



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ALEXANDRE LADA DO CARMO

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE NA ADOÇÃO
DO MODELO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA PELA ANATEL**

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE NA
ADOÇÃO DO MODELO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA PELA ANATEL**

Autor: Alexandre Lada do Carmo

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel no
Programa de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília

Brasília 8 de julho de 2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE LADA DO CARMO

Análise do princípio constitucional da legalidade na adoção do modelo de fiscalização regulatória pela Anatel.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em 8 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Membro)

Esp. Antônio Alex Pinheiro
(Membro)

Esp. Antônio Allam Giacomete
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Em memória ao meu pai falecido na véspera.

A minha esposa Nayara, pela paciência que teve em todos os momentos juntos que tivemos de abdicar em função dos estudos.

Ao meu orientador Alexandre Veronese pela ajuda e por trazer um novo espírito para este ramo do conhecimento.

Aos meus familiares e funcionários da UnB, por todas as vezes que contribuíram para que esse momento se tornasse possível.

RESUMO

A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, instituição reguladora do setor de telecomunicações brasileiro, está buscando adaptar a sua própria regulamentação no intuito de reformar o modelo tradicional de fiscalização, visando atuar de forma responsiva junto aos agentes regulados como preconizada por Ian Ayres e John Braithwaite no livro *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Um dos primeiros passos neste sentido foi a elaboração de um novo regulamento de Fiscalização Regulatório que está na eminência de ser publicado. Este trabalho pretende analisar os principais conceitos do modelo que está sendo adotado e como ele poderia conflitar com os princípios constitucionais, principalmente quanto à legalidade. Para tanto, apresenta-se o modelo tradicional de fiscalização utilizado atualmente e como a agência pretende mudá-lo.

Palavras-chaves: fiscalização regulatória; regulação responsiva; Anatel; agências reguladoras; telecomunicações;

ABSTRACT

The National Telecommunication Agency - Anatel, the regulatory institution of the Brazilian telecommunications sector, is seeking to adapt its own regulation in order to reform the traditional model of enforcement, aiming to act responsively with the regulated agents as advocated by Ian Ayres and John Braithwaite in the book “Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate”. One of the first steps in this direction was the elaboration of a new Regulatory Enforcement law that is in the eminence of being published. This paper aims to analyze the main concepts of the model being adopted and how it could conflict with the constitutional principles, mainly regarding legality. In order to do so, it presents the traditional model of enforcement currently used and how the agency intends to change it.

Keywords: Regulation, Enforcement, Anatel, regulatory agency, telecommunication.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - A pirâmide a direita é a proposta de <i>enforcement</i> para uma única empresa enquanto a da esquerda é a pirâmide de estratégias indicada para se usar na indústria como um todo.....	49
Figura 2 - Efeito do aumento da potência da máxima sanção na pirâmide regulatória	50
Figura 3 - Evolução do quantitativos de processos administrativos da Anatel	59
Figura 4 - Prazo médio para um PADO transitar em julgado na SCO.....	60
Figura 5 - Prazo médio para um PADO transitar em julgado na SFI.....	60

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. OS PRINCÍPIOS NORMATIVOS E A LEGALIDADE.....	11
3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
4. A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA ATUALIDADE.....	23
4.1. Poder Normativo das Agências Reguladoras.	34
5. A REGULAÇÃO RESPONSIVA.....	40
5.1. Viés Histórico e Político.....	40
5.2. A Teoria	41
5.3. Política do <i>Tit-For-Tat</i>	42
5.4. Os Múltiplos Egos.....	46
5.5. A Pirâmide da Regulação Responsiva.....	47
5.6. O Modelo da “ <i>Benign Big Gun</i> ”	50
6. O PROBLEMA DA CAPTURA E DA DISCRICIONARIEDADE	52
7. AVALIAÇÃO DO MODELO ATUAL DA ANATEL	54
8. CONCLUSÃO	61
Referências Bibliográficas.....	62

1. INTRODUÇÃO

Regulação, entendido dentro do sistema jurídico como elemento garantidor de expectativas de condutas, é uma atividade primordial para o bom funcionamento de uma economia e da sociedade como um todo porque ela dá sustentação ao mercado, protege os direitos e a segurança dos cidadãos e garante a entrega de bens e serviços públicos. Logo, a eficácia das políticas regulatórias é matéria de interesse público.

