os riscos no mercado de alimentos, se faz importante conhecer a exata medida da redução que deve ser aplicada sobre determinado alimento e a comparação com o número de vidas que poderão ser salvas, bem como o número de doenças evitadas²⁷⁹.

Por conseguinte, para o autor, é possível humanizar a técnica da análise de impacto regulatório por meio da observação de quatro pressupostos: (i) o regulador não deve ver os custos e os benefícios como abstrações aritméticas, mas sim entender a essência qualitativa dos diversos bens jurídicos envolvidos, com a finalidade de realizar *trade-offs* (escolhas) entre eles; (ii) a AIR deve considerar a existência de valores que são difíceis ou impossíveis de quantificação; (iii) as escolhas regulatórias e a análise custo-benefício devem ser fundamentadas por análise comportamentais baseada em parâmetros do “homem real”, e não do “*homo*

²⁷⁹SUNSTEIN, Cass R. *Valuing life: humanizing the regulatory State*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014, p. 173.

economicus". As decisões tomadas com parâmetros de uma análise disciplinada terão melhores efeitos do que aquelas decididas por mera intuição; (iv) o ente regulador deve buscar as informações fornecidas pela sociedade, *i.e.*, mediante a participação dos diversos setores sociais no procedimento de elaboração das normas regulatórias²⁸⁰.

A técnica da análise de impacto regulatório é frequentemente correlacionada ao predomínio de fatores econômicos, em contraponto aos valores sociais e ambientais. No entanto, é preciso destacar que a AIR também deve ser utilizada como instrumento apto a contribuir com o desenvolvimento social.

Bruno Fernandes Dias chama atenção para a hipótese de que não são apenas os custos de uma regulação que levam os indivíduos a questionarem a sua validade e legitimidade. A demonstração do benefício advindo da regulação, em si mesmo, não é suficiente para convencer todos aqueles impactados pela norma, direta ou indiretamente, que determinada opção regulatória irá melhorar a sociedade. Há de se considerar que valores não monetizáveis também orbitam os anseios sociais e, em defesa desses valores, igual ou maior empenho poderá ser observado em relação àquele que é utilizado pelo ente regulador para edição de normas equilibradas, evitando adotar apenas uma perspectiva econômica²⁸¹.

Sublinha-se a explanação de Rex Deighton-Smith, Angelo Erbacci e Céline Kauffmann²⁸², que definem o desenvolvimento inclusivo como aquele em que o crescimento econômico permite a criação de oportunidades para todos os segmentos da sociedade, distribuindo a riqueza gerada de forma isonômica, em termos monetários ou não-monetários. Se os benefícios do desenvolvimento inclusivo forem mal distribuídos, haverá uma série de implicações negativas para garantir o desenvolvimento das futuras gerações, de modo que as taxas de crescimento econômico e de igualdade na distribuição da renda são correlacionadas²⁸³.

²⁸⁰ SUNSTEIN, op. cit., p. 173-174.

²⁸¹ DIAS, Bruno Fernandes. Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil, *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 71-98, 2015, p. 95.

²⁸² DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: the role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD Regulatory Policy Working Papers, 2016, p. 6-7.

²⁸³ Os autores apontam que determinados países utilizam a análise de impacto regulatório como uma ferramenta de legitimação das suas escolhas em vez de utilizá-la como um instrumento de suporte no procedimento decisório, ou seja, os dados e informações relevantes que são obtidos nos relatórios de impacto seriam referenciados apenas se corroborassem com as políticas regulatórias previamente definidas. (DEIGHTON-SMITH; ERBACCI; KAUFFMANN, op. cit., p. 16.)

Para alcançar um desenvolvimento inclusivo se faz necessário que os agentes reguladores identifiquem e ampliem a análise de impacto regulatório em várias dimensões relevantes, tais como: (i) o impactos em grupos sociais específicos; (ii) impactos em igualdade de gênero; (iii) impactos na pobreza; e (iv) impactos na geração de empregos/trabalho etc.²⁸⁴

É possível identificar que, em muitos países, há previsão normativa estabelecendo a avaliação do impacto distributivo que deve ser incorporada nos procedimentos da AIR, conforme se constata na tabela adiante²⁸⁵:

Tabela 2 – Impactos distributivos integrados à AIR

Países	Determinações
Estados Unidos	Estabelece que seja avaliado os impactos distributivos de novas propostas regulatórias, incluindo o delineamento desses tipos de impactos em uma seção específica separada do documento da AIR.
Reino Unido	O <i>Impact Assessment Toolkit</i> afirma que “as diferentes camadas da sociedade que podem ser afetadas também precisam ser identificadas, bem como a distribuição dos impactos entre os vários grupos”.
Canadá	Sempre que possível a AIR deve mostrar como os custos e benefícios são distribuídos entre as várias partes afetadas, por exemplo, homens ou mulheres, empresas e governo, setores da economia e regiões do Canadá etc.
Comissão Europeia	Recomenda considerar os impactos distributivos nos cidadãos, consumidores, trabalhadores, empresas, agentes públicos, monitorando os efeitos distributivos em outros grupos, incluindo estudantes, jovens, idosos, imigrantes ou pessoas que sofrem discriminação, em casos específicos em que uma proposta regulatória

²⁸⁴ Como hipótese de outras dimensões que são valoradas na análise de impacto regulatório, é possível mencionar que o México considera a inclusão da dimensão da coerência da norma com os direitos humanos.

²⁸⁵ DEIGHTON-SMITH; ERBACCI; KAUFFMANN, op. cit., p. 20-21.

	possa produzir impactos significativos sobre eles.
República Tcheca	A estrutura da AIR exige que todos os grupos afetados pela regulação sejam identificados por meio de análises qualitativas e quantitativas.
México	Todos os custos e benefícios de uma regulação devem ser avaliados separadamente, incluindo o impacto esperado em cada grupo de indivíduos, indústrias ou regiões que podem ser afetados.
Austrália	O guia de AIR prescreve que os entes reguladores “identifiquem quem provavelmente será afetado por cada opção regulatória e avaliem os custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais, bem como se esses custos e benefícios podem ser distribuídos”.

Fonte: Rex Deighton-Smith, Angelo Erbacci e Céline Kauffmann (2016)

Conforme se verificou, o desenvolvimento inclusivo pode ser incorporado nos procedimentos de elaboração da análise de impacto regulatório. Não obstante, a doutrina debate acerca da importância em balizar quais as hipóteses em que o ente regulador, obrigatoriamente, adotará uma análise que abranja o impacto em múltiplas dimensões.

Quanto aos argumentos possíveis, se destacam quatro perspectivas em que a análise de um desenvolvimento inclusivo seria imprescindível: (i) em todas as AIR; (ii) quando o objetivo identificado da política regulatória seja de natureza distributiva ou social; (iii) quando uma avaliação preliminar indicar a probabilidade de que as questões sejam importantes; (iv) apenas quando certos tipos de impactos identificados, distributivos ou sociais, são avaliados previamente como prováveis de ocorrer²⁸⁶.

Há de se ressaltar, por oportuno, que a principal vantagem de realizar uma análise de impacto multisetorial e inclusiva é permitir com que cada AIR demonstre as questões identificadas e avaliadas, garantindo transparência em relação ao cumprimento das políticas regulatórias. A inclusão de uma discussão ampla dos impactos, sob uma perspectiva de um desenvolvimento inclusivo, permitiria às partes

²⁸⁶ DEIGHTON-SMITH; ERBACCI; KAUFFMANN, op. cit., p. 36.

interessadas a possibilidade de acompanhar e, possivelmente, questionar as medidas adotadas pelo ente regulador.

Não obstante, alguns desafios podem ser apontados para a implementação obrigatória em todas as análises de impacto regulatório para múltiplas áreas. Rex Deighton-Smith, Angelo Erbacci e Céline Kauffmann argumentam que essa medida poderia ser excessivamente prejudicial para a clareza e a coerência da AIR, pois poderiam existir riscos graves se excessivos requisitos fossem necessários para continuidade da atividade regulatória, correndo o risco de direcionar mal os recursos limitados da AIR e minar o foco do procedimento²⁸⁷.

No entanto, se discute na doutrina²⁸⁸ que uma análise de impacto regulatório ampla, analisando aspectos de um desenvolvimento econômico inclusivo em múltiplas perspectivas, deve ser realizada apenas quando for provável a ocorrência de certos tipos de impactos distributivos ou sociais. Essa opção exigiria a elaboração de uma avaliação inicial das prováveis áreas de abrangência da proposta regulatória, com a finalidade de determinar se uma análise de desenvolvimento inclusivo seria necessária. Busca-se avaliar, em termos gerais, se os impactos têm chances reais de ocorrer em determinados setores²⁸⁹.

O ponto negativo desta limitação na AIR se trata da implicação que pode refletir na aceitação da medida por parte dos entes reguladores, no que diz respeito à elaboração de uma análise de impacto regulatório que prestigie o desenvolvimento inclusivo. Deve ser considerada a possibilidade de ocorrerem a elaboração de sucessivas decisões para considerar como desnecessária ou com pequenos impactos acarretados e, assim, esquivar-se da elaboração de uma ampla análise de impacto regulatório.

Os diversos critérios de aplicação da técnica da análise de impacto regulatório, por certo, possuem suas vantagens e desvantagens, pois cada país possui suas características jurídicas, econômicas e sociais, de modo que os problemas verificados no âmbito da atividade regulatória em determinados países nem sempre poderão ser resolvidos pela mesma solução.

²⁸⁷ DEIGHTON-SMITH; ERBACCI; KAUFFMANN, op. cit., p. 37.

²⁸⁸ DEIGHTON-SMITH; ERBACCI; KAUFFMANN, op. cit., p. 39.

²⁸⁹ A avaliação inicial não teria como finalidade abordar o tamanho desses impactos, mas sim a sua provável existência. Daí que essa abordagem tem a característica de não exigir uma análise aprofundada em circunstâncias nas quais não foi identificada, preliminarmente, a possibilidade de ocorrer impactos que impossibilitem o desenvolvimento econômico e social inclusivo.

Apesar das difíceis escolhas que deverão ser adotadas para a sua implementação, percebe-se que a análise de impacto regulatório é uma importante ferramenta para auxiliar na tomada de decisão do ente regulador e, também, um procedimento de qualidade que ajuda a projetar políticas regulatórias baseadas em evidências técnicas, garantindo a transparência da atuação estatal. As relações de causa-efeito e as possíveis consequências, a seleção e comparação das diversas opções e as análises dos efeitos previstos, tudo isso irá contribuir para evitar que sejam produzidas normas sem efetividade.

O procedimento regulatório normativo com um enfoque jurídico-formal é transformado para um embasado em informações multidisciplinares obtidas por especialistas de diversas áreas de conhecimento. De tal modo, se a análise de impacto regulatório contemplar um procedimento participativo, com audiências designadas antecipadamente e de maneira ordenada, facilitará o debate acerca das alternativas e consequências de determinada política pública, assim como fortalecerá o procedimento de legitimação da atividade regulatória.

4.3 Panorama da utilização da AIR no âmbito das agências reguladoras federais

No Brasil, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), criado por meio do Decreto nº 6.062/2007, com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), tem como finalidade contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento social e da qualidade da regulação de mercados.

Apesar do pioneirismo e da busca em suprir a lacuna da gestão dos entes reguladores, o PRO-REG se tornou subdimensionado em termos de recursos humanos e técnicos, não chegando a assumir um *status* institucional mais alto²⁹⁰. Ao longo de sua execução, o programa desenvolveu diversas ações e, principalmente, recomendou e expandiu o uso da técnica de análise de impacto regulatório.

A Lei nº 13.874/2019, responsável por instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, também reafirmou a necessidade da utilização de

²⁹⁰ PECI, Alketa; RAGAZZO, Carlos; BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Katia. Risco regulatório e efeitos sobre investimentos: uma agenda de melhoria regulatória e de fortalecimento da governança institucional. In: NEGRI, João Alberto de; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Organizadores). *Desafios da nação*: artigos de apoio, vol. 2. Brasília: IPEA, 2018, p. 529.

procedimentos para avaliar o impacto dos atos regulatórios, não restringindo a sua utilização apenas no âmbito das agências reguladoras, mas sim ampliando a utilização para os órgãos ou entidades da Administração Pública federal, incluídas também as autarquias e as fundações públicas.

Mais específica, a Lei nº 13.848/2019 (Lei Geral das Agências Reguladoras Federais), ao dispor sobre a gestão, organização e o processo decisório das agências reguladoras, especialmente em seus arts. 6º e 7º, prescreve aos entes reguladores a necessidade da realização de análise de impacto regulatório para a adoção ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Destaca-se que a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – SAG, no dia 15 de setembro de 2017, abriu consulta pública para receber sugestões sobre propostas de diretrizes gerais e roteiro analítico sugerido para estudos sobre a análise de impacto regulatório. Para subsidiar o debate no âmbito da consulta pública, a SAG promoveu a elaboração do documento intitulado “Inventário de AIR”, que compara a implementação, com o recorte até o ano de 2017, dos principais elementos das análises de impacto regulatório produzidas pelas agências reguladoras federais²⁹¹.

É possível identificar as principais características da utilização da técnica da análise de impacto regulatório por meio da seguinte síntese²⁹²:

a) Abrangência da AIR: todas as agências reguladoras consultadas informaram que utilizam, em certa medida, a análise de impacto regulatório. No entanto, a AIR não é obrigatória para a ANTAQ, ANCINE, ANP e ANA²⁹³;

b) Quantidade de AIR realizadas (até 2017): é possível verificar uma grande disparidade de análises de impacto concluídas pelas agências reguladoras. Destacam-se a ANVISA, ANAC e ANEEL, que produziram, aproximadamente, 500 AIR desde o momento em que o procedimento passou a ser exigido no âmbito de

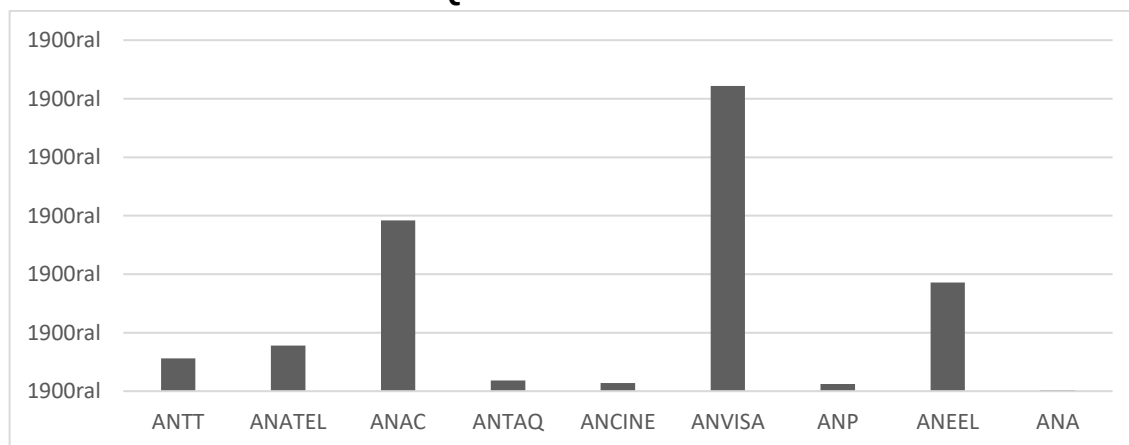
²⁹¹ A Agência Nacional de Mineração (ANM) não fez parte da pesquisa, pois sua criação ocorreu apenas no ano de 2017, por meio da Lei nº 13.575.

²⁹² CASA CIVIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG). *Inventário AIR: Agências Federais* (Anexo II). Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/inventario-air-visao-geral-da-analise-de-impacto-regulatorio-nas-agencias-reguladoras-federais>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

²⁹³ Os dados foram obtidos antes da entrada em vigor das Leis 13.848/2019 e 13.874/2019, portanto, a obrigatoriedade da elaboração da AIR dependia de base normativa específica para cada uma das agências reguladoras.

elaboração de atos normativos. O ano de início de elaboração de AIR para a ANEEL, ANVISA e ANAC se deu, respectivamente, em 2011, 2012 e 2013;

Gráfico 1 – Quantidade de AIR realizadas



Fonte: Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – SAG (2017)

c) Previsão de excepcionalidade: em grande parte das agências reguladoras em que a AIR é obrigatória, sua dispensa pode ser solicitada à Diretoria, mediante justificativa, possibilitando a existência de uma ampla margem de dispensa;

d) Metodologia específica para AIR: A ANTT, ANATEL, ANVISA e ANS utilizam ou possuem minuta de normativo prevendo níveis diferenciados de AIR, sendo o faseamento em 3 níveis o caso mais comum. Por outro lado, nas demais agências reguladoras, a escolha da metodologia é feita caso a caso;

e) Inserção da AIR no processo decisório: em todas as agências reguladoras é possível aferir que há orientação ou previsão normativa nesse sentido. Porém, a apresentação da AIR só é exigida no momento da consulta ou audiência pública, ou no momento de apresentação da proposta à aprovação da Diretoria, o que pode facilitar sua realização muito tardiamente no processo normativo ou sua utilização apenas como justificativa para decisões já previamente definidas pelo regulador;

f) Participação social e transparência: a utilização da AIR nos procedimentos de participação social está prevista para a maioria das agências reguladoras, que dispõem de procedimentos de consulta e audiências públicas. No entanto, a AIR é disponibilizada para público após a sua finalização, juntamente com

a minuta do ato normativo. Assim, constata-se que há diálogos com sociedade apenas após a elaboração da análise de impacto, ressalvadas algumas experiências de troca de informações e consultas prévias que ocorreram em forma de reuniões ou tomadas de subsídios ainda na fase de identificação da problematização;

g) Análise de risco: observa-se que nenhuma agência reguladora contava com uma análise de risco sistematizada até o levantamento dos dados, em 2017;

h) Capacitação em AIR: a capacitação foi apontada como fator crítico para a adequada institucionalização e para a efetiva implementação da AIR. A análise de impacto vem sendo elaborada por profissionais das áreas finalísticas, mas a maioria das agências reguladoras tem tentado envolver profissionais das áreas centrais de AIR com formação ou experiência prévia;

i) Decisão pela não-regulação: maioria das agências reguladoras já deixou de publicar algum regulamento em decorrência da AIR, exceto a ANCINE, ANVISA, ANS e ANA;

j) Resistência interna para implementação da AIR: em grande parte das agências reguladoras foi possível notar resistência à elaboração de AIR, seja em função de seu desconhecimento no âmbito do procedimento de elaboração normativa, do desconhecimento sobre como utilizar a ferramenta, dos seus benefícios ou em decorrência de pressão por agilidade na regulamentação, considerando a AIR como mais uma etapa burocrática²⁹⁴.

Nesse contexto, se faz pertinente mencionar que o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo, e Comércio Internacional – (IBRAC), de forma independente, também elaborou estudo empírico acerca da prática de AIR das agências reguladoras federais, no período de 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016²⁹⁵.

Conforme se averiguou a partir das AIRs examinadas, os autores apontam que o método mais utilizado para a análise de impacto foi o custo-benefício. Não obstante, também foram observados a utilização de outros métodos específicos, tais

²⁹⁴ CASA CIVIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG). *Inventário AIR: Agências Federais* (Anexo II). Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/inventario-air-visao-geral-da-analise-de-impacto-regulatorio-nas-agencias-reguladoras-federais>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

²⁹⁵ Destaca-se que o levantamento realizado pela SAG utilizou a perspectiva das próprias agências reguladoras, mencionando informações providas pelos próprios órgãos. Daí que se faz importante comparar as pesquisas, cujos recortes de análise coincidem parcialmente, mas não se sobrepõem em relação aos pontos analisados.

como: a) vantagens e desvantagens; b) avaliação de conveniência e oportunidade baseada no bem-estar do consumidor; c) análise de tempo; d) análise de risco; e) análise multicritério; f) análise de correspondência múltipla; g) análise de custos; h) análise custo-eficácia. Sendo possível identificar que, na ANP, por exemplo, foi exitosa a experiência da conjugação entre o método de análise multicritério e a análise de correspondência múltipla para a AIR referente à requalificação de recipientes transportáveis de aço para GLP²⁹⁶.