Cientes desta indispensável necessidade de políticas regulatórias que funcionem, diversos pesquisadores desenvolveram teorias de como deve ser feita esta intervenção para garantir o estabelecimento de padrões, modificar comportamentos e coletar informações, seja de um setor do mercado ou de indivíduos.

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), em busca da promoção do desenvolvimento econômico do setor de telecomunicações e do bem-estar social, procura sempre acompanhar as inovações e adotar os padrões internacionais no ramo da pesquisa regulatória que melhor se encaixam ao contexto brasileiro, fazendo uso do seu poder normativo previsto no art. 19 da Lei Geral das Telecomunicações¹.

Neste cenário, a Anatel realizou recentemente uma consulta pública sobre Fiscalização Regulatória (Consulta Pública nº 53, de 26 de dezembro de 2018) submetendo a comentários e sugestões da sociedade a minuta de um novo regulamento com o objeto de revisar dois regulamentos de uma só vez, são eles: o Regulamento de Fiscalização (Resolução nº 596, de 06 de agosto de 2012) e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - RASA (Resolução 589, de 07 de maio de 2012).

O principal motivo para a revisão destes regulamentos é evoluir o modelo regulatório adequando os procedimentos da Agência às premissas da regulação responsiva. O modelo da regulação responsiva foi criado pelos autores John Braithwaite e Ian Ayres partindo da definição de regulação como uma atividade que busca condicionar e alterar o comportamento de outras partes, portanto, também passível de persuasão. A teoria da regulação responsiva foi cunhada em trabalhos publicados em meados da década de 80 e 90, nos livros *“To Punish or Persuade”*² e *“Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate”*³.

¹ LEI Nº 9.472, de 16 de julho de 1997

² BRAITHWAITE, John. **To punish or persuade: Enforcement of coal mine safety**. SUNY Press, 1985

³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**, New York: Oxford University Press, USA, 1992.

Atualmente, o Regulamento de Fiscalização que está sendo alterado estabelece os limites, procedimentos e critérios para a fiscalização da Anatel e, apesar de ser relativamente recente, não houve qualquer aperfeiçoamento nos mecanismos de fiscalização quando comparado ao mais antigo Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 441/2006, que também tinha foco apenas na busca de evidências de desconformidades visando à punição.

Basicamente a missão do fiscal da Anatel, conforme a definição regulamentar de Ação de Fiscalização⁴ consiste em produzir relatórios e autuar as empresas lavrando Autos de Infração, dispondo de mínima margem de discricionariedade sobre seu próprio trabalho e julgamento.

Esta abordagem fiscalizatória adotada pela Anatel é notoriamente focada no conceito de comando e controle, que se baseia em uma visão de tipicidade jurídica da infração conforme a aderência do fiscalizado as normas. Esta técnica regulatória moldou toda a elaboração de ferramentas e métodos dentro da Agência e não tem produzido bons resultados pela constatação de problemas em dois principais eixos: o não cumprimento das obrigações pelos adjudicatários que sopesam o valor da multa contra as vantagens auferidas e; dificuldade na obtenção de informações para efetuar o controle regulatório devido ao temor que estas informações sejam motivadoras de novas sanções.

Resumidamente, o modelo atual se baseia na instauração de processos administrativos nos quais são garantidos o contraditório e ampla defesa ao acusado a partir de rito próprio estabelecido no Regimento Interna da Anatel (Resolução n.º 612/2013) que visa confirmar os

⁴Art. 3º, Para os efeitos deste Regulamento são adotadas as seguintes definições:

I - Ação de fiscalização: atividade de acesso, obtenção e averiguação de dados e informações, por meio de procedimentos e técnicas aplicados por Agente de Fiscalização com a finalidade de reunir evidências para a apuração do cumprimento de obrigações e conformidades por parte da fiscalizada e verificar a forma de execução dos serviços de telecomunicações;
[...]

VIII - Auto de Infração: documento lavrado por Agente de Fiscalização que descreve o fato ou ato constitutivo da infração, os dispositivos infringidos, a sanção aplicável e os demais itens exigidos no Regimento Interno da Agência.”

indícios de infração apontados pela fiscalização. Este processo é denominado pela Anatel de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO)⁵.

Deste modo, construiu-se uma ideia, a partir do arcabouço legal e da prática, que fiscalizar significava averiguar o cumprimento das leis e regulamentos, identificar não conformidades, classificá-las em rol de tipos de infração previamente estabelecido e impor penalidades aos agentes.

Mesmo que o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel tenha importado as obrigações de “fazer” e “não fazer” da Lei de Processo Administrativo, ainda continua tratando estas opções como sanções que raramente são aplicadas.

Para alterar esta visão mecanicista, a Anatel buscou referenciais teóricos da Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, cuja publicação “*Regulatory Enforcement and Inspections - Best Practice Principles for Regulatory Policy*” de 2014, apresenta princípios de boas práticas de fiscalização.

Os princípios denominados pela OCDE como *Regulatory Enforcement*, traduzidos pela ANATEL como Fiscalização Regulatória, foram categorizados como abrangendo todas as atividades estruturais de um Estado que visem à promoção da conformidade (*compliance*) e ao alcance dos resultados regulatórios esperados. Portanto, ainda que no âmbito da Anatel o termo “fiscalização” seja atualmente utilizado para delimitar as atividades de uma Superintendência específica, entendeu-se que o conjunto de atividades de acompanhamento, fiscalização e controle realizadas pela Agência estão contidos no conceito de Fiscalização Regulatória da OCDE.

Logo, o termo Fiscalização Regulatória ou *Regulatory Enforcement*, pode ser entendida nesse trabalho como sendo todo um conjunto abrangente de atividades dissuasivas e

⁵ Regimento Interno da Anatel, Aprovado pela Resolução 612, de 26 de abril de 2013

“Art. 80. O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia, compreendendo as seguintes fases: I - instauração; II - instrução; III - decisão; IV - recurso.

Parágrafo único. Em se tratando de descumprimento de obrigações constatado em ação de fiscalização, o processo poderá iniciar-se com a emissão do Auto de Infração, a que se refere o art. 83, que valerá como o Despacho Ordinatório de Instauração.”

persuasivas conduzidas por agentes do Estado que visam influenciar e modificar o comportamento dos entes regulados, visando ao cumprimento de regras e conformidade de padrões.

Ainda de acordo com a OCDE (2014), nas últimas décadas investiu-se muito tempo e recursos no estudo sobre a necessidade de criação de regulamentação com objetivos pontuais, assim como a maioria dos governos delineou sua política de melhorar o projeto de regulamentação por meio de análise de impacto regulatório e engajamento das partes interessadas, mas pouca atenção foi dada ao *regulatory enforcement*, ou seja, na possibilidade de se melhorar a maneira como as regulamentações são implementadas e executadas.

A Anatel, após fazer uma Análise de Impacto Regulatório no âmbito do processo nº 53500.205186/2015-10, comparando a alternativa de adotar um modelo abrangente de fiscalização regulatória, frente à manutenção da dinâmica atual, propôs a publicação do Regulamento de Fiscalização Regulatório anteriormente citado, a fim de sistematizar as atividades que compõem todo o macroprocesso de *enforcement* da Agência, tendo como diretrizes a simplificação, o foco no resultado, a flexibilidade, a eficiência, a garantia de qualidade, a atuação responsiva e a redução de custos.

Neste trabalho pretendo analisar aspectos da regulação responsiva que estão sendo considerados na reformulação do modelo regulatório dos serviços de telecomunicações e quais seriam as possíveis consequências do aumento da discricionariedade com relação à cultura da estrita legalidade em que se baseia o modelo atual.

2. OS PRINCÍPIOS NORMATIVOS E A LEGALIDADE

Os princípios são normas jurídicas, ocupantes de posição hierárquica privilegiada, de onde exercem grande influência no ordenamento. Tem o aplicador do Direito o dever de tentar concretizar, em cada situação encontrada, os princípios jurídicos aplicáveis ao caso. Assim, ao se inserirem as agências reguladoras no âmbito da Administração Pública, mesmo considerando sua contemporaneidade no direito brasileiro, jamais se poderia interpretar qualquer matéria que as envolva sem levar em conta a principiologia jurídica que rege os entes estatais.