Por sua vez, no que diz respeito aos critérios mais utilizados como parâmetros para mensurar o impacto regulatório, podem ser citados como exemplos: a) efetividade; b) preço; c) custo; d) complexidade; e) tempo/prazo de adaptação; f) implicações para o monitoramento e a fiscalização da agência reguladora; g) impactos sobre a concorrência; h) riscos operacionais; i) impactos cumulativos das opções regulatórias; j) iniciativa; k) facilidade de implementação/adaptação; l) eficiência quanto aos objetivos pretendidos; m) eficiência quanto à atuação da agência reguladora; n) impacto no mercado; o) viabilidade; p) adequação com previsões legislativas; q) funcionamento do setor; e r) adequação as normas internacionais²⁹⁷.

O IBRAC ressalta que, na grande maioria das AIR examinadas, não foi verificada uma preocupação em quantificar os prováveis impactos, acarretando um certo grau de subjetivismo por parte do ente regulador ao avaliar as alternativas propostas sem a devida quantificação de seus impactos²⁹⁸.

De igual forma, tampouco foi considerado nas análises de impacto os aspectos não-econômicos, ou o foram de forma genérica. A questão foi destacada pelo IBRAC:

A ausência de aspectos não-econômicos para consideração na análise não necessariamente representa uma falha da agência, já que nem toda medida regulatória envolve impactos dessa ordem. Mas, como é difícil saber, de

²⁹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC. *Institucionalização e prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil*. São Paulo: IBRAC, 2019, p. 283.

²⁹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC. *Institucionalização e prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil*. São Paulo: IBRAC, 2019, p. 284.

²⁹⁸ Para os autores, quantificar os impactos não necessariamente significa monetizá-los. A não mensuração dos custos e benefícios de cada opção deveria ser a exceção, justificável apenas nos casos em que seja inviável, por inexistir dados ou se tratar de impacto difuso; ou quando os custos para coletar os dados necessários à monetização tornam a análise excessivamente onerosa. (IBRAC, op. cit., p. 284).

antemão, se a medida regulatória terá ou não esse tipo de impacto, o recomendável é sempre levar em conta na análise aspectos não-econômicos, mesmo que seja para verificar a ausência de impacto. É, assim, relevante a consideração de impactos sociais e ambientais, por exemplo. Para ajudar na análise de tais questões, órgãos e entidades de defesa do consumidor e ambientais podem ser oficiados para, caso entendam pertinente, com ela contribuir²⁹⁹.

Há de se enfatizar que os resultados obtidos pela SAG e IBRAC convergem em relação à baixa efetividade das consultas e audiências públicas realizadas pelas agências reguladoras federais. Embora a participação social seja uma prática obrigatória no âmbito das agências, seja por previsão em lei ou ato normativo, as consultas e audiências públicas não têm como foco principal a análise de impacto regulatório. É dizer: o resultado da AIR é disponibilizado já com a minuta do regulamento, fazendo com que a participação social se reduza ao envio de contribuições em relação ao texto da minuta, mas não ao conteúdo da AIR e da opção regulatória apontada como melhor opção pelo ente regulador³⁰⁰.

Também, o relatório do IBRAC avaliou que a escolha da opção regulatória selecionada pela AIR não foi suficientemente justificada. Entre as razões apontadas foram destacadas as seguintes falhas: a) ausência de estudos técnicos ou econômicos, e/ou outros dados coletados; b) ausência de referências sólidas sobre dados apresentados para a análise, por exemplo, referência a estudos ou opiniões de agentes do setor sem citar fontes; c) emprego de premissas não fundamentadas; d) emprego de análises meramente qualitativas, sobretudo quando o método considerado foi o de custo-benefício; e) ausência de um cotejamento concreto entre os impactos avaliados de cada opção; f) ausência ou inadequação da seleção de opções e da avaliação de seus impactos; g) análises de impactos superficiais; e h) ausência absoluta de qualquer justificativa, no mais das vezes, decorrendo de deficiências em etapas anteriores da AIR³⁰¹.

Em linhas de arremate, o relatório elaborado pelo IBRAC aponta para uma baixa efetividade das agências reguladoras federais na utilização da AIR. Por vezes, observou-se que a AIR estava sendo utilizada como uma etapa preliminar de reunião de informações internas sobre o tema objeto da regulação e, em alguns casos, já se constatava uma predisposição da agência em adotar uma decisão

²⁹⁹ IBRAC, op. cit., p. 285.

³⁰⁰ IBRAC, op. cit., p. 290.

³⁰¹ IBRAC, op. cit., p. 293.

tomada de antemão, situação em que a AIR servia apenas para justificar a escolha de determinada política regulatória.

No entanto, a obrigatoriedade da realização da AIR permitiu com que as agências reguladoras procurassem expor, ao menos, uma motivação para a sua tomada de decisão. É preciso reconhecer os diferentes níveis de maturidades das agências neste aspecto. Em alguns cenários, a análise de impacto regulatório foi eficaz como um mecanismo apto a garantir subsídios para avaliar as opções existentes, permitindo com que a agência reguladora possa adotar a medida mais ponderada para a resolução de determinado problema regulatório³⁰².

Volvendo-se ao estudo de um caso prático no contexto brasileiro, imprescindível examinar as principais características que incidem na elaboração de uma análise de impacto regulatório.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Superintendência de Gestão Tarifária – SGT, produziu o Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 02/2021-SGT/ANEEL, que teve como objetivo revisar os regulamentos associados à TUST/TUSDg para que as tarifas sinalizem as opções de entrada aos usuários visando uso racional do SIN; a aderência aos custos praticados; a estabilidade tarifária; a clareza de preços ao mercado; e a uniformização de tratamento entre agentes de um mesmo segmento, *i.e.*, a geração e o consumo.

Como problemas regulatórios identificados na AIR em questão, a ANEEL subdivide em dois grupos: (1) intensificação do sinal locacional; e (2) tarifas do segmento geração.

Em relação à intensificação do sinal locacional, o problema verificado embasa-se no fato de que a componente locacional das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) não está cumprindo satisfatoriamente com suas funções precípuas, quais sejam: (i) assegurar maiores encargos para quem mais onera o Sistema Interligado Nacional – SIN e (ii) otimizar o uso racional do SIN.

Já no que se refere às tarifas do segmento geração, quatro problemas foram apontados: (1) a existência de regramentos diversos entre as centrais de geração, no que diz respeito ao prazo da estabilização tarifária disposto nos artigos 4º a 6º da Resolução Normativa ANEEL – REN nº 559, de 2013, que pode promover incentivos

³⁰² IBRAC, op. cit., p. 296-297.

inadequados na busca de vantagens competitivas no Ambiente de Contratação Livre – ACL; (2) o sinal tarifário emitido na entrada da central de geração e nos recálculos tem ocasionado distorções associadas à imputação de custos aos usuários, à volatilidade tarifária e à clareza na sinalização de preços ao mercado; (3) as estruturas tarifárias da TUST e TUSDg são distintas, de modo que a incorporação da TUSDg como TUST tem promovido uma sinalização tarifária inadequada; e (4) a atual forma de aplicação do limitador tarifário contraria a estabilização tarifária da TUSDg entre uma revisão tarifária e outra das distribuidoras³⁰³.

Ao analisar a abrangência dos atores e grupos afetados diante destas problemáticas, constatou-se que esses temas afetam diretamente as centrais de geração, os consumidores livres e as distribuidoras. Indiretamente, também são afetados o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), que são as instituições responsáveis pela elaboração das bases de dados de cálculo da TUST e TUSDg.

A primeira fase de consulta pública, realizada para subsidiar a análise de impacto regulatório, ocorreu no período de 4 de abril a 31 de julho de 2018. Foram recebidas diversas contribuições, porém é possível verificar que apenas instituições do setor regulado submeteram qualquer hipótese de sugestão. As empresas COPEL, ELETROBRAS, CTG, ESBR, EDP, ENEL, ENEVA, SAE, HYDRO, ABRACE, CPFLENERGIAS, MC&E, PSR, ABRAJET, APINE, NEOENERGIA e ENGIE, de forma coletiva, obtiveram 8 contribuições acatadas por completo, 16 contribuições acatadas parcialmente e 5 contribuições não acatadas³⁰⁴.

Para avaliar o problema apresentado no âmbito da intensificação do sinal locacional, a ANEEL considerou quatro alternativas, de forma qualitativa e quantitativa, da seguinte forma: a) alternativa 1 (situação atual): sinal locacional com fator de ponderação livre (fator de ponderação excursionando entre 0 e 1) e despacho proporcional por submercado; b) alternativa 2: sinal locacional com fator de ponderação livre (fator de ponderação excursionando entre 0 e 1) e despacho proporcional Brasil (ou unificado); c) alternativa 3: sinal locacional com fator de ponderação ajustado para a unidade (fluxo igual a capacidade dos circuitos) e despacho proporcional por submercado; e d) alternativa 4: sinal locacional com fator

³⁰³ ANEEL. *Sinal Locacional – TUST/TUSDg*: Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 02/2021-SGT/ANEEL, 2021, p. 27. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

³⁰⁴ ANEEL, op. cit., p. 30.

de ponderação ajustado para a unidade (fluxo igual a capacidade dos circuitos) e despacho proporcional Brasil (ou unificado)³⁰⁵.

Após serem analisados os critérios de impacto, a composição das parcelas selo e locacional, a variação tarifária entre ciclos por segmento e a volatilidade tarifária da carga, a agência reguladora opinou, preliminarmente, pela alternativa 2, argumentando que, embora todas as alternativas apresentaram nível de volatilidade semelhante, as alternativas 1 e 3 se mostraram ineficientes sob os aspectos de valorização dos benefícios da geração de energia elétrica próxima à carga, e a alternativa 4 uma intensificação excessiva do sinal locacional.

Em seguida, foi proposta a alternativa 2A, sopesando as contribuições recebidas na primeira fase da Consulta Pública – CP nº 04/2018, que consiste na alternativa 2 considerando a aplicação linear do Fator de Demanda (FD) sobre os MUST contratados do segmento consumo, somente para fins de cálculo do fluxo de potência utilizado na composição da parcela locacional da TUST.

Para avaliar as alternativas, alguns quesitos foram considerados: a) complementariedade tarifária; b) fluxos nas interligações regionais; c) volatilidade tarifária; e d) impacto tarifário aos usuários. Elaborou-se uma matriz comparativa para identificar as vantagens e desvantagens de cada opção regulatória, bem como foi computada a pontuação em cada quesito, que mostrou a alternativa 2A como a solução de destaque³⁰⁶.

Tabela 3 – Comparativo das alternativas estudadas quanto à intensificação do sinal locacional

Itens analisados	Alternativa 1	Alternativa 2	Alternativa 2A	Alternativa 3	Alternativa 4
Complementariedade tarifária	☆ 1	★ 5	★ 4	☆ 2	★ 3
Fluxos nas interligações regionais	☆ 1	★ 4	★ 5	☆ 2	★ 3
Volatilidade Tarifária	★ 5	☆ 1	★ 4	☆ 2	★ 3
Impacto tarifário	★ 5	☆ 2	☆ 3	★ 4	☆ 1
Soma	★ 12	★ 12	★ 16	☆ 10	☆ 10

Fonte: ANEEL (2021)

³⁰⁵ ANEEL, op. cit., p. 31.

³⁰⁶ ANEEL. *Sinal Locacional – TUST/TUSDg*: Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 02/2021-SGT/ANEEL, 2021, p. 61. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

Após comparação entre as alternativas de intervenção de forma quantitativa e qualitativa, foi recomendada a adoção da alternativa 2A para solucionar o problema relacionado à intensificação do sinal locacional.

Em relação à matéria das tarifas do segmento geração, considerando que quatro problemas foram identificados, o relatório de AIR também apresentou o contexto de 4 alternativas regulatórias que podem ser adotadas:

Alternativa 1: *Situação regulatória vigente, considerando a estabilização da TUST do segmento geração pela outorga, caso vencedor de leilão do ACR a partir da edição da REN nº 559, de 2013, ou por 10 ciclos, para os demais casos. Ademais, considera-se a aplicação da TUSDg como TUST, quando da migração do sistema de distribuição para a transmissão de geradores vencedores de leilão do ACR, nos termos da REN nº 349, de 2009;*

Alternativa 2: *Uniformização de tratamento tarifário em todo o segmento geração com acesso à Rede Básica, independente da comercialização de energia, por meio da estabilização tarifária preconizada no art. 4º e 9º da REN nº 559, de 2013, com validade por todo período da outorga e atualização monetária pelo Índice de Atualização da Transmissão – IAT;*

Alternativa 3: *Uniformização de tratamento tarifário em todo o segmento geração com acesso à Rede Básica, independente da comercialização de energia, por meio da estabilização tarifária preconizada no art. 5º e 9º da REN nº 559, de 2013, com validade por 10 ciclos tarifários até o fim da outorga e atualização monetária pelo IAT;*

Alternativa 4: *Uniformização de tratamento tarifário em todo o segmento geração com acesso à Rede Básica, independente da comercialização de energia, por meio da metodologia da envoltória tarifária flutuante, no qual as tarifas de cada barra estariam controladas por meio de limites superiores e inferiores móveis estabelecidos pelos módulos percentuais associados à variação da inflação medida pelo Índice de Atualização da Transmissão – IAT e à mediana da variação da RAP de Rede Básica.³⁰⁷*

A alternativa 1 representaria a situação atual da norma regulatória. Contudo, como verificado pela ANEEL, esta opção não resolveria os problemas regulatórios apontados.

As alternativas 2 e 3 mantêm a métrica atual de estabelecimento tarifário em função da média das tarifas calculadas. A alternativa 2 propõe a uniformização de tratamento da vigência tarifária ao prazo de outorga das centrais de geração, enquanto a alternativa 3 ao período de 10 ciclos tarifários. Essas opções consideram que a atualização das tarifas ocorrerá mediante aplicação do IAT. Conforme os resultados obtidos pela análise da ANEEL, constatou-se que as alternativas 2 e 3 atacam os problemas (1) e (3), regularizando os critérios tarifários no segmento geração. Porém, o problema (2) não seria resolvido, considerando o alto risco de

³⁰⁷ ANEEL, op. cit., p. 33.

descolamento tarifário (principalmente da alternativa 2) e sinalizações de preços diversas por ponto de conexão.

A alternativa 4 tem como finalidade associar um ambiente de risco controlado de volatilidade e de forma perene, não vinculado nominalmente à validade tarifária de determinado gerador, uma vez que a tarifa da barra passaria a ser controlada e se aplicaria a todos os geradores que contratam determinado ponto de conexão. É dizer, as tarifas de cada barra do segmento geração passariam a ser controladas e não as tarifas nominais dos geradores³⁰⁸.

Os quesitos avaliados nas alternativas foram definidos pela ANEEL, delineados da seguinte forma: a) uniformização de tratamento, b) aderência aos custos praticados, c) volatilidade tarifária, e d) simplicidade regulatória e operacional. Após a análise e pontuação na matriz comparativa, principalmente quanto ao quesito de simplicidade regulatória e operacional, verificou-se que a alternativa 4 é a que se apresenta como opção mais vantajosa³⁰⁹.

Tabela 4 – Comparativo das alternativas estudadas quanto à estabilização do segmento geração

Itens analisados	Alternativa 1	Alternativa 2	Alternativa 3	Alternativa 4
Uniformização de tratamento	☆ 1	★ 4	★ 4	★ 4
Aderência aos custos praticados	★ 2	☆ 1	★ 3	★ 4
Volatilidade tarifária	★ 2	☆ 3	☆ 1	★ 4
Simplicidade regulatória e operacional	☆ 1	★ 3	★ 2	★ 4
Soma	☆ 6	★ 11	★ 10	★ 16

Fonte: ANEEL (2021)

A partir disso, ao comparar as alternativas propostas, também sob a ótica de critérios quantitativos e qualitativos, a ANEEL recomendou a adoção da alternativa 4 para solucionar os problemas³¹⁰ 1 a 3. Não obstante, ainda que tenha alcançado

³⁰⁸ ANEEL, op. cit., p. 34.

³⁰⁹ ANEEL, op. cit., p. 70.

³¹⁰ Como mencionado, os problemas de 1 a 3 foram identificados da seguinte forma: (1) a existência de regramentos diversos entre as centrais de geração, no que diz respeito ao prazo da estabilização tarifária disposto nos artigos 4º a 6º da Resolução Normativa ANEEL – REN nº 559, de 2013, pode promover incentivos inadequados na busca de vantagens competitivas no Ambiente de Contratação Livre – ACL; (2) o sinal tarifário emitido na entrada da central de geração e nos recálculos tem ocasionado distorções associadas à imputação de custos aos usuários, à volatilidade tarifária e à clareza na sinalização de preços ao mercado; (3) as estruturas tarifárias da TUST e TUSDg são

uma pontuação menor, a alternativa 2 foi a recomendada, exclusivamente, para o problema³¹¹ 4.

A análise de impacto regulatório elaborada pela ANEEL, ainda que revestida por bastante conhecimento técnico, buscou constatar maiores benefícios para o sistema de transmissão e distribuição, inclusive, no tratamento mais adequado para as variações das tarifas.

No entanto, ao aferir a participação pública no procedimento, conforme consta na primeira fase da Consulta Pública nº 004/0218, se verifica que apenas empresas atuantes no setor de energia elétrica foram responsáveis por fornecer contribuições à análise de impacto regulatório. Não foi possível identificar a participação social, direta ou indiretamente, por meio de órgãos de representação, na fase de levantamento de dados e elaboração de medidas regulatórias para os problemas identificados.

Ainda que, posteriormente, o resultado das normas regulatórias produzidas seja apresentado aos usuários finais dos serviços, há, sem dúvida, a necessidade de aprimoramento da análise de impacto regulatório para torná-la um procedimento de integração entre os setores econômico e social.

distintas, de modo que a incorporação da TUSDg como TUST tem promovido uma sinalização tarifária inadequada.

³¹¹ Por sua vez, o problema 4 consiste no fato de que a atual forma de aplicação do limitador tarifário contraria a estabilização tarifária da TUSDg entre uma revisão tarifária e outra das distribuidoras.

5 PROPOSTA CONSENSUAL DO PROCEDIMENTO NORMATIVO

5.1 Democracia deliberativa e agências reguladoras: produção de atos normativos equilibrados

A legitimidade constitucional das agências reguladoras, enquanto entidade administrativa capaz de desenvolver funções administrativas, normativas e judicantes, é constantemente questionada por um suposto déficit democrático³¹².

Por certo, a legitimidade democrática pode ser aferida sob diversas perspectivas, não se restringindo apenas ao momento da eleição dos representantes do povo. O modelo de Estado Social e Democrático de Direito, entre outras características marcantes, busca a sua efetivação mediante procedimentos dialógicos com a sociedade.

No âmbito das agências reguladoras, como se pretende demonstrar, a legitimidade dos procedimentos decisórios e normativos irá decorrer por meio da concepção de uma democracia deliberativa. Através das teorias da participação e deliberação democrática, buscar-se-á analisar elementos que possam contribuir para que os entes reguladores possam produzir atos normativos equilibrados, isto é, de maior aceitação social.

Desde o período da Grécia Antiga, a democracia carrega o seu sentido etimológico de governo do povo. No entanto, destaca-se o fato de que sua concepção vem sendo moldada por diversos parâmetros que, numa perspectiva ampla, os regimes políticos democráticos podem ser definidos como uma democracia direta, representativa ou participativa.

Ainda, se constata que, a datar da sua origem em Atenas, diferentes adjetivos foram incorporados à palavra democracia: a liberal, a republicana, a protetora, a desenvolvimentista, a de equilíbrio, a ética, a participativa, a deliberativa etc.

Neste tópico, se faz importante analisar três concepções mais relevantes da democracia contemporânea, quais sejam a liberal, a participativa e a deliberativa, que podem contribuir no estudo acerca da legitimidade dos entes reguladores.

A concepção da democracia liberal trata-se da teoria hegemônica adotada desde o início do século XX, cujas principais ideias foram desenvolvidas pelas

³¹² A discussão acerca do déficit democrático das agências reguladoras foi tratada, inicialmente, no capítulo 2, tópico 2.3, desta pesquisa. Razão pela qual, objetivando um recorte doutrinário mais específico, o presente tópico cinge-se no debate das teorias democráticas, da participação e da deliberação social.

propostas de teóricos que, entre eles, se destacam Joseph Schumpeter, por meio da sua obra *Capitalism, Socialism and Democracy*, publicada pela primeira vez em 1942, e Robert Dahl, que desenvolve sua percepção através de uma vertente pluralista da democracia liberal, principalmente com a publicação de *Politics, Economics, and Welfare*, em 1953, e *Dilemmas of Pluralist Democracy*, no ano de 1982.