De todos os princípios, explícitos e implícitos, que vinculam a Administração Pública destacaremos os mais importantes a seguir iniciando pelos contidos no art. 37, *caput*, da

Constituição Federal, lá estão insculpidos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Passando pelo art. 5º da Lei Maior, onde ressaltamos os princípios do devido processo legal (inciso LIV); da ampla defesa e do contraditório (inciso LV); do controle judicial dos atos administrativos (inciso XXXV) e, no art. 37, § 6º, o da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

Aplicam-se também às agências reguladoras os princípios da legitimidade, face à presunção de legalidade de seus atos; da especialidade; do controle ou tutela; da autotutela; da hierarquia e da continuidade do serviço público.

Ainda se aplicam às agências os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público, previstos no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

Investigando o princípio da legalidade, podemos constatar que a sua concepção passou por grande evolução devido ao dinamismo nas interpretações a respeito do tema, gerando diferentes correntes, algumas com uma visão mais flexível de sua aplicação, outras com visão mais estrita. A dinâmica da interpretação do princípio da legalidade e suas consequências, são muito importantes nas análises e conclusões a que se propõe o presente trabalho, motivo pelo qual se faz necessário tratar especificamente do referido princípio.

Com o século XVIII, marcado pelo racionalismo filosófico, em que se desenvolveram as teses do contratualismo social, aprofundou-se na França a justificação da doutrina no princípio da legalidade, e deram origem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito. Com o advento da burguesia ao poder político, cujo marco maior deu-se com a Revolução Francesa de 1789, o princípio da legalidade passou a ser um dos alicerces no novo regime (BONAVIDES, 1994, p. 112). A declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu que os limites ao exercício dos direitos naturais de cada homem não poderiam ser determinados senão pela lei. O princípio da legalidade passou a constar de cláusula constitucional, ao ser inserido na Constituição Francesa de 1791.

A imposição de efetivas restrições ao poder que emana do princípio da legalidade permite aos indivíduos defender-se do arbítrio estatal. Embora ressalte Eros Grau que essa mesma legalidade, meramente formal, preste-se a circundar a propriedade de um cinturão de

ferro, preservando-a da ação dos não proprietários. Mas, destaca que a proteção conferida pela legalidade é um bem humano incondicional. Ressalta que, conquanto o Direito realize a mediação das relações de classe, tais quais são travadas no seio de cada sociedade, é certo que mune os destituídos de poderes de defesa que nem existiriam, caso o poder não estivesse submetido aos regramentos da lei (GRAU, 2008, p. 168).

Porém, a concepção de legalidade não estagnou. Se, em suas origens, tinha como um dos principais objetivos preservar direitos e liberdades individuais contra o poder estatal ou dos soberanos, tendo como esteio o brocardo de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, passou também a desenvolver outra finalidade, a de estabelecer os procedimentos, os parâmetros, as diretrizes, os objetivos e os fins da atuação estatal.

Passou a legalidade a constituir não só um freio à força do poder, mas também um instrumento para que a atuação estatal e de seus dirigentes cumprisse apenas o que a lei estabelecesse, ou seja, para que o Estado e seus agentes procedessem conforme a lei determinasse, previsse. Essa outra roupagem da legalidade passou a perfazer uma garantia de que atuação estatal deveria cumprir o que os representantes do povo estabelecessem por lei. Isso porque, se cabe aos governantes gerir o patrimônio público e perseguir os fins públicos, não poderiam fazê-lo ao seu bel-prazer, como se tratassem de bens e interesses particulares, devendo, pois, cumprir as regras e objetivos estabelecidos pelos representantes do povo, mediante a Constituição e a lei.

Em outras palavras, teve o Estado e seus governantes que concretizar suas ações seguindo o que a lei estabelecesse, passando em seus atos a somente fazer o que a lei previsse, não mais se submetendo ao princípio de que poderiam definir objetivos e metas que não estivessem proibidos por lei. A essa feição do princípio da legalidade, a qual está submetida a Administração, denomina-se princípio da legalidade administrativa, o qual veio de constituir, a concretizar importante fator de controle da gestão do Estado moderno.

O princípio da legalidade administrativa e o próprio direito administrativo surgiram como manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governos do absolutismo. No absolutismo, a fonte de todo o Direito era a pessoa subjetiva do Rei, em sua condição de representante de Deus na comunidade, o que implicava poder atuar tanto por normas gerais, como por atos singulares, ou por sentenças contrárias àquelas, com grande grau de arbitrariedade. Quando as leis

existiam, o que era incerto e não necessário, tratavam-se de um instrumento do poder, produto das circunstâncias concretas, não constituíam instâncias reguladoras do poder, nem pressupostos de sua atuação. Em qualquer caso, das leis políticas nunca derivavam direitos subjetivos para os súditos. Os revolucionários, por sua vez, rejeitaram essa situação, afirmando que: a fonte do Direito não é nenhuma instância supostamente transcendental à comunidade, mas em si mesma, a vontade geral; e que somente há uma forma de expressão dessa vontade, a lei geral. Tal lei há de determinar todos e cada um dos atos singulares do poder.

Uma das teorias que reforça a necessidade de que o exercício do poder estatal esteja coberto por uma lei é o princípio da separação dos poderes, pois ao Executivo cabe a função de executar a lei, por meio de emissão de atos concretos. Entre as distinções das funções exercidas pelo Legislativo frente ao Executivo, destaca-se a de que o primeiro tem a primazia e limita o segundo para que atue dentro no marcos legais traçados previamente por aquele. O mesmo ocorre com o Judiciário, que deixa de ser livre, como suposta expressão direta da soberania e com a mesma força criadora do poder normativo supremo, para ficar definitivamente legalizado, submetido à lei.

Assim, vale destacar que o que é singular do Direito Público surgido da Revolução Francesa – e para o que aqui se aborda, o Direito Administrativo – foi a mudança radical da concepção do sistema jurídico. A Administração passou a configurar uma criação abstrata do Direito, e não mais uma emanção pessoal de um soberano, passando em seguida a atuar submetida necessariamente à legalidade – o que se passou a denominar de princípio de legalidade administrativa. Tal legalidade – de caráter objetivo – sobrepõe-se à Administração e passou a constituir um direito subjetivo dos cidadãos, podendo ser invocada por meio de um sistema de ações, o que expressa o princípio da liberdade instaurado pela Revolução (ENTERRIA; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON, 2002, p. 436).

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Como todos os fenômenos das ciências sociais ocorrem de maneira dialética, onde se digladiam tese e antítese, até se chegar a uma síntese, as concepções e modelos sóciojurídicos também seguem essa tendência. Conceitos e modelos antigos convivem ao lado de novas concepções, até que estas consigam suplantá-los e firmarem-se como preponderantes. Tal processo não para, pois, ao longo do tempo, esse novo modelo começa a entrar em

processo dialético de superação por um modelo mais recente, vindo a ser superado por este. Assim, por ser fruto das instituições sociais, o mesmo ocorreu com a Administração Pública.

Seguindo o modelo dialético, na fase pós-revoluções liberais, em que se destacou a Revolução Francesa, a concepção de Administração Pública não rompeu radicalmente com as práticas do período absolutista. Muito pelo contrário, pois, trazendo como herança do período do arbítrio absolutista, boa parte do campo de atuação governamental não estava sujeito a nenhum controle jurisdicional, entendendo-se, à época, que tais atos sujeitavam-se absolutamente à discricionariedade dos governantes, não se submetendo, assim, aos controles dos Tribunais.

Enterría e Fernández (2002, p. 439), a respeito desse fenômeno, afirmam que é fácil verificar a enorme distância que separa a concepção acima e suas radicais consequências dos fundamentos e fórmulas originários da Revolução Francesa, que pregava a ideia da legalização necessária de toda autoridade e de toda competência pública, que deram origem ao tema do princípio da legalidade administrativa.

A concepção de impossibilidade de controle judicial de amplos campos da atuação administrativa vigorou não só como herança dos regimes absolutistas, em que o monarca não se sujeitava aos limites da lei, mas também por obra da própria concepção de legalidade que deu origem às revoluções sociais dos séculos XVII e XVIII.