Pedro Henrique G. de Alcântara³¹³ expõe que a democracia liberal, também denominada de liderança ou elitismo competitivo, é caracterizada por reduzir o campo da política à competição, ao individualismo e à agregação mecânica das preferências dos indivíduos de uma sociedade, quase sempre desconsiderando a dimensão coletiva, além de reduzir a dimensão da esfera política aos limites do Estado. Este modelo de democracia estabelece uma competição entre as elites para obter o apoio dos eleitores que, uma vez alcançado, permite ao representante escolhido a possibilidade de fazer suas escolhas independente de contrariar a opinião pública³¹⁴.

Ao enfatizar o entendimento esposado por Max Weber³¹⁵, Pedro Alcântara alude que a democracia liberal se constituiu como um meio de acesso dos líderes aos postos de representação mais relevantes da política, sendo marcada por uma disputa entre minorias que, em tese, seriam mais hábeis para o poder. A democracia é convertida em um “governo de minorias”, haja vista que, para esta corrente, a participação e deliberação pública não seriam capazes de alcançar os resultados mais racionais e eficientes em prol do bem comum³¹⁶.

Aqueles rotulados como líderes, isto é, os especialistas e políticos profissionais, deveriam apresentar um plano de governo fundamentado em posicionamentos ideológicos para que fossem cancelados ou não pela sociedade durante o período eleitoral. O viés democrático do modelo clássico liberal, portanto,

³¹³ ALCÂNTARA, Pedro Henrique G. de. *Outras formas de entender a democracia: as teorias da participação e da deliberação*. Jundiaí: Paco Editorial, 2019, p. 22.

³¹⁴ O autor frisa que a origem tradicional da liderança (elitista) competitiva nos remete aos teóricos clássicos Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Michels que, entre os séculos XIX e XX, defendiam que as elites deveriam ter o monopólio da decisão política, pois, segundo os autores, a elite representaria uma parcela moralmente distinta que deveria se manter imune às pretensões das massas de indivíduos que almejem uma igualdade política. (ALCÂNTARA, op. cit., p. 24-25).

³¹⁵ Max Weber é o idealizador do desenvolvimento de um modelo de administração burocrática em decorrência do processo de racionalização da sociedade moderna. Desse modo, a Administração Pública burocrática, marcada por uma forte hierarquia, centralizada, verticalizada e rígida, com profissionalização técnica e padronização e previsibilidade dos procedimentos, seria incompatível com uma ampliação da participação pública.

³¹⁶ ALCÂNTARA, op. cit., p. 23.

cinge-se na igualdade de oportunidades que possa permitir com que todos tenham a chance de se tornarem integrantes da classe dirigente, ou seja, fazer parte da minoria governante que se tornou legitimada mediante aprovação social durante as eleições.

A tentativa de modificar a concepção tradicional³¹⁷ da democracia liberal se deu por meio da revisão crítica efetivada por Joseph Schumpeter, que buscou desvincular a teoria liberal de qualquer relação entre meios e fins, atribuindo uma perspectiva realista que fosse capaz de atender aos anseios democráticos da sua época.

Schumpeter, argumentando em uma perspectiva pragmática, defende que seriam irrealizáveis as noções de igualdade política e de participação dos cidadãos na tomada de decisão política, sendo facilmente refutável os conceitos democráticos relativos à ideia de bem comum e à vontade popular, questionando o caráter racional da ação do cidadão médio na política. Consoante é possível constatar na obra do autor que:

Em primeiro lugar, não existe um bem comum univocamente determinado a respeito do qual todos os homens concordem ou possam ser levados a concordar por força de uma argumentação racional. Isso se deve não ao fato de alguns quererem coisas diferentes do bem comum, mas principalmente ao fato muito mais fundamental de que, para os diversos indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar coisas diversas.
(...)

Em segundo, mesmo que um bem comum suficientemente definido – como, por exemplo, o máximo de satisfação econômica dos utilitaristas –, se mostrasse aceitável para todos, isso não pressuporia respostas igualmente definidas aos problemas individuais. As divergências de opinião a respeito deles poderiam ser graves a ponto de produzir a maior parte dos efeitos de uma discrepância “fundamental” sobre os próprios fins.
(...)

*Mas, em terceiro lugar, como consequência das duas proposições anteriores, desaparece no ar o conceito particular de vontade do povo ou volonté générale, do qual os utilitaristas se apropriaram. Porque esse conceito pressupõe a existência de um bem comum inequivocadamente determinado e discernível por todos.*³¹⁸

Não existiria, portanto, um único “bem comum” indiscutivelmente determinado, haja vista os diferentes significados que possam ser extraídos da

³¹⁷ Joseph Schumpeter define a doutrina clássica da democracia liberal como sendo “o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo com que o próprio povo decida as questões mediante a eleição de indivíduos que se reúnem para lhe satisfazer a vontade”. (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 339)

³¹⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 341-342.

palavra, assim como a existência de uma pluralidade de interesses da sociedade que não são facilmente identificáveis. Para Schumpeter, o que há em comum por parte da sociedade é um conjunto indeterminado de impulsos vagos que irão transitar em torno de ideias reproduzidas e impressões errôneas, sustentadas através da preferência pessoal de cada um³¹⁹.

O eleitor médio, em regra, não demonstraria interesse em ser parte ativa no debate político, é dizer, ele torna-se apático e indiferente por entender que a política está distante da sua realidade. A participação limitada e a apatia, em certa medida, contribuiriam para a manutenção do *status quo* ao mitigar o choque das discordâncias, dos ajustes e das mudanças³²⁰.

Nesse diapasão, se depreende que um dos objetivos de Schumpeter foi desenvolver um modelo democrático mediante o estabelecimento de um procedimento, de arranjos institucionais centrados no processo eleitoral, cuja aquisição do poder ocorrerá através da competição entre políticos tidos como profissionais.

Um indivíduo irá adquirir o poder de tomar decisões caso se destaque na opinião popular pela disputa dos votos, de forma que a legitimidade democrática limitar-se-á ao período eleitoral, reduzindo o alcance da política na vida do cidadão, assim como a participação contínua no rumo das decisões políticas.

Tanto se mostra assim que Joseph Schumpeter, ao tecer comentários sobre o tema em sua obra *Capitalism, Socialism and Democracy*, compreende que

Primeiramente, de acordo com o critério por nós adotado, democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governe em nenhum dos sentidos óbvios dos termos “povo” e “governar”. Democracia significa tão somente que o povo tem a oportunidade de aceitar ou rejeitar os homens que hão de governá-lo. Mas como o povo também pode decidir isso por meios absolutamente não democráticos, tivemos de restringir a nossa definição acrescentando outro critério identificador do método democrático, a saber, a competição livre entre os aspirantes à liderança política pelo voto do eleitorado. Ora, é possível exprimir um aspecto desse critério dizendo que democracia é o governo do político. É importantíssimo compreender claramente o que isso implica.

Muitos expoentes da doutrina democrática se esforçam para despojar a atividade política de toda conotação profissional. Sustentam vigorosamente, por vezes apaixonadamente, que a política não deve ser uma profissão e que a democracia se degenera sempre que tal coisa acontece. Mas isso não passa de ideologia³²¹.

³¹⁹ ALCÂNTARA, Pedro Henrique G. de. *Outras formas de entender a democracia: as teorias da participação e da deliberação*. Jundiaí: Paco Editorial, 2019, p. 29.

³²⁰ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 17.

³²¹ SCHUMPETER, op. cit., p. 386.

Destarte, pode ser apontada a existência de três características intrínsecas à democracia do elitismo competitivo: 1) a restrição do conceito de soberania popular ao momento da eleição; 2) aceitação positiva da apatia e desinteresse pela política do cidadão médio; e 3) restrição da dimensão do político, limitando as deliberações públicas ao governo e ao parlamento³²².

Lastreado nas primeiras publicações de Robert Dahl, também é possível identificar a corrente doutrinária que adota um modelo pluralista no âmbito da democracia liberal, que também alberga o entendimento de que a democracia é um mecanismo de seleção de líderes com fundamento no arquétipo realista e descritivo do comportamento político dos cidadãos³²³.

Todavia, distingue-se da liderança competitiva pelo fato de reconhecer a existência de múltiplos interesses competitivos, em um contexto plural, onde os grupos sociais teriam a possibilidade de se organizarem para disputar entre si as eleições, cuja finalidade dos grupos seria a atuação como um intermediador entre os políticos e os cidadãos em busca da satisfação das suas demandas.

Assim, a democracia, ou a poliarquia, conforme expressão utilizada por Robert Dahl, não ficaria restrita à atuação das elites profissionais pela busca dos votos, mas sim ocorreria através de grupos de interesses que possam estabelecer núcleos de pressão social. Daí a concepção pluralista da democracia ser reconhecida como um governo constituído por diversos grupos de minorias e com interesses próprios, diante da ausência de uma vontade geral do povo.

Conforme esclarece Carole Pateman, a vantagem do sistema democrático liberal pluralista consiste no fato da ampliação do número, do tamanho e da diversidade das minorias que podem influenciar nas decisões e na construção política da sociedade. A igualdade política, nesse caso, se refere à existência do sufrágio universal e do sistema eleitoral, por meio de uma competição por votos, bem como a igualdade de oportunidades de acesso para que suas reivindicações sejam ouvidas por aqueles que tomarão as decisões políticas³²⁴.

Para a democracia liberal pluralista, o processo democrático deve atender alguns critérios atrelados ao aspecto eleitoral, com a finalidade de que possam

³²² ALCÂNTARA, op. cit., p. 36.

³²³ ALCÂNTARA, op. cit., p. 37.

³²⁴ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 18-19.

garantir as condições necessárias para uma democracia. Francisco de Assis Oliveira Coutinho Júnior, rememorando as reflexões de Robert Dahl entre os anos de 1950 e 1960, preconiza uma divisão de critérios em dois momentos: o período eleitoral e o período compreendido entre as eleições.

Em relação ao período eleitoral, para que se possa conceber uma democracia liberal pluralista é necessário observar três critérios: 1) todos os integrantes daquela sociedade votam; 2) o peso do voto é idêntico para cada um; e 3) aquele que conseguir uma maior expressão de votos se tornará o vencedor.

Já no que diz respeito ao período entre os ciclos eleitorais, o autor enfatiza que a existência da democracia dependerá da observância de cinco critérios distintos: 1) todos os eleitores devem possuir informações semelhantes em relação às alternativas políticas; 2) os cidadãos podem inserir nas eleições as alternativas (candidatos) que sejam preferíveis; 3) as alternativas (candidatos) que alcançarem uma maior quantidade de votos deverá substituir aquelas que obtiveram um menor número; 4) após a escolha dos eleitos, as decisões emanadas devem ser obedecidas; 5) as decisões tomadas no período antes das eleições não poderão contrariar as condições anteriores³²⁵.

Contudo, em uma linha semelhante ao modelo liberal tradicional, Robert Dahl, ao discorrer sobre o tema, salienta que eleições e competição política não significa, por si só, um governo de maiorias, mas tem o propósito de ampliar o tamanho, número e variedade das minorias, cujas preferências precisam ser consideradas pelos líderes no momento da elaboração das políticas públicas. Para o autor, é esta característica das eleições, qual seja um governo de minorias, que ensejará algumas diferenças fundamentais entre democracias e ditaduras³²⁶.

Embora possa existir uma maior inclusão de diferentes grupos no processo democrático, a doutrina tece algumas críticas ao modelo de democracia pluralista e, para tanto, recorre a três argumentos: o primeiro deles, reside na exclusão de outras formas de participação social que excedam o processo eleitoral e a disputa entre grupos de interesses; em segundo lugar, a noção instrumental da democracia e a

³²⁵ COUTINHO JÚNIOR, Francisco de Assis Oliveira. *Teoria política e participação democrática*: Dahl e a democracia em diferentes escalas, 98 f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011, p. 63.

³²⁶ DAHL, Robert. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 131.

diminuição do alcance da dimensão do político; por fim, o último argumento consiste no esvaziamento do processo comunicativo da política³²⁷.

Esses aspectos, todavia, contribuíram para o desenvolvimento de novas abordagens, que não restringem a ideia de democracia apenas como um instrumento de seleção dos representantes do povo, é dizer, dos líderes, mas buscam ampliar o caráter comunicativo do regime político democrático. Daí a importância das alternativas de modelos democráticos, tal como a democracia participativa e a democracia deliberativa, que pretendem democratizar todos os espaços da vida social e levar a política ao cotidiano do cidadão, incentivando uma ampliação da consciência coletiva no que diz respeito aos anseios sociais.

Passando-se à análise do modelo de democracia participativa, que se trata de uma tentativa de superação do modelo liberal pluralista, é oportuno citar, entre outros pensadores, as obras elaboradas pela filósofa britânica Carole Pateman, mediante a publicação de *Participation and Democratic Theory*, que ocorreu em 1970, assim como as produções do cientista político canadense Crawford Brough MacPherson, especialmente com o livro *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, em 1973.

Há de se indagar qual seria o efetivo papel da participação social em uma teoria democrática, pois, no cenário contemporâneo, a sociedade não se satisfaz com um modelo democrático tão reduzido como aquele idealizado pelos liberais pluralistas, haja vista que a opinião e participação pública adquire um papel essencial no controle dos agentes políticos.

Recorrendo à doutrina estrangeira, um aspecto importante pode ser destacado das ponderações de Carole Pateman acerca deste modelo participativo de democracia que, buscando verificar as suas origens, assinala o fato de Rousseau ser considerado um relevante teórico para a teoria participativa da democracia. A teoria política desenvolvida pelo filósofo suíço, fundamentada na ideia do contrato social, apoia-se na participação individual de cada cidadão no processo político de tomada de decisões. O sistema participativo de Rousseau evidencia dois pontos: primeiro, a participação deve acontecer na tomada de decisões; segundo, ela constitui, como nas teorias do governo representativo, um modo de proteger os interesses da sociedade e de assegurar um bom governo³²⁸.

³²⁷ ALCÂNTARA, op. cit., p. 42-43.

³²⁸ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 38.

Ainda, Carole Pateman ressalta a principal face da participação na democracia, qual seja a sua natureza educativa. É dizer, a participação social torna-se educativa no sentido amplo, tanto em um aspecto psicológico quanto no de aquisição de prática de habilidades e procedimentos democráticos. Se os indivíduos aumentarem as suas participações na vida política, mais capacitados irão se tornar, garantido um efeito integrativo que auxiliará na aceitação de decisões coletivas³²⁹.

É preciso observar que, apesar da ideia de participação na democracia nos remeter à tempos longínquos, foi apenas entre os anos de 1960 e 1970 que a participação social ganhou força em diversos países europeus e da América Latina, mediante a ampliação do papel dos novos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil como complemento à atuação estatal.

Para os participacionistas, uma das distinções com o modelo do elitismo competitivo seria a percepção de que a democracia não deve ficar restrita a uma competição entre elites, tampouco limitar a ampliação dos espaços de participação apenas para os políticos profissionais. A democracia participativa passa a questionar, portanto, não apenas em relação àqueles que podem participar das decisões políticas, mas também sobre quais espaços da sociedade estarão abertos a essa possibilidade³³⁰.

Diferentemente do que ocorre no modelo liberal pluralista, onde o indivíduo que não toma parte das decisões que afetam seu cotidiano se torna apático e insensível aos problemas sociais, no modelo de democracia participativa os seus efeitos favoreceriam a formação de um círculo virtuoso, que estimularia uma participação reiterada do indivíduo em diversas questões de interesse coletivo. Desse modo, as decisões políticas tomadas por meio da participação seriam melhores, pois decorreriam do resultado de um debate social mais diversificado e enriquecido³³¹.

Um dos desafios da democracia participativa consiste em levar a democracia para as diversas relações sociais que ocorrem fora do âmbito de atuação do governo tradicional. Os participacionistas defendem que o caráter político deve ser

³²⁹ PATEMAN, op. cit., p. 60-61.

³³⁰ ALCÂNTARA, Pedro Henrique G. de. *Outras formas de entender a democracia: as teorias da participação e da deliberação*. Jundiaí: Paco Editorial, 2019, p. 51.

³³¹ ALCÂNTARA, op. cit., p. 55-57.

estendido para outros espaços que dialogam com questões cotidianas dos cidadãos, tal como os centros privados de poder³³².

Observa-se, assim, que a doutrina também considera como lugar de grande importância para a participação social – superando a noção de política apenas na esfera pública governamental –, o local de trabalho. Isto é, as indústrias, as empresas, os comércios seriam os locais mais estratégicos e propícios à participação do cidadão, uma vez que o local de trabalho geria um maior senso de “eficácia política”³³³, que seria a percepção do indivíduo de que sua ação possa ter algum impacto sobre os resultados obtidos.

Ao versar sobre essa perspectiva democrática, Crawford Brough MacPherson enfatiza que

*O desejo de participação, baseado na própria experiência dela, pode muito bem transferir-se do local de trabalho para áreas políticas mais amplas. Os que demonstraram sua competência num dos tipos de participação, e obtiveram confiança de que podem ser eficazes, serão menos deslocados pelas forças que os têm mantido apáticos, mais capazes de raciocinar a maior distância política dos resultados, e mais aptos a perceber a importância das decisões a distâncias maiores de seus interesses mais imediatos*³³⁴.

Tanto se mostra assim que Francisco de Assis Oliveira Coutinho Júnior, de forma comparativa com o modelo de democracia liberal pluralista, aponta para uma diferença fundamental entre os dois modelos democráticos no que diz respeito ao conceito de “espaço político”. O modelo liberal adota o espaço político como algo que se restringe ao Estado, o que estiver na área de atuação estatal é político, e vice-versa. Já a democracia participativa, por sua vez, preconiza um alargamento do conceito do político, não se limitando apenas ao que é tipicamente estatal. O “não estatal”, composto por instituições como as escolas, os conselhos de bairros, empresas etc., também é categoria política e, da mesma forma como dá-se com o Estado, pode ser igualmente democratizado. O autor assevera que “para se alcançar uma cidadania plena, que realmente promova o melhoramento do indivíduo, é

³³² ALCÂNTARA, op. cit., p. 62.

³³³ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 72.

³³⁴ MACPHERSON, Crawford Brough. *A democracia liberal: origens e evoluções*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 107.

decisiva a criação de espaços onde se tenham também a participação popular, ladeando as instituições formais da democracia representativa”³³⁵.

Sem embargo, não se pode deixar de considerar um traço marcante que, de certo modo, pode dificultar a realização de uma democracia participativa. Trata-se do debate acerca dos efeitos adversos que a desigualdade³³⁶ social pode acarretar numa efetiva participação democrática inclusiva. Daí que se torna bastante difícil manter uma igualdade política diante de um cenário de grande desigualdade material. Políticas públicas inclusivas possibilitam e estimulam a participação da sociedade em condições favoráveis para, desse modo, conseguirem o melhor uso possível das suas capacidades e habilidades.

Daron Acemoglu e James Robinson apontam que Estados inclusivos criam condições igualitárias para todos se desenvolverem, ao contrário dos Estados considerados extrativistas, que são estruturados de maneira que poucos possam extrair recursos de muitos e mostram-se incapazes de proteger os direitos fundamentais³³⁷.

Em linha de raciocínio semelhante, Crawford Brough MacPherson esclarece que para se alcançar uma democracia participativa é necessário que ocorram duas modificações imprescindíveis na sociedade contemporânea: 1) a mudança de comportamento individual; e 2) a busca pela redução das desigualdades sociais e econômicas.

A primeira medida, que trata acerca da modificação de pensamento do cidadão, é necessária em virtude da influência do modelo de democracia liberal elitista que favoreceu o surgimento de indivíduos voltados apenas para alcançar interesses pessoais e, assim, tornaram-se desinteressados pela política. A mudança

³³⁵ COUTINHO JÚNIOR, Francisco de Assis Oliveira. *Teoria política e participação democrática*: Dahl e a democracia em diferentes escalas, 98 f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011, p. 57.