Tais revoluções implantaram a noção de que o princípio da legalidade configurava um freio ao poder arbitrário absolutista, uma barreira para a não supressão e ferimentos dos direitos fundamentais individuais, como os da liberdade, da propriedade etc., criando, então, o denominado Estado de Direito, fruto da concepção liberal que norteou essas revoluções. Essa concepção inicial do princípio da legalidade criava todo um espaço propício para que a atuação direta do Estado frente às demandas sociais constituísse mera exceção. Dos organismos estatais esperava-se, à época, que atuasse de maneira negativa, ou seja, de forma a não ferir ou prejudicar os direitos individuais dos cidadãos. Os atos administrativos bastariam inserir-se apenas dentro dos limites legais de proteção a tais direitos individuais, ensejando, assim, boa margem de discricionariedade.

Não se cobrava maior atuação positiva do Estado, mas sua abstenção, no sentido de não turbar a liberdade dos indivíduos. Assim, aceitava-se, como forma de atuação, que o Estado poderia fazer tanto o que a lei expressamente autorizasse, assim como tudo o que não estivesse proibido por ela. Essa última concepção, era aplicada ao Estado, da mesma maneira

que os particulares, desde que não ferisse os direitos individuais dos cidadãos. Nessa época, em que vigorava a doutrina liberal do *laissez faire, laissez passer*, o aparelhamento do Estado era mínimo, restringindo-se as atividades administrativas basicamente às áreas de defesa, segurança interna e justiça.

Segundo Di Pietro, embora o Estado de Direito implantado pelas revoluções burguesas adotasse como um de seus dogmas mais importantes o princípio da legalidade, ao qual se submete a Administração no Estado liberal, tal princípio teve uma concepção diferente daquela que hoje prevalece. Essa concepção era mais restritiva, pois buscava compatibilizar a regra da obediência à lei com a ideia de discricionariedade administrativa, herdada dos denominados Estados de polícia, ou Estados absolutistas, que isentavam do controle judicial uma parte dos atos da Administração. Tal concepção reconhecia à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial (DI PIETRO, 2001, p. 26). Enterría e Fernández (2002) afirmam que o controle judicial dos atos administrativos operava em uma faixa estreitíssima, ficando completamente comprometida a margem da legalidade e do correspondente controle jurisdicional, pois para ser considerado fora da fiscalização jurisdicional bastava a existência de algum elemento discricionário no ato, mesmo que contivesse algum elemento vinculado.

A concepção de legalidade que vigorava no Estado liberal de direito, baseava-se numa visão de que a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial. Essa visão decorria da doutrina a qual defendia que, entre as três funções do Estado, a que cabia à Administração era apenas a atuação concreta das normas gerais e abstratas contidas na lei. Vigorava, então, um conceito de ato administrativo muito semelhante ao da sentença judicial, ou seja, que seria uma declaração da Administração com o objetivo de aplicar a lei ao caso concreto (DI PIETRO, 2001, p. 27).

Tal visão levava à necessidade de compatibilização entre essa ideia de discricionariedade com o princípio da legalidade administrativa. Assim, como consequência, vigorou a adoção de uma concepção de princípio da legalidade administrativa muito mais liberal que a atual, pois se concebia que a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, assim como tudo aquilo que a lei não proibisse. Essa visão de discricionariedade, ou seja, de livre autonomia da Administração em todos os pontos em que a lei não regulou, ficou conhecida como “doutrina da vinculação negativa da Administração”. Isso porque a lei apenas impunha barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública (Id., 2001, p. 27).

Essa concepção vigorou até o segundo pós-guerra, quando se consolidou o Estado Social de Direito, fruto das lutas contra o liberalismo econômico.

O liberalismo, que caracterizou o período pós-revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, ao ter como doutrina econômica e social a não intervenção direta do Estado na vida econômica, ou, em outras palavras, a intervenção estatal apenas para a preservação dos direitos e garantias individuais de primeira geração, causou uma série de efeitos e distorções, tais como: exploração da mão de obra operária recentemente criada; concentração de riqueza e de poder nas mãos da classe capitalista; quebra das pequenas unidades de produção; formação de monopólios, entre outros.