³³⁶ O termo desigualdade, por certo, pode ser estudado diante de várias concepções. Em especial, quando se trata da análise dos fatores que influenciam na aferição de renda e acúmulo de capital, se faz importante abordar duas perspectivas: a desigualdade de oportunidades e desigualdade de resultados. Existem circunstâncias que estão fora do controle das pessoas e que, por mera liberalidade do destino ou, até mesmo, a sorte, permitem com que ocorra um acúmulo de capital não decorrente do esforço próprio, por exemplo, o recebimento de uma herança. Assim, a igualdade de oportunidades está presente quando as variáveis externas não influenciarem no resultado auferido. O poder econômico do capital pré-existente ao esforço do indivíduo não deve ser responsável por garantir privilégios que, diante da sua exclusividade, não seriam usufruídos de forma isonômica pelos demais. (OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. O descompasso na tributação da renda do trabalho e do capital. In: MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. *Justiça fiscal*: estudos críticos de problemas atuais. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 76-77).

³³⁷ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 332.

de paradigma, nesse caso, é no sentido de que o cidadão passe a agir como desenvolvedor de suas capacidades, ampliando a sua eficácia política, isto é, a sensação de que sua ação tem algum impacto no processo democrático participativo³³⁸.

Numa segunda ordem de mudanças, a diminuição da desigualdade social é fundamental para evitar que ocorra uma disparidade representativa nas diferentes classes no que diz respeito à participação, ocasionando uma desigualdade de acesso aos meios democráticos de poder.

Segundo MacPherson, é notória a vinculação entre a desigualdade e a não participação democrática, considerando que “a baixa participação e a iniquidade social estão de tal modo interligados que uma sociedade mais equânime e mais humana exige um sistema de mais participação política”³³⁹.

Ao contrário do que possa parecer, a democracia participativa não pretende suplantiar a democracia representativa e transformá-la em um modelo unicamente de democracia direta. Notabiliza-se, inicialmente, pela utilização da participação como um instrumento de complementação – mas não de substituição – em relação ao poder das instâncias representativas tradicionais, acrescentando novas práticas e espaços³⁴⁰ para o alargamento da democracia.

Pedro Henrique G. de Alcântara, pretendendo ressaltar os principais aspectos do modelo da democracia participativa, realça que a participação social e seus efeitos devem ser compreendidos como a finalidade principal da política, o método democrático seria responsável por “inundar” a sociedade civil e seus diversos espaços, quais sejam as famílias, escolas, fábricas etc., e ampliar a dimensão do que se entende por “político”, relativizando, em certa medida, o papel dos espaços representativos, com o propósito de alcançar uma sociedade participativa e novos paradigmas políticos, sociais e econômicos³⁴¹.

³³⁸ MACPHERSON, Crawford Brough. *A democracia liberal: origens e evoluções*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 102.

³³⁹ MACPHERSON, op. cit., p. 98.

³⁴⁰ Sem embargo, não se pode esquecer que uma das finalidades mais relevante deste modelo de democracia reside no fato da participação social também estar presente na base, em nível local, que permita uma efetiva participação direta dos cidadãos nas decisões políticas em âmbito local.

³⁴¹ ALCÂNTARA, Pedro Henrique G. de. *Outras formas de entender a democracia: as teorias da participação e da deliberação*. Jundiaí: Paco Editorial, 2019, p. 84.

Nessa toada, um terceiro modelo de democracia também ganha evidência entre os teóricos que buscam alternativas para a pouca eficácia³⁴² do modelo liberal pluralista em apresentar resultados para os problemas sociais contemporâneos. Trata-se do modelo de democracia deliberativa, que consiste na utilização de argumentos racionais como critério de legitimidade para as decisões políticas tomadas pelos representantes do povo.

Assim como defendido pela democracia participativa, os adeptos ao modelo deliberativo também almejam ampliar a participação social na esfera pública, porém realçando o elemento argumentativo no âmbito da democracia.

Chama atenção a verificação de uma dupla dimensão no procedimento da democracia deliberativa, levada a efeito por Bernard Manin³⁴³, para quem a deliberação é simultaneamente coletiva e individual. Sua natureza individual, por certo, advém do fato de que cada cidadão tem a capacidade de estabelecer as suas preferências iniciais, considerando que o procedimento deliberativo coletivo tem como escopo a ampliação das informações dos participantes, que se encontram envoltos por uma multiplicidade de argumentos convergentes ou divergentes.

Desse modo, os argumentos levados ao debate poderão contribuir para o alargamento do ponto de vista de um indivíduo, permitindo com que tenha conhecimento de uma perspectiva que não havia sido notada anteriormente. Daí que se faz importante que a atividade deliberativa também disponha de pontos de vistas conflitantes. De forma precisa, Bernard Manin descreve essa situação ao afirmar que

A deliberação é livremente conduzida porque cada pessoa, que pode ou não ser convencida por um dado argumento, tem em última instância de fazer uma escolha entre muitas alternativas. Por isso é necessário que os indivíduos façam uma escolha genuína entre as diferentes alternativas, todas podendo ser realisticamente possíveis. Se apenas uma solução fosse proposta, e os cidadãos fossem livres para escolhê-la ou não, sua eventual escolha seria tanto desequilibrada quanto enganosa como um guia para a

³⁴² Digna de nota é a comparação realizada por Pedro Henrique G. de Alcântara entre o modelo liberal pluralista e o deliberativo. Para o autor, o modelo liberal considera que os indivíduos têm apenas preferências fixas, que visam promover pelo uso das instituições e regras democráticas, sendo muitas vezes comparados com a figura de um “cidadão-consumidor”. Por outro lado, a corrente deliberativa discorda desta abordagem que tenta definir o processo democrático como mero somatório ou simples combinação de preferências individuais, haja vista que esta percepção acaba por enfraquecer a discussão normativa acerca da democracia, de modo que não são os vetores do liberalismo, mas sim os elementos que regem a dinâmica dos fóruns públicos de discussão que devem caracterizar o processo democrático. (ALCÂNTARA, op. cit., p. 98-99).

³⁴³ MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação pública. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007, p. 31-32.

*sua preferência. Não seria também uma escolha real porque seria a opção entre uma única solução proposta e a ausência de qualquer solução. O primeiro termo da escolha teria uma exagerada vantagem, pois seria muito fácil convencer as pessoas a selecioná-lo. Elas ainda permaneceriam para dar ou negar seu assentimento.*³⁴⁴

A partir da década de 1980, se verifica uma ampliação dos debates da corrente deliberativa. Autores como Joshua Cohen, em sua publicação *Deliberation and Democratic Legitimacy*, em 1989, e, especialmente, Jürgen Habermas, mediante a obra *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, publicada no ano de 1992, pretenderam oferecer uma visão voltada ao procedimento argumentativo, isto é, ao caráter dialógico do processo político.

Presentes essas duas concepções, examina-se as principais particularidades das definições atribuída pelos autores para o modelo de democracia deliberativa.

Joshua Cohen vislumbrou a democracia deliberativa em torno de um ideal de justificação política. O poder político é justificado com base na argumentação pública livre entre iguais, que pode ser apreendida por meio de um procedimento de deliberação social. A democracia, portanto, é uma estrutura de condições sociais e institucionais para proporcionar condições favoráveis de participação e dialogicidade.

A concepção deliberativa, frisa o autor, não é caracterizada pelo pressuposto de que a discussão política irá mudar as preferências de outros cidadãos, embora assuma que os cidadãos estão dispostos a serem persuadidos por razões que entrem em conflito com suas preferências e interesses.

Através de um procedimento deliberativo, os participantes se consideram como iguais, se dispõem a defender e criticar determinados posicionamentos tendo como critério as considerações que os outros adotam como válidas. É por conta do pluralismo social e da consideração do ponto de vista dos demais, os cidadãos tornam-se dispostos a cooperar conforme os resultados das discussões³⁴⁵.

Em sua percepção acerca da deliberação democrática, Joshua Cohen também procura estabelecer uma conexão entre a atividade argumentativa e o princípio participativo, haja vista que a escolha coletiva democrática deve ser capaz

³⁴⁴ MANIN, op. cit., p. 38.

³⁴⁵ COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular/Esfere Pública, 2007, p. 122-123.

de assegurar direitos de participações iguais, incluindo não apenas o direito de votar, de se reunir e de se manifestar politicamente, mas também garantindo uma ponderação igualitária dos argumentos apresentados, é dizer, uma igualdade de oportunidades para a influência efetiva na decisão. O fato de as decisões terem sido tomadas apenas formalmente mediante uma deliberação não reflete, por si só, uma medida que contemple o princípio de participação. Na ausência de garantias de uma influência efetiva, a promoção de uma inclusão deliberativa se torna difícil³⁴⁶.

Diante disso, Joshua Cohen remata que o conceito de política deliberativa deve se espelhar de forma mais ampla possível nas instituições sociais:

*A noção de democracia deliberativa está enraizada no ideal intuitivo de uma associação democrática em que a justificação dos termos e condições da associação procede do argumento e da troca de razões entre cidadãos iguais. Os cidadãos em tal ordem partilham de um comprometimento com a resolução dos problemas de escolha coletiva mediante argumentação pública e consideram suas instituições básicas legítimas na medida em que estabelecem a estrutura para a deliberação pública.*³⁴⁷

Assim, buscando sistematizar o conceito de democracia deliberativa, a doutrina identifica quatro postulados que podem ser extraídos dos ensinamentos de Joshua Cohen: 1) as deliberações devem ser efetuadas de forma argumentativa pela troca de informações e razões entre os participantes que apresentam propostas e as examinam criticamente; 2) as deliberações devem ser inclusivas e públicas, ninguém pode ser excluído, todos os participantes têm oportunidades iguais de acesso e participação; 3) as deliberações devem ser livres de coações externas, os participantes são livres na medida em que se vinculam unicamente aos pressupostos; e 4) de igual forma, as deliberações são livres de coerções internas, isto é, aquelas que possam afetar a igualdade formal e substancial dos participantes. Cada cidadão terá oportunidade igual de ser ouvido, efetuar contribuições e fazer

³⁴⁶ COHEN, op. cit., p. 133.

³⁴⁷ No original: "the notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument and reasoning among equal citizens. Citizens in such an order share a commitment to the resolution of problems of collective choice through public reasoning and regard their basic institutions as legitimate as far as they establish the framework for free public deliberation." (COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, A.; PETTIT, B. *The good polity: normative analysis of the State*. Oxford: Wiley-Blackwell, 1989, p. 17).

propostas, de modo que as decisões são motivadas unicamente pela força não coercitiva do melhor argumento³⁴⁸.

A democracia deliberativa também se demonstra delineada por outros doutrinadores de suma importância para o seu desenvolvimento teórico. Digno de destaque é a contribuição formulada por Jürgen Habermas, que se dedicou à elaboração de um procedimento que contemple o princípio do discurso, para enfrentar questões relacionadas à legitimidade do direito e a sua relação com o processo democrático.

O procedimento argumentativo habermasiano, como bem explica Marcelo Rangel Lennertz, nos remete à teoria da ação comunicativa, que é voltada para a busca da racionalidade humana, com a finalidade de alcançar um entendimento mútuo mediante a atividade comunicativa. A racionalidade comunicativa deve ser formal e materialmente igual e estabelecer uma distribuição de papéis, é dizer, os envolvidos deverão assumir, de forma alternada, os papéis de falante e de ouvinte e, ainda, designar a previsão de um terceiro. Daí que se torna imprescindível observar condições específicas para que o procedimento deliberativo obtenha um consenso ideal, quais sejam a existência de publicidade e inclusividade, iguais direitos de engajamento comunicativo e a proteção contra enganação, ilusão e coerção³⁴⁹.

Nota-se, portanto, que o ponto de divergência entre a democracia liberal pluralista e a democracia deliberativa, conforme idealizado por Habermas, também pode ser mensurado através da existência de um procedimento argumentativo adotado para a formação de opinião e tomada de decisão na esfera pública.

Não se pode esquecer que a visão liberal pluralista delimita o processo político decisório como sendo caracterizado pela competição de coletividades que atuam para tentar manter ou adquirir novas posições de poder. A participação e a influência social ficam restritas ao momento eleitoral, pela aprovação das preferências dos cidadãos, quantificada como votos, de pessoas e programas de governo.

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 390-391.

³⁴⁹ LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Agências Reguladoras e Democracia no Brasil*: entre Facticidade e Validade, 175 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008, p. 62.

Por sua vez, a concepção habermasiana³⁵⁰ de democracia deliberativa tem como objetivo fixar parâmetros para um procedimento deliberativo desenvolvido numa perspectiva bidimensional. Essa natureza dúplice da democracia deliberativa reside na divisão da esfera pública em: 1) esfera pública parlamentar, que representa o local em que se desenvolve a vontade política; e a 2) esfera pública geral, o local onde serão formadas as opiniões da sociedade. Assim, contemplando as duas esferas, as deliberações finais devem acontecer dentro da esfera pública parlamentar, porém os temas tratados são provenientes da esfera pública geral³⁵¹.

A esfera pública habermasiana permite com que o processo político não fique restrito às decisões escolhidas pelos representantes eleitos e da forma política tradicional de tomada de decisão, sem que sejam legitimadas pela participação e deliberação social no cerne do debate político.

A isso se agregue que a teoria do discurso de Habermas utiliza um procedimento ideal próprio. O procedimento democrático deliberativo deve fomentar reflexões pragmáticas, favorecendo que resultados consentidos e equilibrados possam ser alcançados diante da pluralidade de informações sobre um problema levado ao debate.

Daí que a razão prática do modelo deliberativo pretendido pelo filósofo e sociólogo alemão “se situa naquelas regras do discurso e formas de argumentação, cujo conteúdo normativo é tomado emprestado da base da validade da ação orientada ao entendimento, em última instância da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa”³⁵².

Há de se notar que a teoria do discurso, conforme se pode extrair das lições de Jürgen Habermas³⁵³, não pretende condicionar o êxito da deliberação, exclusivamente, a um conjunto de cidadãos que agem coletivamente, mas sim a uma institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos correspondentes.

A participação social é fundamental, porém não deve representar um somatório de preferências individuais previamente consolidadas, caracterizando o

³⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Three normative models of democracy. *Constellations*, Oxford, vol. 1, n.1, p. 1-10, 1994, p. 3.

³⁵¹ CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. *Dois pontos*, Curitiba, São Carlos, vol. 13, n. 2, p. 83-97, out. de 2016, p. 88.

³⁵² HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 379-380.

³⁵³ HABERMAS, op. cit., p. 381-382.

que a doutrina denomina como um “modelo decisório antiargumentativo”³⁵⁴. A democracia deliberativa não se limita, portanto, a mera participação. É preciso que o cidadão tenha a possibilidade de expor, defender ou criticar os argumentos levados ao debate público mediante regras justas e inclusivas.

A esse respeito, Pedro Henrique G. de Alcântara ressalta que a teoria deliberativa desloca a fonte de legitimidade da decisão majoritária para o próprio processo de formação política, ou seja, a própria deliberação, sendo possível afirmar que o procedimento democrático não é caracterizado pela barganha. A legitimidade do processo democrático surge a partir do momento em que há a garantia de uma deliberação que respeite as regras e o modo como o procedimento discursivo é aplicado³⁵⁵.

A participação dialógica, lastreada em uma diversidade de ideias, favorece na formação de melhores leis e atos administrativos normativos compatíveis com o contexto social. A deliberação, desde que composta por um procedimento que prestigie a igualdade formal e material, permite com que as decisões tomadas possam alcançar certo grau de aceitação coletiva do resultado, além de desenvolver um maior senso político dos participantes.

Há de se indagar, por oportuno, questões relativas ao momento, à intensidade, à aplicação do procedimento deliberativo, assim como avaliar quais espaços institucionais podem ser capazes de dar efetividade neste modelo de tomada de decisões pautado na argumentação.

Volvendo-se ao contexto das agências reguladoras, a legitimidade democrática ideal dos atos normativos regulatórios advém, sem sombra de dúvidas, da inclusão da participação social nas etapas de produção da norma.

No entanto, para que o viés participativo no âmbito dos entes reguladores não se torne um debate expositivo sobre decisões pré-definidas, se faz necessário que a participação social contemple um procedimento pautado na argumentação pragmática, assemelhando o modelo de democracia deliberativa idealizado por Jürgen Habermas, porém com adaptações necessárias à dinâmica da atividade administrativa.

³⁵⁴ ALCÂNTARA, Pedro Henrique G. de. *Outras formas de entender a democracia: as teorias da participação e da deliberação*. Jundiaí: Paco Editorial, 2019, p. 106.

³⁵⁵ ALCÂNTARA, op. cit., p. 107.

Em sua origem, o modelo habermasiano pretende garantir a deliberação social no cenário da atividade política estatal, em que são discutidas e formuladas questões de ordem política pelos governantes e parlamentares. Já a atividade administrativa desempenhada pelas agências reguladoras tem natureza distinta, ainda que a sua decisão possa representar um grande impacto para a coletividade, pois demanda uma maior agilidade e mutabilidade para acompanhar as transformações econômicas, sociais e tecnológicas.

Na doutrina nacional, há quem também defenda a adoção de um modelo deliberativo de tomada de decisões para a atividade desempenhada pelos entes reguladores.

Essa visão é compartilhada, dentre outros, por Paulo Todescan Lessa Mattos³⁵⁶ quando diz que, dentro do contexto habermasiano de democracia, a deliberação social implica na circulação do poder político para além das instituições do legislativo, executivo e judiciário, de modo que as condições de atuação da sociedade civil passam a ter um lugar privilegiado no modelo de análise da organização social. Para o autor, a noção de legitimidade democrática aduzida por Habermas é de natureza substantiva, não meramente formal, de modo a permitir a avaliação não apenas se os procedimentos decisórios são existentes e utilizados, mas também em que condições o conteúdo da norma poderá ser efetivamente influenciado pela participação social.

Por outro lado, ao tratar do tema, Luiz Carlos Bresser-Pereira³⁵⁷ entende não ser suficientemente realista as condições necessárias³⁵⁸ que foram estabelecidas pelos teóricos para uma democracia deliberativa, porém acredita que não se deve rejeitar o conceito de uma deliberação pública, pois esta abre um novo espaço normativo para o aperfeiçoamento da democracia. Para o autor, o modelo de democracia que emerge nas sociedades mais avançadas é menos exigente, cingindo-se em uma democracia participativa, que não exige igual poder substantivo

³⁵⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 195-196.

³⁵⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia republicana e participativa. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 71, p. 77-91, março de 2005, p. 81-82.

³⁵⁸ O autor ressalta que uma grande parte dos cidadãos ainda pode ser motivada por interesses pessoais, de modo que os custos de participação ainda podem ser maiores do que as recompensas que eles venham a obter de uma cidadania ativa, não obstante seja possível observar um gradativo aumento de cidadãos orientados para o interesse público e comprometidos em participar dos debates coletivos. (BRESSER-PEREIRA, op. cit., p. 81).

entre os participantes do debate público, tampouco presume que o consenso poderá ser alcançado.

O que não se pode deixar de considerar é que, ressalvados pensamentos em contrário, há uma tendência em reconhecer a necessidade de uma maior participação social na atividade política e, inclusive, nas funções desempenhadas pela Administração Pública, tal como se defende no âmbito das agências reguladoras.

Portanto, em busca de uma melhor aplicação da deliberação pública no procedimento normativo dos entes reguladores, se demonstra salutar a análise de um procedimento legal delineado no contexto das agências reguladoras norte-americanas, qual seja o *Negotiated Rulemaking Act*, de 1990, que estabeleceu os parâmetros para que a agência possa formular uma regulação negociada.

Sendo assim, o estudo relativo ao procedimento de regulação negociada adotado pelos EUA será realizado para uma melhor percepção das possibilidades de participação democrática, constatando aspectos positivos e negativos e, posteriormente, suscitando hipóteses da sua aplicabilidade e adaptações ao ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 *Negotiated rulemaking* e a experiência das agências norte-americanas

Inicialmente, antes de compreendermos melhor acerca da técnica estadunidense de regulação negociada (*negotiated rulemaking*), se faz importante destacar um dos institutos previstos na *Administrative Procedure Act* – APA, qual seja o *rulemaking*.

A atuação das agências reguladoras norte-americanas pode ser analisada mediante duas categorias, a atividade normativa (*rulemaking*) e a produção de ordens adjudicatórias (*adjudication*), ao passo que a primeira tem uma aplicabilidade geral, mas a segunda tem a sua aplicação restrita para determinadas situações fáticas e indivíduos. Assim, considerando que o cerne da atividade normativa corresponde ao *rulemaking*, atribuir-se-á maior atenção a esse procedimento.

Aspecto essencial a ser observado, consoante realça Rodrigo Pagani de Souza, é a identificação do tipo de norma que será produzida pela agência. Isto é assim porque a APA prescreve determinados procedimentos a depender da norma que se pretende produzir, que podem ser classificadas como *legislative rules*,

*interpretative rules, general statements of policy e rules of agency organization, procedure and practice*³⁵⁹.

Conforme determina a seção 551 (5), a definição de *rulemaking* é estabelecida como sendo o procedimento realizado para formular, modificar ou derogar um regulamento. Há ainda, em específico, a previsão de duas modalidades de procedimento para o *rulemaking*, quais sejam o informal e formal.

O procedimento informal é regulado na seção 553, da APA, sendo aplicável a todos os casos, desde que não haja previsão legal em sentido diverso. Este procedimento garante a comunicação pública da intenção de aprovar um regulamento, o trâmite de participação cidadã e a publicação do texto em definitivo, que é denominado como *notice-and-comment rulemaking*.

Pretendendo apontar os elementos essenciais, Maeve P. Carey³⁶⁰ detalha as etapas que devem ser observadas pelo procedimento informal, tendo em vista que a *Administrative Procedure Act* determina que as agências façam uma publicação descritiva no *Federal Register* da notificação de regulamentação de proposta (*Notice of Proposed Rulemaking*). Em vista disso, o comunicado deve conter 1) uma declaração do tempo, local e natureza dos procedimentos da regulamentação; 2) referência à autoridade legal sob a qual a norma é proposta; e 3) os termos ou conteúdo, ou uma descrição das questões e assuntos objetos da regulamentação.

Por fim, a APA estabelece que a norma final não pode entrar em vigor por um período de, no mínimo, 30 dias após sua publicação, a menos que: 1) a norma conceda ou reconheça uma isenção ou elimine uma restrição; 2) a norma seja uma norma interpretativa ou uma declaração política; ou 3) a agência determinar que a regra deve entrar em vigor em período menor, haja vista a existência de uma justa causa, assim como a previsão deve estar contida no regulamento publicado.

Ainda, Maeve P. Carey³⁶¹ aponta para o fato de que o regulamento produzido não pode adotar uma disposição contrária ao que foi previsto na *Notice of Proposed Rulemaking*. Se a norma produzida pela agência for levada às Cortes norte-americanas, a regulamentação poderá ser considerada ilegal por se tratar de uma

³⁵⁹ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 16, jun. 2002, p. 2.

³⁶⁰ CAREY, Maeve P. *The Federal Rulemaking Process: An Overview*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2013, p. 5.

³⁶¹ CAREY, op. cit., p. 6.

norma “arbitrária, caprichosa, com abuso de poder discricionário ou de outra forma que não esteja de acordo com a lei”.

Em contrapartida, no que diz respeito ao procedimento formal, se verifica que este é aplicável apenas aos casos que estejam previstos em lei específica. O modelo formal tem em comum com o informal a publicação tanto da proposta de regulamentação, assim como a da norma final. Mas a principal distinção ocorre no âmbito da participação dos cidadãos e dos direitos que lhe são reconhecidos, sendo exigida a realização de uma audiência pública revestida de características mais formais para, desse modo, permitir a defesa das alegações e apresentação de provas técnicas.

Segundo previsão contida na seção 553 (c) da APA, se uma lei estabelecer que determinada norma regulatória deva ser produzida *on the record*, mediante registros formais, deverá ser garantida a realização de audiências públicas, nos moldes procedimentais da seção 556, que trata acerca dos rigorosos critérios formais para a audiência pública, e da seção 557, que estabelece as normas de instrução processual que são aplicadas para as audiências públicas.

Com efeito, não se desconhece que a realidade norte-americana, especialmente no final da década de 1960, apontava cada vez mais para uma evidente insatisfação com os modelos de procedimentos normativos, permitindo com que houvesse uma evolução posterior à promulgação da *Administrative Procedure Act*.

Rodrigo Pagani de Souza expõe que, se por um lado, se verifica que o procedimento informal é simples e eficiente, mas não permite uma ampla participação para que as pessoas interessadas possam participar e contestar os fundamentos da norma, por outro lado, o procedimento formal aumenta as possibilidades de participação e influência nas propostas das agências, mas apresenta uma alta morosidade para se chegar numa decisão final. Há, portanto, dois procedimentos que se contrapõem, seja para garantir uma maior ligeireza no procedimento normativo, seja para garantir uma adequada participação social³⁶².

Na prática, observou-se que, desde a pública da APA, em 1946, o procedimento normativo formal teve a sua utilização bastante reduzida. Os tribunais norte-americanos, de forma gradativa, abandonaram o uso deste procedimento,

³⁶² SOUZA, op. cit., p. 4.

notadamente após a decisão do caso *Florida East Coast*, em 1973, pela Suprema Corte.

Também sucedeu um fenômeno de “formalização” do procedimento informal da APA, mediante o desenvolvimento de modelos procedimentais intermediários pelos tribunais norte-americanos, com a finalidade de permitir uma real participação social no procedimento normativo sem, contudo, estabelecer o mesmo rigor do procedimento formal. Assim tem se desenvolvido a produção normativa pelas agências através de um *hybrid rulemaking*, isto é, um procedimento normativo híbrido³⁶³.

Apesar de certos avanços, o instituto do *rulemaking*, como frisa Juliana Bonacorsi de Palma, continua sendo tema de discussão entre os doutrinadores norte-americanos, principalmente por conta do fenômeno intitulado por *rulemaking ossification*, que decorre da tentativa do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário em incutir seu próprio conceito do que se entende por uma boa regulação, acarretando uma pressão maior na capacidade de regulação técnica das agências³⁶⁴.

Destarte, a autora assinala que três fatores contribuem para a ossificação do *rulemaking*: 1) a existência de inúmeras exigências de análise de impacto regulatório nos casos das *major rules*; 2) o Congresso norte-americano estabeleceu rígidos condicionamentos ao *rulemaking* para as novas leis de criação de agências e para as alterações legislativas; e 3) a rigidez do *rulemaking* determinada pelo Judiciário ao fazer uso do *hard look doctrine*, como o dever de realizar interrogatórios e exames cruzados, de modo que a função do *rulemaking* passou de um mecanismo de participação para um método de compilação de dados para o controle judicial³⁶⁵.

Por oportuno, é relevante observar que, a despeito das dificuldades apresentadas, o *rulemaking* se tornou um importante instrumento para a efetividade e legitimidade de políticas regulatórias.

³⁶³ SOUZA, op. cit., p. 5.

³⁶⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 246.

³⁶⁵ PALMA, op. cit., p. 246-247.

Volvendo-se ao instituto da *negotiated rulemaking*, se constata que o seu fortalecimento ocorreu em meados da década de 1990³⁶⁶, por meio de recomendações do Congresso norte-americano para o uso de um procedimento alternativo conhecido como *regulatory negotiation* ou “*reg-neg*”.

Não obstante, desde os anos 80, a regulação negociada poderia ser verificada dentro da questão mais abrangente da *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Ainda que não dispusesse de uma legislação específica, as agências recorriam a esta técnica para elaborar normas em situações em que se verificavam um grande conflito de interesses, podendo-se citar, exemplificativamente, a utilização da regulação negociada pelas agências *Environmental Protection Agency*, *Nuclear Regulatory Commission*, *Federal Aviation Administration*, e *Occupational Safety and Health Administration*³⁶⁷.

A definição amplamente aceita pela doutrina norte-americana, conforme expõe Julia R. Beechinor, caracteriza a *negotiated rulemaking* como “um procedimento baseado em consenso, onde uma regra proposta é inicialmente desenvolvida por um comitê composto por representantes de todos os interesses que serão afetados pela regra, incluindo aqueles interesses representados pela agência reguladora”³⁶⁸.

Não se pode esquecer, no entanto, que a técnica da regulação negociada tem como escopo o fato de que, se as partes envolvidas chegarem a um consenso, o relatório produzido durante a negociação será utilizado para dar início ao procedimento padrão do *rulemaking* exigido pela *Administrative Procedure Act*. Não se trata de uma nova modalidade de *rulemaking*, mas sim de uma etapa autônoma de tentativa de produção normativa consensual.

³⁶⁶ No ano de 1982, o *regulatory negotiation* foi proposto por Philip Harter, em sua publicação intitulada por *Negotiating Regulations: a cure for malaise*, na oportunidade em que esteve como consultor da *Administrative Conference of the United States* (ACUS).

³⁶⁷ LEONG, Hong Cheng. *Introdução ao negotiated rulemaking: a sua compatibilidade com o sistema jurídico português e questões sobre a legitimidade dos administrados de impugnar o regulamento consensual*. Coimbra: CEDIPRE, 2016, p. 13.

³⁶⁸ BEECHINOR, Julia R. *Negotiated rulemaking: a study of state agency use and public administrators' opinions*, 1998, p. 12. Disponível em: <<https://digital.library.txstate.edu/bitstream/handle/10877/3600/fulltext.pdf>>. Acesso em: 4 de fev. de 2022.

Tanto é assim que a lei instituidora desta técnica, a *Negotiated Rulemaking Act*³⁶⁹ (NRA), editada no ano de 1996, indica que o seu propósito de criação foi o de estabelecer uma padronização para a condução de normas regulatórias pela via negociada, incentivando o seu uso para o fortalecimento do procedimento informal do *rulemaking*.

Dentre as definições apresentadas, a lei da NRA destaca as figuras do a) *convencer*: responsável por auxiliar a agência para definir se a hipótese de regulação normativa é viável, convocando a criação de um comitê negociador de regulação; b) *facilitator*: a pessoa imparcial que conduzirá as discussões e negociações entre os membros do comitê, para desenvolver o conteúdo da norma proposta; c) *negotiated rulemaking committee*: comitê consultivo que tem como atribuição considerar e discutir as questões suscitadas, com o objetivo de alcançar um consenso na elaboração da norma regulatória.

Digno de nota é o §563, da *Negotiated Rulemaking Act* (NRA), ao prescrever que um comitê de regulação negociada deve ser criado quando o diretor da agência determinar que a elaboração de uma norma regulatória, pela via da negociação, é do interesse público. Ao fazer tal determinação, o diretor da agência deve considerar se: 1) há necessidade de uma norma; 2) há um número limitado de interesses identificáveis em relação aos indivíduos que serão significativamente afetados pela norma; 3) há uma probabilidade razoável de que o comitê possa ser convocado com uma participação equilibrada de pessoas que possam representar os interesses envolvidos e que estejam dispostas a negociar de boa-fé para se alcançar um consenso; 4) há uma probabilidade de que o consenso seja alcançado dentro de um período de tempo determinado; 5) o procedimento de regulação negociada não atrasará, injustificadamente, a *Notice of Proposed Rulemaking* e a aprovação da norma final; 6) a agência possua recursos suficientes, incluindo a possibilidade de fornecer assistência ao comitê; e 7) a agência, na medida do possível, usará o consenso alcançado pelo comitê como base para fundamentar a norma regulatória proposta.

Nesse diapasão, se o comitê chegar a um consenso, o relatório conterá a regra proposta, que a agência adotará como parâmetro para o início do procedimento do *rulemaking*. Contudo, se o comitê não chegar a um consenso sobre

³⁶⁹ A *Negotiated Rulemaking Act* está disponível no sítio eletrônico: < <https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-09/documents/regnegact.pdf>>.

algumas ou todas as questões envolvidas no debate, a agência pode usar quaisquer entendimentos de natureza incontroversa, assim como todas as informações obtidas, para elaborar a norma regulatória, tal como previsto na *Administrative Procedure Act*. A elaboração de normas regulatórias negociadas, como se percebe, é um complemento às disposições da APA.

Daí se nota que a fase negocial, alcançando ou não o consenso, não obstará as fases subsequentes do procedimento normativo das agências, mormente a realização de audiências e consultas públicas previstas na APA, oportunidade em que poderão surgir novas situações e opiniões que não foram suscitadas durante comitê de negociação.

O relatório do comitê estabelecido para o *negotiated rulemaking* não é um ato normativo, mas sim uma proposta consensual para embasar a norma final. A esse respeito, Hong Cheng Leong³⁷⁰ nos lembra que se o órgão decisor “homologar” a proposta, teremos um regulamento consensual; por outro lado, assim não fazendo mediante justo motivo, o ato final ainda será um “regulamento bem-informado”, haja vista a amplitude dos debates e informações colhidas durante a negociação.

Ao tratar sobre o tema, Julia R. Beechinor³⁷¹ acentua que a *National Performance Review*, de 1993, que foi seguida por oito diretrizes presidenciais à época, pretendeu incentivar a utilização da regulação negociada, estabelecendo recomendações para aperfeiçoar o sistema regulatório, que se dividem em: 1) criar um grupo de coordenação regulatória interinstitucional; 2) incentivar abordagens mais inovadoras às normas regulatórias; 3) estimular a criação de regras baseadas em consenso; 4) incentivar a conscientização e a participação social; 5) simplificar os procedimentos regulatórios adotados pela agência; 6) encorajar a resolução alternativa de conflitos; 7) classificar os riscos e estabelecer mecanismos que permitam um planejamento regulatório antecipado; 8) melhorar a atividade regulatória; 9) aprimorar as relações entre agências e o Poder Legislativo; e 10) fornecer um adequado treinamento e incentivos para os agentes reguladores.

³⁷⁰ LEONG, Hong Cheng. *Introdução ao negotiated rulemaking: a sua compatibilidade com o sistema jurídico português e questões sobre a legitimidade dos administrados de impugnar o regulamento consensual*. Coimbra: CEDIPRE, 2016, p. 14.

³⁷¹ BEECHINOR, Julia R. *Negotiated rulemaking: a study of state agency use and public administrators' opinions*, 1998, p. 14. Disponível em: <<https://digital.library.txstate.edu/bitstream/handle/10877/3600/fulltext.pdf>>. Acesso em: 4 de fev. de 2022.

Em seguida, traz a autora o fato de que a regulação negociada não é necessariamente aplicável para cada ato normativo que será produzido, pois certos critérios precisam ser considerados antes da agência dar início à técnica de *negotiated rulemaking*. O agente regulador responsável, antes de adotar uma regulação negociada, deve se questionar sobre alguns aspectos elementares, a saber: há divergências entre os envolvidos, direta e indiretamente, sobre os quais recairão a norma regulatória que se pretende produzir? Todas as partes interessadas poderão ser beneficiadas? É provável alcançar um consenso? A agência aceitará o relatório de consenso firmado pelos participantes?³⁷²

Além disso, uma vez que a agência tenha tomado a decisão para utilizar a regulação negociada, os participantes devem entender que esta técnica não faz com que a agência esteja delegando suas atribuições normativas, ou isentando a agência de quaisquer exigências impostas pela constituição ou leis, ou eliminando a responsabilidade da agência para valer-se de outros instrumentos que auxiliem na elaboração do ato normativo, tal como a análise de impacto regulatório, ou exigindo que quaisquer partes envolvidas deixem de lado seus direitos para se alcançar um consenso.

No que tange à efetividade que a regulação negociada pode alcançar, segundo explica William Funk³⁷³, a doutrina norte-americana produziu inúmeros artigos, nos quais grande parte elogia a técnica; outros fazem recomendações para melhorias, mas acreditam no propósito da negociação; enquanto alguns criticam a ideia. Ressalta o autor, entretanto, que os trabalhos veiculados sobre o tema não realizaram uma avaliação séria dos custos e benefícios de usar a regulação negociada em detrimento do procedimento padrão para produção normativa das agências.

Por sua vez, a *Administrative Conference of the United States*³⁷⁴, agência independente federal que é dedicada a melhorar o procedimento administrativo por meio do consenso, em relatório produzido no ano de 1995, período em que o volume das regulações negociadas se intensificava nos EUA, já evidenciava que:

³⁷² BEECHINOR, op. cit., p. 19.

³⁷³ FUNK, William. Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest. *Duke Law Journal*, Durham, vol. 46:1351, 1997, p. 1365-1366.

³⁷⁴ ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES. *Building consensus in agency rulemaking: implementing the negotiated rulemaking act 29, 1995*. Disponível em: <<https://www.acus.gov/>>. Acesso em: 5 de fev. de 2022.

There has been little formal evaluation of the use of negotiated rulemaking, perhaps because such evaluation presents formidable challenges. "Success" in a negotiated rulemaking cannot be precisely defined; even when a negotiating committee fails to reach consensus on a proposed rule, its efforts sometimes succeed in narrowing issues or providing agency regulators with important information they can use to craft their own proposals. While some of the costs of the process can easily be identified, moreover, the possible benefits – a higher quality rule based on better information, improved compliance, and reduced litigation – may be difficult to quantify.³⁷⁵

Se, na perspectiva norte-americana, há argumentos favoráveis para a utilização da técnica de regulação negociada, também é relevante observar argumentos contrários, que apontam para a existência de possível inconsistência da *negotiated rulemaking* com as regras e princípios previstos na *Administrative Procedure Act*.

Examinando referida incompatibilidade, William Funk apresenta três argumentos para a não utilização da negociação no âmbito regulatório. Em relação ao primeiro argumento, o autor ressalta que, implicitamente, as normas da APA determinam a observância ao *the rule of law*, isto é, as agências devem ficar subordinadas aos limites da lei.

As normas contidas na lei podem estabelecer obrigações específicas ou gerais, porém a atuação das agências torna-se legitimada por meio da observância destas orientações, de modo que a lei não é apenas um freio ou uma âncora na autonomia da agência, mas também a fonte e a razão para as ações do ente regulador. Em uma regulação negociada, a dinâmica da negociação pode resultar em desvios substanciais da lei. A busca pelo consenso, explica William Funk, pode permitir que ocorra uma negociação de disposições não autorizadas legalmente³⁷⁶.

O segundo ponto contrário à utilização da *negotiated rulemaking* advém do fato de que cabe à agência reguladora o papel de agente responsável pela regulação. O autor destaca que a agência não deve atuar como um serviço de mediação, meramente executora de acordos privados entre os setores envolvidos.

³⁷⁵ Tradução livre: "Há pouca avaliação formal do uso de normas negociadas, talvez porque tal avaliação apresenta desafios formidáveis. O "sucesso" em uma regulamentação negociada não pode ser definido com precisão; mesmo quando um comitê de negociação não consegue chegar a um consenso sobre uma regra proposta, seus esforços às vezes conseguem restringir as questões ou fornecer aos reguladores das agências informações importantes que podem usar para elaborar suas próprias propostas. Embora alguns dos custos do processo possam ser facilmente identificados, além disso, os possíveis benefícios – uma regra de maior qualidade baseada em melhores informações, melhor conformidade e redução de litígios – podem ser difíceis de quantificar".

³⁷⁶ FUNK, William. Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest. *Duke Law Journal*, Durham, vol. 46:1351, 1997, p. 1374-1375.

Ao invés, a lei atribui à agência a característica de autoridade responsável para estabelecer os atos normativos regulatórios. A negociação regulatória reduz o papel da agência para a mera condição de participante na formulação de uma norma regulatória³⁷⁷.

À derradeira, William Funk aduz que o terceiro argumento contrário está situado na prerrogativa conferida à agência reguladora para alcançar o interesse público. Ao permitir uma regulação negociada, a legitimidade da proposta de norma produzida decorre de um acordo geral das partes envolvidas, isto é, os participantes da negociação tenderão a fazer um acordo entre e para si, barganhando para alcançar seus próprios interesses e transformando o direito público em uma relação de direito privado.

Ainda, a agência reguladora, como outros participantes, também realizará *trade-off* dos seus interesses para alcançar um consenso, o que poderia significar, em certa medida, uma renúncia indevida ao interesse público. Como exemplo, o autor menciona que, em alguns casos, o interesse público pode ser amplamente indefinido, ou até mesmo múltiplo. Já em outros casos, pode ser facilmente verificável, de modo que, consoante o ordenamento jurídico, caberia então ao ente regulador a definição do critério adequado para atingir os objetivos regulatórios e, dessa forma, promover o interesse público³⁷⁸.

Também à cata de uma ponderação sobre a utilização da *negotiated rulemaking*, emerge o entendimento exposto por Juliana Bonacorsi de Palma³⁷⁹, ao ressaltar que “o maior risco do *reg-neg* é sua maior virtude: o diálogo entre regulador e regulado”. Se o procedimento não for realizado com a devida cautela e com ampla transparência, podem acontecer situações em que favorecerão o conluio e a captura do ente regulador, assim como possibilitar a falha na representação de algum participante cujo interesse, por conta da sua hipossuficiência, deveria ser defendido na mesa de negociação.

Atento ao debate sobre a *negotiated rulemaking*, Hong Cheng Leong enfatiza características desse instituto e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico de Portugal. Para o autor, há que se enfrentar três perguntas essenciais para se

³⁷⁷ FUNK, op. cit., p. 1376.

³⁷⁸ FUNK, op. cit., p. 1386.

³⁷⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 272.

investigar a viabilidade da *negotiated rulemaking*, quais sejam: 1) a regulação negociada implica uma violação ao sistema normativo da Administração Pública que, de acordo com a Constituição da República Portuguesa, tem como missão primária e irrenunciável a prossecução dos interesses públicos, em detrimento da conciliação de interesses privados conflituais?; 2) esta técnica implica em uma delegação ilegítima do poder normativo público para os grupos de interesses privados?; 3) o legislador ordinário abre margem para a implementação da *negotiated rulemaking*?³⁸⁰

Assim como visto anteriormente, a defesa do interesse público em regulações negociadas também se mostra relevante para o autor. Há de se considerar, sem dúvidas, o problema da “traição aos interesses públicos”³⁸¹ que pode ocorrer quando se busca uma solução consensual. A pretensão de se obter um consenso pode desvirtuar o dever da agência reguladora em garantir a racionalidade da norma através de sua expertise técnica e da vinculação às leis.

Esse ponto de vista, por certo, é imprescindível para destacar o risco inerente à uma negociação no âmbito do direito público. Com efeito, destaca Hong Cheong Leong, é necessário distinguir a figura do risco e da fatalidade. Se os riscos forem previamente detectados, o que se deve garantir é o meio de controle, mas não a rejeição automática da *negotiated rulemaking*. De forma bastante elucidativa, o autor menciona que:

*Por um lado, a participação da Administração na negociação não significa necessariamente o trade-off dos interesses públicos em prol dos interesses privados – para não criticar já a ideia, a nosso ver ultrapassada, da separação radical entre interesses públicos e interesses privados que contamina esta afirmação, não podemos esquecer-nos de que por regra, no reg neg, vale a regra de unanimidade para a obtenção do consenso e daí, todos os negociantes, inclusive, a Administração, têm um veto. Daí, logo na fase da negociação, a Administração pode vetar proposta que vai contra os interesses públicos. Sem dúvidas, pode argumentar que a Administração, fascinada pelo “sabor do consenso”, não ia usar o seu veto para salvaguardar os interesses públicos; mas contestação esta que já não tem a ver com o próprio reg neg – a Administração, fora do reg neg, também pode cometer “desvio do poder” simplesmente por ser fascinada pela “conveniência da arbitrariedade”.
(...)*

³⁸⁰ LEONG, Hong Cheng. *Introdução ao negotiated rulemaking: a sua compatibilidade com o sistema jurídico português e questões sobre a legitimidade dos administrados de impugnar o regulamento consensual*. Coimbra: CEDIPRE, 2016, p. 20.

³⁸¹ LEONG, op. cit., p. 21.

Por outro lado, como temos salientado, o reg neg não é um substituto do procedimento regulamentar tradicional, mas sim uma fase adicional inserida no meio do procedimento tradicional, tornando-o mais democrático. Destarte, mesmo que haja consenso, nada garante que isto será o conteúdo final do regulamento – mesmo o dever de negociar em boa-fé, e mais geral, o princípio da boa-fé que vincula a Administração, não dá uma garantia absoluta para isso. Designadamente, a Administração pode desviar do consenso obtido nas fases posteriores, e deve fazê-lo se entretanto receber opiniões meritosas do público ou dos interessados, ou julgar o consenso (original ou supervenientemente) desconforme com os interesses públicos concretos.³⁸²

Em complemento, digno de nota é o posicionamento esposado por Barbosa de Melo³⁸³, ao afirmar que o problema da captura também não pode ser visto como um óbice à regulação negociada, pois esse argumento não pode ser invocado como um problema exclusivo da *negotiated rulemaking*. Se a ameaça da captura estiver presente, não há dúvida de que ela também representará um grave problema para os procedimentos tradicionais de produção normativa do ente regulador, ainda que se considere a autonomia técnica da agência que, como debatido anteriormente nesta pesquisa, esta não estará imune às pressões e influências externas.

No que diz respeito à compatibilidade do ordenamento jurídico para a implementação do “reg-neg”, volvendo-se aos questionamentos apresentados por Hong Cheong Leong para as agências reguladoras de Portugal, é verificado que, no Código de Procedimento Administrativo português, há possibilidade de flexibilização procedimental, conforme dispõe o art. 56.º, que estabelece o princípio da adequação formal.

Este princípio concede, de forma geral, uma maior discricionariedade procedimental para a Administração Pública, cuja atuação deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão. Daí que, ainda que não haja previsão explícita acerca do instituto da *negotiated rulemaking*, a agência está legalmente autorizada a utilizar a discricionariedade procedimental para os casos cabíveis.

Em linhas de arremate, Hong Cheong Leong assevera que a regulação negociada, em abstrato, desde que estejam presentes as condições necessárias para o seu uso, está dentro das *ratio legis* e *ratio iuris* do princípio da adequação procedimental, considerando que a “reg-neg”, além de estar abarcada por uma

³⁸² LEONG, op. cit., p. 22.

³⁸³ MELO, Barbosa de. Introdução às formas de concertação social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LIX, 1983, p. 122.

teleologia de promoção da participação social na produção de normas, também é defendida como um instrumento apto a garantir uma maior eficiência ao procedimento normativo, e, ainda, favorece a elaboração de uma melhor regulação com ampla aceitação pelos interessados³⁸⁴.

Feitas tais observações quanto à aplicabilidade da regulação negociada, há de se advertir que a realidade estrangeira não pode ser transplantada aprioristicamente para o ecossistema das agências reguladoras do Brasil. A complexidade dos problemas verificados em cada nação deve ser considerada, na medida necessária, para adaptar o procedimento paradigma e torná-lo, mediante utilização de critérios próprios, compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

5.3 Compatibilidade e condicionantes da regulação normativa negociada ao ordenamento jurídico brasileiro

Tendo em vista o exposto nos tópicos precedentes, se torna possível analisar o panorama das agências reguladoras brasileiras, especialmente no que diz respeito à atividade normativa consensual desses entes.

A princípio, é importante salientar que o fenômeno da consensualidade, no domínio do direito administrativo da pós-modernidade, já se mostra em estágio de aprimoramento para a incorporação do elemento da dialogicidade às atividades da Administração Pública.

A evolução da consensualidade, no contexto do direito administrativo brasileiro, decorre da grande influência do direito italiano e, em certa medida, do direito espanhol. Somente a partir da segunda metade da década de 1990, o tema passou a ser debatido em uma perspectiva técnica e sistematizada. Os esforços iniciais da doutrina³⁸⁵ nacional sobre a consensualidade cingiram-se na determinação de sua natureza jurídica, buscando atribuir uma identidade própria à atuação administrativa por meio de acordos³⁸⁶, os fundamentos da consensualidade,

³⁸⁴ LEONG, op. cit., p. 33.

³⁸⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, 332 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 81-82.

³⁸⁶ Juliana Bonacorsi de Palma destaca que, relativamente aos fatores que determinam a atuação administrativa por meio de acordos, a noção de democracia substantiva foi um dos argumentos para o desenvolvido dos estudos acerca da consensualidade. Pois, segundo aponta, o recente estágio da democracia favorece uma maior participação dos cidadãos na definição de políticas públicas e, no contexto da Administração Pública, na tomada de decisões. Um segundo fator importante se trata da

assim como a definição dos instrumentos consensuais existentes no regime de direito público.

Mais especificamente, Juliana Bonacorsi de Palma destaca, dentre as múltiplas correntes doutrinárias, as seguintes definições acerca da consensualidade administrativa:

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por exemplo, defende a tese que a consensualidade se materializa no gênero pacto ao lado dos contratos administrativos, porém, enquanto as prestações são recíprocas nos contratos administrativos (interesses distintos), as prestações nos acordos administrativos são integrativas, pois matizadas por interesses comuns. Patrícia BATISTA, por sua vez, entende a consensualidade como 'manifestação do fenômeno participatório da Administração Pública', compreendendo, assim, a consensualidade no âmbito da participação administrativa. Em uma vertente eminentemente pragmática, Adilson Abreu DALARI concebe a consensualidade como técnica de gestão administrativa, voltada a superar determinados gargalos que a forma mais tradicional de administrar incorre. Outro posicionamento é exposto por Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA, para quem a consensualidade abrange o contrato administrativo, mas vai além para também integrar outras técnicas de gestão negociais.³⁸⁷

É de correntio conhecimento que, hodiernamente, subsiste uma reconfiguração do Estado em face da litigiosidade. Há uma mudança de paradigma para privilegiar a existência de um direito público não adversarial, buscando soluções consensuais para questões que envolvem a Administração Pública.

Como bem esclarece Juarez Freitas, se pode aventar algumas ideias-chave que promovem essa medida pró-consensualidade: 1) a cultura da hostilidade entre o Estado e a sociedade não é produtora, pois colide com os princípios regentes das relações de administração, principalmente o da impessoalidade, confiança recíproca, economicidade, eficiência, eficácia, moralidade e dignidade; 2) o agente público tem a obrigação de atuar como autêntico representante do Estado, devendo agir de modo a contribuir com a redução da beligerância e a desconfiança; 3) o excesso de litígios que envolvem o Poder Público precisam ser reduzidos, haja vista os malefícios daí advindos; 4) o mecanismo multiportas de resolução de litígios deve ser aplicado de forma justa, para que não se converta em mais um obstáculo burocrático para a Administração Pública; 5) há limites à negociação onde uma das

ampliação da contratualização no direito administrativo brasileiro, a contratualização corresponde a um termo amplo que abrange os contratos administrativos ao lado da concertação administrativa. Por fim, um terceiro argumento apresentado pela autora se refere à ideia de eficiência que pode ser alcançada por meio da consensualidade. (PALMA, op. cit., p. 82-83.)

³⁸⁷ PALMA, op. cit., p. 86.

partes seja um ente público, pois é preciso observar certos ditames para as negociações que se celebram como: a) compromissos eficientes e eficazes para viabilizar a realização de determinada política pública; b) acordos revestidos de probidade; c) acordos que não ultrapassem a esfera do material e processualmente irrenunciável; e d) acordos de benefícios líquidos, ou seja, que sejam precedidos de uma análise de impacto multidimensional³⁸⁸.

A isso se deve acrescentar um aspecto relevante: as plurissignificações que a palavra consensualidade pode adquirir, não apenas no plano semântico, mas também a possibilidade de que sejam extraídos diversos usos para o ato ser consensual. No direito privado, os negócios jurídicos consensuais são formados mediante a vontade das partes e buscam assegurar vantagens recíprocas. Por outro lado, o Poder Público nem sempre poderá se manifestar pela prática de atos consensuais, haja vista o interesse público ser tido como *res extra commercium*, isto é, eventual consenso entre o agente público e o particular somente recairá sobre questões que envolvam direito público disponível³⁸⁹.

Nessa linha de raciocínio, de acordo com Irene Patrícia Nohara³⁹⁰, se pode falar em um “simulacro de consensualidade” quando são submetidas questões de interesse público que não poderão ser livremente acordadas com os particulares ou, até mesmo, com outros entes públicos³⁹¹. O consenso do direito público não se confunde com o consenso do direito privado, considerando que a Administração Pública deve agir de modo a garantir o bem-estar social. A busca de uma solução negociada na atividade da Administração Pública deve ser concebida como método principal para alcançar o consenso social sem, no entanto, afastar-se dos limites do princípio da juridicidade.

O que não se pode deixar de considerar é que, em relação ao interesse público, múltiplas circunstâncias devem ser consideradas. A esse respeito,

³⁸⁸ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 27-28.

³⁸⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 29-51, mar./abr., 2013, p. 39.

³⁹⁰ NOHARA, op. cit., p. 40.

³⁹¹ Exemplificativamente, temos a previsão de contratos intragovernamentais que são celebrados por partes estatais, tal como ocorre com o contrato de desempenho, conforme dispõe o art. 37, §8º, da CF/88, regulamentado pela Lei nº 13.934/2019; e os contratos de gestão e termos de parceria, estabelecidos na Lei nº 11.107/05, no âmbito dos consórcios públicos.

Domenico Sorace³⁹² enfatiza que os interesses que em determinado momento foram considerados como interesses públicos, posteriormente podem ser concebidos apenas como interesses gerais, correspondendo a vontade de um determinado grupo que não pode alcançar individualmente a satisfação desse interesse. Portanto, não necessariamente todo interesse de natureza geral é considerado como interesse público, porém é possível existir interesse público que nem sempre é percebido como um interesse geral.

Não obstante as limitações atribuídas pelo princípio da juridicidade, é relevante salientar que as atuações administrativas não voltadas para a consensualidade, mas sim para decisões unilaterais, muito possivelmente, não serão revertidas em ganhos efetivos para a sociedade.

Tal posicionamento também pode ser constatado nos ensinamentos de Juarez Freitas que, ao abordar os problemas da litigiosidade no cenário da Administração Pública, aduz da seguinte forma:

Numa frase, vencidos arroubos voluntaristas e o temor exagerado de fazer a coisa certa, afirma-se que, sob auspícios do publicismo esclarecido que bem modula a autonomia, doravante impõe-se que o unilateralismo autoritário e monológico ceda lugar ao ponderado exercício da construção de consensos desarmados, sem prejuízo de atentos controles preventivos, concomitantes e sucessivos.

Convenha-se: nessa altura, seria um erro crasso insistir na manutenção dos jogos de soma zero. É um apego lastimável ao status quo que sonega ganhos diretos e externalidades benéficas do consenso sério. A lógica do tudo ou nada é uma postura hermenêutica indefensável no plano de princípios e no campo das regras. Trata-se de rigidez mental excessiva derivada, com frequência, na cegueira voluntária, que atesta profundo despreparo anímico para a governança democrática.³⁹³

Prosseguindo, há de se ressaltar a Lei nº 13.655/18, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657/42), representa um importante avanço na ampliação da consensualidade, isso porque o art. 26 estabelece norma permissiva para que a autoridade administrativa possa celebrar compromissos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, observada a legislação aplicável. Esse dispositivo, por certo, introduz uma permissão genérica, porém não irrestrita, para que a Administração Pública possa celebrar acordos.

³⁹² SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*. Bologna: il Mulino, 2018, p. 25-26.

³⁹³ FREITAS, op. cit., p. 32.

Interesse observar que, ao atribuir um regramento básico ao compromisso previsto no *caput* do art. 26, o §1º reforça o que normas esparsas anteriormente já prescreviam, por exemplo, no âmbito do direito administrativo sancionador, especialmente nos casos de acordos substitutivos da sanção.

Os incisos contidos no §1º determinam que o compromisso firmado pela autoridade administrativa deverá buscar uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; e que deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Como se percebe, esse dispositivo da LINDB mantém o foco da consensualidade administrativa para as decisões de casos em concreto, envolvendo determinados particulares em face da Administração Pública. Mas não há um regramento, com procedimento próprio, para a celebração de acordos em atos administrativos normativos.

A título de exemplo, verifica-se que a consensualidade no direito administrativo sancionador, baseada no caso em concreto, inclusive na esfera dos entes reguladores, passou a se fazer presente em diversos diplomas normativos. Daí que, segundo apontam André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco³⁹⁴, o surgimento da Administração consensual permitiu com que se modificasse o perfil de uma regulação “hostil” para uma regulação “amiga” dos setores regulados. O que antes era concebido como uma regulação unilateral e impositiva de sanções, hoje é compreendida como uma regulação concertada³⁹⁵.

³⁹⁴ SADDY, André; GRECO, Rodrigo de Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun., 2015, p. 169.

³⁹⁵ Os autores destacam que, no microssistema regulatório sancionador, por força de lei ou ato normativo, depreendem-se dois instrumentos em favor da consensualidade: o termo de ajustamento de conduta (TAC) e a medida reparadora de conduta (MRC). Os TACs são instrumentos substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a agência reguladora e os agentes infratores, os quais são revestidos das características da consensualidade (não há obrigação de adesão para nenhuma das partes envolvidas); alternatividade (devem existir opções, contidas na lei ou no ato normativo, que possibilitem a substituição de uma sanção mais grave por uma menos gravosa, como, por exemplo, a fixação de multa, ou a prestação positiva em favor da sociedade); e a finalidade pública. O termo de ajustamento de conduta existirá apenas como substitutivo ou suspensivo de um procedimento sancionatório já em curso. Por outro lado, as MRCs têm como finalidade a correção de pendências, irregularidades ou infrações, dentro de um prazo determinado, para evitar a aplicação de penalidade. Enquanto uma MRC é formada, ainda não há qualquer sanção ou imputação de falta, pois este instrumento consensual não necessariamente ocorrerá em virtude do procedimento administrativo sancionador. (SADDY; GRECO, op. cit., p. 171-172.)

Retornando à LINDB em dispositivo um pouco mais adiante, temos a previsão do art. 29, estabelecendo que em qualquer órgão ou poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, frisa-se, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico. À procura de uma maior legitimidade social, a regra contida neste dispositivo legal, certamente, fortalece e incentiva a participação dos cidadãos na formulação dos atos normativos, mas não se trata de um ato normativo negociado, nos moldes da técnica norte-americana da *negotiated rulemaking*.

Em um giro pela lei de processo administrativo federal, Lei nº 9.784/99, igualmente se percebe que a realização de consultas e audiências públicas ocorre em processos administrativos onde a Administração Pública esteja diante da sua função adjudicatória. É dizer, apenas em face de um processo administrativo, de ofício ou a pedido de interessado, e com base em um caso em concreto, que a autoridade administrativa ampliará os instrumentos de participação social. Também não há, na lei supramencionada, um procedimento específico para a consensualidade em atos normativos³⁹⁶.

Mais específica, desta vez no cenário das agências reguladoras, a Lei nº 13.848/2019, no que se refere à participação social na atividade normativa, há expressamente a previsão do art. 9º, que determina ser objeto de consulta pública prévia as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

O procedimento de consulta pública estabelecido pela Lei Geral das Agências Reguladoras, além de garantir aos cidadãos o acesso aos estudos, relatórios de impacto regulatório, assim como os dados e materiais técnicos usados, tem como escopo permitir a participação social através do envio de críticas, sugestões e contribuições sobre a minuta de norma regulatória apresentada pelo ente regulador (§§ 2º e 3º do art. 9º).

As contribuições e críticas advindas da consulta pública devem ser objeto da reunião da diretoria colegiada da agência reguladora para deliberação final sobre a

³⁹⁶ Embora o art. 13 da Lei nº 9.784/99 estabeleça que não pode ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo, entendo, salvo melhor juízo, que tal vedação não obstará a realização de negociações de atos normativos, pois a prática do ato final ainda permanecerá como competência indelegável da autoridade administrativa, consoante atribuição legal. A consensualidade no âmbito do ato normativo tem como finalidade o fortalecimento do controle social e, também, a produção de normas mais equilibradas. Assim, permite-se que os interessados, aqueles afetados direta e indiretamente pelo ato normativo, possam entender e cumprir mais facilmente as normas produzidas, salvaguardando a atribuição da Administração Pública para alcançar o interesse público.

matéria. O posicionamento derradeiro sobre as sugestões apresentadas deverá ser disponibilizado na sede da agência e, também, pela via da internet, em até 30 dias úteis, consoante previsão do §4º do art. 9º.

O procedimento legal estabelecido para a consulta pública pode, em um primeiro momento, inviabilizar a interseção de ideias e propostas apresentadas, pois não há uma diálogo entre todos os envolvidos na consulta pública, mas sim diversas propostas endereçadas de forma individual para a agência reguladora. Se pode inferir, portanto, que os demais participantes somente obterão acesso às contribuições de todos apenas após a divulgação oficial das respostas da diretoria colegiada do ente regulador.

Entretanto, valendo-se de outro relevante instrumento de participação social, o art. 10, da Lei nº 13.848/2019, também prevê a possibilidade para a agência reguladora, mediante decisão colegiada, convocar audiência pública, com a finalidade de tomar decisão sobre matéria considerada relevante. Tem-se, assim, a oportunidade de ampliar a discussão sobre as contribuições apresentadas e, de forma argumentativa e coletiva, influir na formação de juízo da autoridade administrativa.

Como afirmado anteriormente, as audiências e as consultas públicas, por si mesmas, não correspondem à técnica da *negotiated rulemaking*, como preconizado nos EUA, pois não há propriamente uma deliberação que envolva os interessados e que possa, consensualmente, definir o ato normativo final.

Sem embargo, ainda que a Lei nº 13.848/2019 não tenha expressamente fixado um procedimento para uma regulação normativa negociada, o art. 11 versou sobre a possibilidade da agência reguladora estabelecer, por meio do seu regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Há o reconhecimento de uma margem livre para que a agência possa regulamentar outros meios de participação social, de forma que é possível desenvolver um procedimento capaz de garantir uma participação deliberativa voltada ao consenso e, conseqüentemente, a produção de um documento de natureza indicativa, sem afastar a competência da agência reguladora para editar o ato normativo final.

No âmbito da doutrina nacional, antes mesmo do surgimento da Lei nº 13.848/2019, em um ponto de vista aderente à consensualidade e participação

social no cenário regulatório, já se poderia verificar entendimento doutrinário favorável³⁹⁷, que considera a realização dos mecanismos de consultas e audiências públicas como um significativo avanço em termos de *accountability* do processo normativo da regulação setorial, pois permite com que outros interessados participem da tomada de decisão e tenham suas opiniões ouvidas pelo ente regulador, não restringindo a capacidade de influenciar a decisão somente para aqueles com acesso privilegiado aos canais de circulação do poder político.

Paulo Todescan Lessa Mattos³⁹⁸ expõe que o modelo de uma democracia deliberativa, assemelhado às ideias desenvolvidas por Jürgen Habermas, fornece ao direito administrativo uma dupla função: primeira, serve para definir e garantir institucionalmente, no plano jurídico, os mecanismos de participação pública e deliberação; segunda, serve como elo de ligação, mediante a utilização de adequados procedimentos, entre os interessados para que as demandas de grupos formados na sociedade possam ser levadas e debatidas no âmbito das agências reguladoras.

Ao versar sobre o assunto, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler³⁹⁹ defende a implementação de conselhos regulatórios (constituídos formalmente como órgãos, ainda que *ad hoc*, das agências reguladoras), isto é, locais em que poderão ocorrer interlocuções entre os interessados para a elaboração de normas regulatórias.

Destaca-se o fato de que os conselhos regulatórios não devem ser utilizados para defender, exclusivamente, interesses econômicos dos agentes regulados, mas sim a defesa de caráter difuso ou coletivo. Exemplificativamente, o autor menciona a existência das câmaras técnicas no âmbito da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), que possuem caráter consultivo e têm por objetivo debater questões relevantes do setor audiovisual, para subsídio à proposição de normas, estudos técnicos etc., e são compostas por representantes da sociedade civil e de associações do setor audiovisual, especialistas em matérias de relevância para o setor, entidades de defesa do consumidor e por outros entes públicos e privados⁴⁰⁰.

³⁹⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, Espanha, 2 – 5 Nov. 2004, p. 4.

³⁹⁸ MATTOS, op. cit., p. 5-6.

³⁹⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos públicos-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 261.

⁴⁰⁰ SCHIEFLER, op. cit., p. 262.

No cenário internacional, o uso de comitês, grupos de trabalho e comissões regulatórias representa o mecanismo de participação social mais recorrente, principalmente em países-membros da OCDE. Também chamados de *advisory bodies*, esses órgãos possuem competência vinculada para o fornecimento de opiniões especializadas, com o intuito de alcançar um consenso na própria atividade normativa⁴⁰¹.

Por sua vez, Juliana Bonacorsi de Palma⁴⁰² registra o fato de que, em relação à realidade consensual da Administração Pública no Brasil, ainda que não se trate, propriamente, de uma negociação de natureza normativa, também pode ser verificada a existência dos acordos setoriais previstos na Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Em seu art. 3º, a lei considera como acordo setorial “o ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto”.

A lei prevê uma natureza contratual aos acordos setoriais e, nessa situação, faltam-lhes o caráter cogente que caracteriza os atos normativos. Por isso, são concebidos como acordos integrativos, que tem como finalidade o ajuste de comportamento do particular para a implantação de logística reversa para os resíduos sólidos. Em outros termos, os acordos setoriais tratam de assunção de obrigações cujo descumprimento acarretará consequências jurídicas⁴⁰³.

Há ainda que se considerar o viés pró-consensualidade decorrente da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, principalmente quando estivermos diante das concessões de serviços públicos em setores econômicos regulados. Diversos dispositivos reforçam essa perspectiva, exemplificativamente: a) art. 61: permite a negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado; b) art. 81: possibilidade de utilizar o procedimento aberto de manifestação de interesse para a propositura de estudos, investigações e soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública; c) art. 138, II: extinção do contrato de forma consensual, podendo ocorrer por meio da

⁴⁰¹ SCHIEFLER, op. cit., p. 263.

⁴⁰² PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 431.

⁴⁰³ PALMA, op. cit., p. 432.

conciliação, mediação ou por comitê de resolução de disputas; e d) art. 151: incentivo para que os contratos regidos pela lei utilizem meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias.

Com características de novidade, a Lei nº 14.133/2021 acrescentou uma nova modalidade licitatória norteadas para a negociação, qual seja o diálogo competitivo. O art. 32 prescreve as hipóteses em que o diálogo competitivo poderá ser utilizado, as condições que o objeto a contratar deve preencher, assim como os critérios para a escolha do licitante vencedor.

Em síntese, ao se utilizar dessa nova modalidade licitatória, o ente público deve organizar dois procedimentos: o primeiro, que consiste na fase de diálogo entre o Poder Público e os participantes da licitação, com o propósito de discutir aspectos de ordem econômica, financeira, técnica e jurídica, podendo ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique as soluções que atendam às suas necessidades; e o segundo procedimento, que representa a fase competitiva entre os licitantes.

Diante dos exemplos apresentados, no que concerne a um modelo de Administração Pública voltada para a consensualidade, entendo que não se verifica, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, qualquer vedação para que as agências reguladoras possam realizar audiências deliberativas com os demais interessados da sociedade civil e dos setores regulados, para se alcançar um consenso no exercício da sua atividade normativa, com contornos adaptados em relação à técnica norte-americana de *negotiated rulemaking*.

Ainda que não se obtenha um acordo normativo unânime, a deliberação pública pode trazer diversas vantagens como, por exemplo, a possibilidade de identificar as questões urgentes do setor regulado; a divulgação entre diversos segmentos da sociedade acerca da essencialidade da regulação proposta; a obtenção de dados e documentos que possam contribuir para a redução da assimetria de informações entre os envolvidos; e, não menos importante, a deliberação das propostas servirá como “termômetro” para que a agência reguladora saiba qual das eventuais hipóteses possíveis de regulação representará uma menor resistência entre os interessados.

No entanto, uma preocupação inicial que se verifica, considerando a utilização de uma regulação negociada para os atos normativos, refere-se aos limites jurídicos do que pode ser materialmente negociado. É dizer, a negociação

entre os interessados não deve ser concebida como sucedâneo das políticas públicas destinadas por lei ao ente regulador ou, até mesmo, transgredir direitos e garantias constitucionais.

O controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras, reforça-se, também é imprescindível, ainda que consista em norma produzida por um procedimento consensual.

Conforme adverte Edilson Pereira Nobre Júnior⁴⁰⁴, a função normativa das agências reguladoras não é imune ao controle jurisdicional. O ato normativo insere-se na categoria de regulamento de execução, decorrente do instituto da remissão normativa, daí resultando ao Poder Judiciário o dever de exercer o controle tanto da constitucionalidade das remissões normativas, atribuídas sem um mínimo de densidade suficiente sobre os parâmetros da regulação, quanto pela fiscalização em relação aos atos normativos editados que possam exorbitar a legalidade, ultrapassando os limites necessários e indispensáveis fixados pelo ordenamento jurídico.

Com vistas a afastar óbices, devem ser definidas balizas⁴⁰⁵ para o conteúdo normativo que poderá ser alcançado de forma consensual. É fundamental estabelecer uma “lista de intenções” sobre os pontos passíveis de serem objeto de negociação entre os interessados, de modo que haja compatibilidade com o plano estratégico, o plano de gestão anual, a agenda regulatória, assim como as políticas setoriais previstas, mediante lei, para a respectiva agência reguladora.

⁴⁰⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 133.

⁴⁰⁵ Nesse particular, Edilson Pereira Nobre Júnior disserta acerca da possibilidade ou não de eventual discricionariedade técnica que possa ser atribuída ao ente regulador. Para o autor, “(...) no âmbito da atividade técnica, em regra, não se cogita discricionariedade, principalmente quando, mesmo em se considerando que a ciência somente avança no domínio das dúvidas, há juízos técnicos que já apresentam resultados suficientemente certos ou testados e, por isso, não comportam discricionariedade. Esta, se existir, encontra-se vinculada ao efeito atribuído pelo ordenamento jurídico à constatação especializada, desde que à Administração esteja autorizada mais do que uma solução”. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 147). Há de se concordar com o exposto pelo autor, considerando que a ciência, por vezes, apresenta resultados bem definidos, específicos e baseados na busca pela verdade científica, não em opiniões do agente regulador ou da sociedade. No entanto, ainda que as análises de impacto regulatório, os estudos técnicos especializados etc., apontem para a existência de apenas uma hipótese, penso que, também nessas situações, não se deveria dispensar as deliberações públicas e a realização de um procedimento voltado para a consensualidade. Assim sendo, o ato normativo produzido pela agência reguladora terá maior transparência, legitimidade e aceitabilidade social, ainda que a ciência aponte para uma única solução viável.

Assim, é preciso separar a formulação das grandes políticas públicas, que devem ser delineadas pelo campo da política, enquanto ao ente regulador resta regulamentar as questões técnicas, neutras e politicamente indiferentes. Daí que, independentemente de qual governo esteja no poder, não se deve mesclar na estrutura da agência reguladora os agentes políticos, indicados para os altos cargos de direção, para realizar a atividade normativa técnica, sob o risco de captura e desvios de finalidade.

A essa, outra razão de cuidado pode ser acrescida. Um segundo ponto de preocupação ao se utilizar a técnica da regulação negociada, diz respeito a efetiva participação social e a sua capacidade de influir na busca pela consensualidade normativa.

No Brasil, a latente desigualdade social⁴⁰⁶ contribui para o surgimento de uma assimétrica capacidade deliberativa para os grupos socioeconomicamente mais desfavorecidos, de forma que seus interesses e opiniões podem ser relegados durante o debate público. As audiências e consultas públicas tornar-se-iam mera formalidade em face da desigualdade estrutural entre os participantes, inclusive, esse cenário também dificulta a possibilidade dos indivíduos na identificação dos seus próprios interesses.

Nessas situações, é preciso observar que a desigualdade social, outrossim, embaraça o acesso aos meios de telecomunicação, em especial o acesso de qualidade à internet, que atualmente representa umas das principais vias de participação social no âmbito das agências reguladoras.

Em pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil⁴⁰⁷, no que concerne ao uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios

⁴⁰⁶ Ao avaliar a desigualdade social de um país, não obstante a existência de diversos critérios possíveis de se mensurar, destaca-se o Índice de Gini, que foi desenvolvido pelo matemático italiano Corrado Gini e é utilizado como unidade de medida da concentração de riqueza e da desigualdade social nos países. O coeficiente varia entre 0 e 1, no entanto, quanto mais próximo de 1 for o resultado, mais desigual será a concentração de renda desta nação. A pesquisa intitulada por Síntese de Indicadores Sociais, elaborada pelo IBGE, em 2020, apresentou dados estimados pelo Banco Mundial com base no índice de Gini. Na avaliação da desigualdade de renda no Brasil, o país apresentou o índice de 0,543. Situado entre os dez países com maior desigualdade do mundo, o Brasil figura ao lado de Botsuana (0,533), Moçambique (0,540), Suazilândia (0,546), República Centro-Africana (0,562), São Tomé e Príncipe (0,563), Zâmbia (0,571), Suriname (0,576), Namíbia (0,591) e África do Sul (0,630). (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. *Estudos e Pesquisas: Informação Demográfica e Socioeconômica*, Rio de Janeiro, n. 43, 2020, p. 54).

⁴⁰⁷ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros*, 2020. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/publicacoes/>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

brasileiros, se constatou que, em 2020, a proporção de domicílios com acesso à internet chegou a 83%. No entanto, quando se verifica qual dispositivo é utilizado pelas famílias para acessar a rede, a pesquisa aponta para o fato de o telefone celular ser o principal instrumento. Para mais da metade dos usuários (58%), o acesso se deu exclusivamente pelo celular, o acesso à internet pelo computador representa uma realidade de apenas 42% dos usuários brasileiros.

Ao contrário do que possa parecer, os números apresentados pela pesquisa podem refletir uma falsa realidade sobre o elevado número de pessoas com acesso à rede de computadores interligadas. A internet móvel, predominante em celulares, ampliou o acesso para uma grande parcela dos brasileiros, mas não apresenta a mesma experiência de uso em relação àqueles que podem dispor de uma internet de banda larga em computadores *desktops* ou *notebooks*.

Ainda, as circunstâncias da desigualdade social impõem o desafio da inclusão digital, que não deve ser compreendida apenas como a disponibilidade de um aparelho eletrônico com acesso à internet, mas também a habilidade do indivíduo em entender e usar satisfatoriamente as informações provenientes das redes digitais.

A título de exemplo, a essencialidade das informações e dados veiculados pela internet se tornou objeto da Emenda Constitucional nº 115, promulgada em 10 de fevereiro de 2022, que alterou a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, entre os direitos e garantias fundamentais.

Não obstante o presente reconhecimento do direito de proteção de dados no plano constitucional, a Lei nº 13.709/2018, acompanhando uma tendência de diversos países estrangeiros, estabeleceu parâmetros de controle e tratamento de dados pessoais, sejam eles de forma física ou digital, com a finalidade de proteger os direitos de pessoa física ou jurídica de direito público ou privado.

Também no plano infraconstitucional, há de se enfatizar a Lei nº 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da Administração Pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.

Assim, de acordo com a previsão contida no art. 3º desse diploma normativo, dentre os princípios e diretrizes do Governo Digital podem ser destacados: 1) a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do

poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis; 2) a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços; 3) o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da Administração Pública; 4) o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública etc.

Em sequência, há um dispositivo de louvável acerto na Lei nº 14.129/2021. Trata-se do art.14, que dispõe de um incontestável direito subjetivo do cidadão, qual seja a prestação digital dos serviços públicos por meio de tecnologias de amplo acesso pela população, inclusive pela população de baixa renda ou residentes em áreas rurais e isoladas, sem prejuízo do direito de obter um atendimento presencial.

Indo mais adiante, desta vez no ordenamento jurídico português, temos a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, instituída pela Lei nº 27/2021⁴⁰⁸, de 17 de maio. Cuida-se do reconhecimento legal da internet como um “instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital” (art. 2º). O acesso à internet, amplo e de qualidade, foi alçado à condição de direito individual de todo cidadão português, consoante prescreve o art. 3º:

Artigo 3.º

Direito de acesso ao ambiente digital

1 - Todos, independentemente da ascendência, género, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, têm o direito de livre acesso à Internet.

2 - Com vista a assegurar um ambiente digital que fomenta e defenda os direitos humanos, compete ao Estado promover:

- a) O uso autónomo e responsável da Internet e o livre acesso às tecnologias de informação e comunicação;*
- b) A definição e execução de programas de promoção da igualdade de género e das competências digitais nas diversas faixas etárias;*
- c) A eliminação de barreiras no acesso à Internet por pessoas com necessidades especiais a nível físico, sensorial ou cognitivo, designadamente através da definição e execução de programas com esse fim;*
- d) A redução e eliminação das assimetrias regionais e locais em matéria de conectividade, assegurando a sua existência nos territórios de baixa densidade e garantindo em todo o território nacional conectividade de qualidade, em banda larga e a preço acessível;*
- e) A existência de pontos de acesso gratuitos em espaços públicos, como bibliotecas, juntas de freguesia, centros comunitários, jardins públicos, hospitais, centros de saúde, escolas e outros serviços públicos;*

⁴⁰⁸ A Lei nº 27/2021, de 17 de maio, pode ser acessada por meio do sítio eletrónico: < <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244>>.

- f) A criação de uma tarifa social de acesso a serviços de Internet aplicável a clientes finais economicamente vulneráveis;*
- g) A execução de programas que garantam o acesso a instrumentos e meios tecnológicos e digitais por parte da população, para potenciar as competências digitais e o acesso a plataformas eletrônicas, em particular dos cidadãos mais vulneráveis;*
- h) A adoção de medidas e ações que assegurem uma melhor acessibilidade e uma utilização mais avisada, que contrarie os comportamentos aditivos e proteja os consumidores digitalmente vulneráveis;*
- i) A continuidade do domínio de Internet de Portugal «.PT», bem como das condições que o tornam acessível tecnológica e financeiramente a todas as pessoas singulares e coletivas para registo de domínios em condições de transparência e igualdade;*
- j) A definição e execução de medidas de combate à disponibilização ilícita e à divulgação de conteúdos ilegais em rede e de defesa dos direitos de propriedade intelectual e das vítimas de crimes praticados no ciberespaço.*

Desse modo, feitas tais considerações, vê-se a importância dos meios digitais não apenas para a sociedade civil e os agentes econômicos, mas também no aperfeiçoamento de uma Administração Pública cada vez mais digital, a qual inclui as agências reguladoras.

No Brasil, considerando a realidade social e econômica que permeia nos últimos anos, a busca por uma consensualidade para a atividade normativa das agências reguladoras deve ser realizada mediante ampla transparência, com divulgação proativa do ente regulador e, até mesmo, a utilização dos instrumentos tecnológicos compatíveis com a atividade desenvolvida.

Em linhas de arremate, não se pode deixar de advertir: a participação social deve ser incentivada em todas as etapas de produção do ato normativo regulatório, não se limitando apenas em uma única etapa de audiência ou consulta pública que, comumente, ocorre após a apresentação de minuta normativa previamente desenvolvida pelo ente regulador.

A consensualidade do ato normativo regulatório deve ocorrer mediante um procedimento voltado para uma deliberação autêntica, é dizer, deve ser formal e materialmente igual, os interessados deverão ter a oportunidade para suas opiniões serem consideradas e, diante da hipossuficiência técnica, possam ter os seus interesses representados adequadamente no debate público.

No cenário brasileiro, como é de conhecimento geral, existem qualificados centros de ciências e pesquisas, principalmente em instituições de ensino superior e fundações públicas ou privadas, que desenvolvem suas atividades nas áreas de saúde, ciência e tecnologia etc. É fato inconteste os benefícios que possam ser advindos de uma maior participação destas instituições nas etapas de produção dos

atos normativos, podendo resultar em fundamentais colaborações nas análises impacto regulatório e, também, atuar como um importante canal de comunicação entre a sociedade civil e o ente regulador, para permitir a elaboração de normas regulatórias com efeitos econômicos e sociais mais equilibrados.

6 CONCLUSÃO

O debate acerca da procedimentalização da atividade normativa das agências reguladoras, conforme analisado ao decorrer desta pesquisa, se demonstrou fundamental diante das profundas modificações em segmentos econômicos que são impactados, em uma velocidade cada vez maior, por inovações científicas e tecnológicas. Os mecanismos tradicionais da regulação, caso não se adaptem aos novos paradigmas, podem apresentar uma atuação intempestiva e ineficaz, assim como contribuir para o aparecimento de cenários contraproducentes de assimetria regulatória.

Há de se destacar que a função regulatória do Estado representa uma das principais facetas do direito administrativo contemporâneo. No contexto do Estado regulador, o Poder Público reduz a sua intervenção direta na atividade econômica, porém adquire instrumentos para uma ação indireta no mercado como, por exemplo, por meio da criação de entes reguladores independentes, os quais receberam funções legais para atuar como agente normativo, supervisor das atividades econômicas em determinados setores regulados e aplicador de sanção às infrações administrativas cometidas.

O fenômeno da criação de entes reguladores independentes, para além das fronteiras dos EUA, também ocorreu em diversos países, tal como o Reino Unido (*quasi autonomous non governmental organisations*), França (*autorités administratives indépendantes*), Alemanha (*funktionale Selbstverwaltungsträgern*), Espanha (*autoridades independientes*), entre outros.

Já no Brasil, as agências reguladoras foram criadas diante um amplo processo de desestatização em meados da década de 1990. Embora as primeiras leis instituidoras de agências reguladoras tenham surgido a partir do ano de 1996 e 1997, respectivamente, ANEEL e ANATEL, foi apenas no ano de 2019 que o Poder Legislativo aprovou o projeto de lei que instituiu uma lei-quadro geral para as agências, dando origem à Lei nº 13.848/2019.

Como se pretendeu demonstrar, o referido diploma normativo estabeleceu, expressamente, a existência de uma autonomia reforçada em relação aos aspectos funcionais, decisórios, administrativos e financeiros das agências reguladoras. Os procedimentos decisórios foram objeto de destaque pelo legislador, especialmente para conferir um viés mais pragmático para a atuação dos entes reguladores. De

igual forma, se constatou também um importante avanço conferido pela Lei nº 13.848/2019, no que concerne à obrigatoriedade da técnica da análise de impacto regulatório no procedimento normativo das agências, com o intuito de aprimorar a qualidade das normas produzidas.

Nesse diapasão, ao decorrer da pesquisa também se examinou o limite da competência normativa das agências reguladoras mediante a análise doutrinária dos modelos europeus legitimadores, no que se refere as hipóteses da delegação receptícia, da deslegalização e da remissão normativa, sendo esta última a técnica mais propensa para se estabelecer as balizas da função normativa dos entes reguladores do Brasil, ao outorgar a disciplina de elementos complementares da lei principal. As duas primeiras hipóteses representam, de certo modo, uma transferência total da esfera da competência legislativa para a competência normativa das agências reguladoras, não encontrando respaldo no ordenamento jurídico pátrio e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que coibiu qualquer interpretação que possa advir da deslegalização para a atividade normativa regulatória⁴⁰⁹.

Não obstante as agências reguladoras sejam revestidas por uma autonomia normativa de natureza técnica, não se deve esquecer que a lei instituidora de tais entes devem dispor, de forma suficiente, de parâmetros materiais e procedimentais. A previsão de um microssistema normativo claro e preciso irá fortalecer a função normativa das agências reguladoras e, também, contribuirá para uma maior transparência e um efetivo controle das suas atividades.

Prosseguindo, se verificou que o panorama econômico mundial atrai novos desafios para a atividade regulatória do Estado. A globalização permite com que o desenvolvimento científico e tecnológico seja rapidamente transferido entre as nações, o que demanda uma ação tempestiva dos entes reguladores para acompanhar e mitigar os impactos econômicos e sociais como consequência dos novos mercados disruptivos.

Ainda, se deve ressaltar que a atividade normativa das agências é, em grande parte das situações, um processo de revisão regulatória, ou seja, os entes reguladores estão constantemente revisitando regras estabelecidas anteriormente, muitas dessas por incompatibilidade com o atual cenário. Daí que, ante a existência

⁴⁰⁹ Vide o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF.

de assimetrias regulatórias, se impõe às autoridades reguladoras a necessidade de ponderar sobre a ampliação da regulação nos novos mercados, ou se estes deveriam permanecer com uma regulação mais branda, ou, até mesmo, se tornarem autorregulados pelo setor privado.

Não se trata, por certo, de uma tarefa fácil. Diante da ausência de instrumentos e procedimentos regulatórios que sejam aptos a acompanhar as transformações econômicas e sociais, subsistirá uma grande dificuldade para que os entes reguladores desempenhem suas atividades, acarretando o surgimento de normas regulatórias negligentes ou, até mesmo, uma paralisia nas ações do ente regulador.

Como analisado no capítulo 2, é preciso que a Administração Pública adote modernos mecanismos para exercer uma regulação eficiente, inclusive, incorporando ao procedimento regulatório os benefícios advindos da tecnologia. A agência reguladora poderá atuar com maior rapidez e previsibilidade para que a norma alcance resultados positivos. Nessa perspectiva todos serão beneficiados: o Poder Público, que deve voltar sua atenção à regulação de questões mais sensíveis à vida social e econômica; o usuário do serviço, que vê uma maior competitividade no mercado e uma redução na assimetria informacional; e a atividade econômica, que é ampliada para a livre concorrência, permitindo a entrada de novos agentes econômicos em setores até então restritos.

A presente pesquisa também buscou enfatizar a importância do procedimento administrativo no contexto das agências reguladoras, o qual representa o papel de elemento essencial para a promoção de uma melhor qualidade regulatória. No capítulo 3, constatou-se que muito se tem discutido no âmbito doutrinário e legal no que diz respeito ao desenvolvimento de procedimentos administrativos e as suas características.

O procedimento administrativo pode ser moldado e adaptado de tantas maneiras quantos forem os métodos delineados pela Administração Pública. Ao considerar os desafios regulatórios impostos pelo desenvolvimento científico e tecnológico, caracterizados por mudanças disruptivas e inovações, uma solução possível é formular procedimentos administrativos adequados e que, na medida do possível, visem estabelecer uma normatização regulatória semelhante ao método científico.

Nesse sentido, buscou-se verificar, especialmente em países membros da OCDE, os procedimentos que estão sendo desenvolvidos e utilizados, com a finalidade de comparar com a realidade regulatória do Brasil. Pretendemos demonstrar a importância da elaboração da análise de impacto regulatório como procedimento fundamental no desenvolvimento da atividade normativa, que consiste na produção de estudos técnicos multidisciplinares responsáveis por avaliar os potenciais impactos que a regulação possa acarretar aos mais variados setores da sociedade e da economia.

A análise de impacto regulatório detém uma dupla finalidade: uma ferramenta de apoio e um procedimento para tomada de decisão, informando ao agente regulador como poderá alcançar os objetos regulatórios ou, até mesmo, se a regulação se faz pertinente em determinada hipótese.

Todavia, embora a técnica da análise de impacto regulatório seja frequentemente correlacionada ao predomínio de fatores econômicos, em contraponto aos valores sociais e ambientais, é preciso destacar que a AIR também deve ser utilizada como instrumento apto a contribuir com o desenvolvimento social.

Da pesquisa elaborada se pode extrair, conforme exposto no capítulo 3, que a principal vantagem de realizar uma análise de impacto multisetorial e inclusiva é permitir com que a AIR demonstre as questões identificadas e avaliadas, garantindo transparência em relação ao cumprimento das políticas regulatórias. A inclusão de uma discussão ampla dos impactos, sob uma perspectiva de um desenvolvimento inclusivo, permitiria às partes interessadas a possibilidade de acompanhar e questionar as medidas adotadas pelo ente regulador, contribuindo para a elaboração de normas regulatórias equilibradas.

Em cotejo com as agências reguladoras brasileiras foi possível verificar a presença da análise de impacto incorporada ao procedimento regulatório, ainda que de forma incipiente em alguns entes reguladores. No entanto, com o propósito de aprimorar a sua utilização, deve-se incentivar e ampliar a participação social em todas as etapas de elaboração dos estudos técnicos, pois, em grande parte, apenas empresas atuantes do setor regulado são responsáveis por fornecer contribuições durante a fase de elaboração da análise de impacto regulatório.

Nesse particular, identificado um problema relativo ao déficit de participação e representação social, desenvolveu-se no capítulo 4 uma proposta para a utilização de um procedimento normativo consensual para a regulação. Assim, de início, foram

analisadas diferentes compreensões de democracia para demonstrar que o seu exercício, nos dias de hoje, não deve ser compreendido apenas durante os períodos eleitorais. Destaca-se, entre os conceitos analisados e as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, ser mais adequado a utilização do modelo de democracia deliberativa, que é voltada para alcançar um entendimento mútuo mediante atividade dialógica.

A democracia deliberativa não condiciona o êxito da deliberação a um conjunto de cidadãos que agem conjuntamente, mas sim à institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos. Daí que, como constatado na pesquisa, a democracia deliberativa não se limita, portanto, a mera participação. É preciso que o cidadão tenha a possibilidade de expor, defender ou criticar os argumentos levados ao debate público mediante regras justas e inclusivas.

Desse modo, se afirmou que a participação dialógica, lastreada em uma diversidade de ideias, favorece na formação de melhores leis e atos administrativos normativos compatíveis com o contexto social. A deliberação, desde que composta por um procedimento que prestigie a igualdade formal e material, permite com que as decisões tomadas possam alcançar certo grau de aceitação coletiva do resultado, além de desenvolver um maior senso político dos participantes.

Em derradeiro, examinamos os parâmetros normativos da consensualidade no âmbito do direito administrativo brasileiro e, em especial, das agências reguladoras, com o objetivo de defender o posicionamento favorável à compatibilidade do ordenamento jurídico pátrio para se alcançar um consenso no exercício da atividade normativa das agências reguladoras. Demonstrou-se que o procedimento normativo consensual deve ser realizado mediante ampla transparência, incentivando a participação social, assim como a colaboração técnica dos fundamentais centros de ciências e pesquisas do Brasil, que podem resultar em contribuições valiosas para as análises impacto regulatório e, inclusive, desempenhar um importante papel de conscientização e comunicação com a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES. *Building consensus in agency rulemaking: implementing the negotiated rulemaking act* 29, 1995. Disponível em: <<https://www.acus.gov/>>. Acesso em: 5 de fev. de 2022.

AGÊNCIA SENADO NOTÍCIAS. *Veja a lista completa e atualizada das propostas da Agenda Brasil, 2015*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/20/veja-a-lista-completa-e-atualizada-das-propostas-da-agenda-brasil>>. Acesso em: 15 de jan. de 2021.

AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua S.; GOLDFARB, Avi. What to Expect from Artificial Intelligence Technology. In: MICHELMAN, Paul (Editor). *What the Digital Future Holds: 20 Groundbreaking Essays on How Technology Is Reshaping the Practice of Management*. Cambridge: The MIT Press, 2018.

AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ALCÂNTARA, Pedro Henrique G. de. *Outras formas de entender a democracia: as teorias da participação e da deliberação*. Jundiaí: Paco Editorial, 2019.

ANEEL. *Sinal Locacional – TUST/TUSDg: Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 02/2021-SGT/ANEEL*, 2021, p. 27. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

AKERLOF, George Arthur. The Market for ‘Lemons’: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. The MIT Press, v. 84, nº 3, p. 488-500, 1970.

ALFONSO, Parejo. La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas. In: ALFONSO, Parejo; BLANCO, Jiménez; ÁLVAREZ, Ortega. *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ed. Ariel, 1990.

AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BARNES, Javier. Sobre el método del análisis comparado en el derecho. In: ABERASTURY, Pedro (Coordinador). *Estudios de derecho comparado*. Buenos Aires: Eudeba, 2016.

BARNES, Javier. *Transforming administrative procedure*. Sevilla: Global Law Press Editorial Derecho Global, 2015.

BARR, Nicholas. *Economics of the Welfare State*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BEECHINOR, Julia R. *Negotiated rulemaking: a study of state agency use and public administrators' opinions*, 1998, p. 12. Disponível em: <<https://digital.library.txstate.edu/bitstream/handle/10877/3600/fulltext.pdf>>. Acesso em: 4 de fev. de 2022.

BERNSTEIN, Marver. *Regulation business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955.

BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BIT2ME. *Smart contracts, o que são, como funcionam e o que resolvem?* Disponível em: <<https://blog.bit2me.com/pt/que-sao-os-smart-contracts/>>. Acesso em: 20 de jan. de 2021.

BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 908, de 2016*, Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional. Relatora: Simone Tebet. Brasília, DF: Senado Federal, 23 nov. 2016. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=198748&tp=1>. Acesso em: 16 de jan. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.668/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5279449&ext=RTF>>. Acesso em: 20 de março de 2021.

BONBRIGHT, James C. *Principles of Public Utility*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1961.

BONBRIGHT, James C.; MEANS, Gardiner C. *Holding Company: Its Public Significance and Its Regulation*. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Co., 1932.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia republicana e participativa. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 71, p. 77-91, março de 2005.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*, 1995, Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 2 de novembro de 2019.

CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga. *Direito administrativo brasileiro: administrações provinciais e municipais*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.

CAREY, Maeve P. *The Federal Rulemaking Process: An Overview*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2013.

CASA CIVIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG). *Inventário AIR: Agências Federais (Anexo II)*. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/inventario-air-visao-geral-da-analise-de-impacto-regulatorio-nas-agencias-reguladoras-federais>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 2000.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, A.; PETTIT, B. *The good polity: normative analysis of the State*. Oxford: Wiley-Blackwell, 1989.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros*, 2020. Disponível em: < <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/publicacoes/>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. *Doispontos*., Curitiba, São Carlos, vol. 13, n. 2, p. 83-97, out. de 2016.

CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. *Lei Alemã do Procedimento Administrativo*: guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2016.

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação “sandbox” como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 2, p. 264-282, 2018.

COUTINHO JÚNIOR, Francisco de Assis Oliveira. *Teoria política e participação democrática*: Dahl e a democracia em diferentes escalas, 98 f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.
DAHL, Robert. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law*. St. Paul: West Publishing Company, 1951.

DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: the role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD Regulatory Policy Working Papers, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*: Temas Polêmicos, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DIAS, Bruno Fernandes. Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil, *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 71-98, 2015.

DONELAN, Edward. Progresos y retos en la desarrollo y uso de la evaluación de impacto regulatorio en determinados países de la OCDE y de la Unión Europea. In: AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013.

DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. Nova Iorque: Harper & Row, 1957.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992, *Revista de Administración Pública*, p. 205-219, n. 130, jan./abril, 1993.

FAGUNDES, Seabra. Intervenção do Estado na Ordem Econômica: fixação de preço do açúcar. *Revista Forense*, maio/jun., 1953.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8ª Edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coords.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

FUNK, William. Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest. *Duke Law Journal*, Durham, vol. 46:1351, 1997.

FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel. *A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais*, 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>>. Acesso em: 16 de jan. de 2021.

GALETTA, Diana-Urania. La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coords.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. Three normative models of democracy. *Constellations*, Oxford, vol. 1, n.1, p. 1-10, 1994.

HOOD, Christopher; JAMES, Oliver. *Regulation inside British government: the inner face of the Regulatory State?*, Discussion Paper n.1. London: Department of Government, London School of Economics, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC. *Institucionalização e prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil*. São Paulo: IBRAC, 2019.

JACOBS, Scott. *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making*, 2006. Disponível em: <

http://regulatoryreform.com/wpcontent/uploads/2014/11/Jacobs_Current__Trends_and_Processes_in_RIA_May_2006.pdf>. Acesso em: 5 de julho de 2021.

JEANTET, Fernand-Charles. *Aspects du droit économique, Études de Droit Commercial offerts à Joseph Hamel*, Paris, Dalloz, 1961.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 33, p. 108-132, jun. 1998.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Agências Reguladoras e Democracia no Brasil: entre Facticidade e Validade*, 175 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

LEONG, Hong Cheng. *Introdução ao negotiated rulemaking: a sua compatibilidade com o sistema jurídico português e questões sobre a legitimidade dos administrados de impugnar o regulamento consensual*. Coimbra: CEDIPRE, 2016.

LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACPHERSON, Crawford Brough. *A democracia liberal: origens e evoluções*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, vol. 17, n. 2, maio-ago, 1997.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação pública. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARTÍNEZ, María Salvador. *Autoridade independientes*. Madrid: Ariel Derecho, 2002.

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

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, Espanha, 2 – 5 Nov. 2004.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MELO, Barbosa de. Introdução às formas de concertação social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LIX, 1983.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 5ª Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

MONIZ, Ana-Raquel. *The rulemaking power of administrative agencies: crisis of legality, rule of law and democracy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2420561>>. Acesso em: 20 de março de 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Vital. *Autorregulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 11-23, out./dez. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NELSON, Richard. Roles of Government in a Mixed Economy, *Journal of Policy Analysis and Management*, Wiley-Blackwell, Nova Jersey, vol. 6, n. 4, p. 556, 1987.

NIKKEI ASIAN REVIEW. *Japan looks to blockchains for more secure e-government systems*, 2017. Disponível em: <<https://asia.nikkei.com/Politics-Economy/Policy-Politics/Japan-looks-to-blockchains-for-more-secure-e-government-systems>>. Acesso em 20 de jan. de 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites, *Interesse Público – IP*, ano 20, n. 109, p. 237-255, mai./jun. 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A transparência administrativa e a Lei 12.527/2002, *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, pp. 249-276, jan./jun., 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 796, pp. 104-113, fev., 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Organizador). *O direito administrativo em transformação: reflexões sobre a Lei nº 13.655/2018*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

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

NÓBREGA, Marcos; CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. *Smart contracts* ou “contratos inteligentes”: o direito na era da *blockchain*, *CERS Revista Científica Disruptiva*, , v. 2, n. 1, jan-jun., p. 91-118, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 29-51, mar./abr., 2013.

OCDE. *Best Practice Principles for Regulatory Enforcement and Inspections*. Paris: OECD Publishing, 2014.

OCDE. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policy makers*. Paris: OECD Publishing, 2008.

OCDE. *Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*. Paris: OECD Publishing, 2017.

OCDE. *Regulatory Impact Analysis: best practices for regulatory quality and performance*. Paris, 1997.

OGUS, Anthony. La Evaluación de Impacto Regulatorio: Una Perspectiva Económico-Política. In: AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Thertison Teixeira de. *A análise de impacto regulatório como instrumento mitigador do risco de captura no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da América Latina Logística Malha Paulista: uma análise sob a ótica da teoria política positiva da regulação*. Brasília: IPEA, 2018.

OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. O descompasso na tributação da renda do trabalho e do capital. In: MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. *Justiça fiscal: estudos críticos de problemas atuais*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

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

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, 332 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, 481 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PECI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. *Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro*. Organizações & Sociedade, Salvador, v. 15, n. 46, p. 39-55, Set. 2008.

PECI, Alketa; RAGAZZO, Carlos; BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Katia. Risco regulatório e efeitos sobre investimentos: uma agenda de melhoria regulatória e de fortalecimento da governança institucional. In: NEGRI, João Alberto de; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Organizadores). *Desafios da nação: artigos de apoio*, vol. 2. Brasília: IPEA

PELTZMAN, Sam. *The economic theory of regulation after a decade of deregulation*. Washington D.C: Brooking Papers on Microeconomics, 1989.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo (Coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. Rio de Janeiro: EMARF/TRF2^a, 2017.

POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, vol. 5, n. 2, 1974.

RONALD, Coase. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, vol. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho? In: AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas (Editores). *La Evaluación de Impacto Regulatorio*. Sevilla: Global Law Press, 2013.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo de Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun., 2015.

SANCHES, Saldanha. *Justiça fiscal*. Lisboa: FFMS, 2010.

SANDULLI, Aldo M. *Il procedimento amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos públicos-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.

SILVA, João Nuno Cruz Matos Calvão da. *Agências de regulação da União Europeia*. Coimbra: Editora Gestlegal, 2017.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995.

SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*. Bologna: il Mulino, 2018.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 16, jun. 2002.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, v. 2, p. 3-21, 1971.

STIGLER, George; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Nova Iorque, v. 5, p. 1-16, 1962.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *Valuing life: humanizing the regulatory State*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*, 311 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

VERMEULEN, Erik; FENWICK, Mark; KAAL, Wulf A. *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology is Faster than the Law?*, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834531>. Acesso em: 20 de jan. de 2021.

VILELA, Danilo Vieira. A Nova Lei Geral Para as Agências Reguladoras no Brasil, *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, maio/ago. 2020.

ZERBE JUNIOR, Richard O.; MCCURDY, Howard E. The Failure of Market Failure, *Journal of Policy Analysis and Management*, Wiley-Blackwell, Nova Jersey, vo. 18, n. 4, p. 570, 1999.