A atuação da Administração Pública dava-se em campos muito restritos, como nas áreas de defesa, segurança interna e justiça, espelho do modelo liberal, que defendia a não intervenção do Estado nas esferas econômica e social. Mas, como tudo nas ciências sociais passa por transformações dialéticas, por pressão dos grupos sociais prejudicados pelo liberalismo, particularmente do movimento sindical e político, tiveram início, em meados do século XIX, as reações contra a situação criada, passando-se a cobrar do Estado uma atuação positiva, para a atenuação dos problemas sociais. Assim, tais movimentos lutavam também por melhorias de caráter coletivo, tais como saúde, trabalho, educação, direito de greve, entre outros, os chamados direitos de segunda geração.

Após a Segunda Guerra Mundial, fruto desse movimento, consolidou-se o Estado Social, também denominado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Ao contrário do liberalismo, não mais se pressupunha a igualdade entre os homens, passando-se a conferir ao Estado a missão de buscar essa igualdade. Na busca dessa finalidade, o Estado teve de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, tendo como preocupação maior a busca da igualdade, em lugar de liberdade (DI PIETRO, 2001, p. 29).

Verifica-se, então, que o comportamento perante o Estado serviu de critério distintivo entre as gerações de direitos. Os de primeira geração exigiam abstenções estatais (prestações negativas), enquanto os de segunda exigiram prestações positivas.

Nesse sentido, superou-se a concepção de que a Administração estaria livre para atuar de acordo com seu alvedrio, de forma discricionária, passando, pois, a ter de cumprir o que a lei estabelecesse, fora do círculo definido pela lei, nada seria possível fazer. Perdeu a Administração o poder que dispunha no liberalismo de tudo fazer, desde que não

descumprisse a lei, para somente poder agir conforme a lei determinasse. Assim, a doutrina da vinculação negativa vigente no Estado liberal foi substituída pela vinculação positiva da Administração à lei.

No plano teórico, segundo Enterría e Fernandez, deveu-se à teoria kelseniana e, em especial, a Merkl, considerado seu maior expoente no Direito Administrativo, a primeira reação contra a concepção deficiente do princípio da legalidade administrativa provinha do Estado liberal. Isso porque, segundo essa teoria, não se podia admitir nenhum poder jurídico que não fosse o desenvolvimento de uma atribuição normativa precedente, incluindo a discricionariedade. Essa somente poderia explicar-se quando provinda da atribuição antecedente de um poder autônomo conferido pelas normas e não por atributo de caráter pessoal de quaisquer sujeitos que pudessem estar à margem ou isento dessas normas (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON, 2002, p. 440).

Essa concepção recupera um velho princípio fundamental de ordem político, de que os protagonistas da Revolução Francesa foram conscientes, sendo sentido por uma parte do constitucionalismo atual como uma verdadeira conquista a proteger, passando a ser inserida nas Constituições do Estado Social de Direito, destacando-se como primeira, a Constituição austríaca de 1920, elaborada sob a influência decisiva de Kelsen, que, em seu art. 18, estabeleceu que a Administração Pública não poderia atuar senão tendo a lei por fundamento (Id., 2002, p. 441).

Essa mudança de concepção trouxe consequências importantes no Direito Administrativo. De um lado, ocorreu um grande aumento na estrutura estatal, passando de um Estado mínimo, a uma estrutura complexa, formada de Administração direta e indireta, esta com variada rede de entidades e empresas governamentais. Tudo isso, para cumprir o novo primado de que cabia ao Estado, atuando de forma direta, até mesmo nas atividades econômicas, superar as graves distorções sociais e econômicas advindas do liberalismo.

De outro lado, o próprio Direito Administrativo também sofreu sensíveis transformações. Com o objetivo de por fim às injustiças sociais e econômicas, o Estado trouxe consigo a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo; foram conferidos privilégios à Administração, o que se opõe à igualdade de todos perante a lei; foi atribuída função social à propriedade, derogando o seu caráter absoluto da época do liberalismo; surgiu a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais; passou-se a aplicar a cláusula *rebus sic stantibus*, atingindo o

princípio da força obrigatória dos contratos; em responsabilidade civil, adotou-se a teoria do risco, em várias hipóteses de danos causados a terceiros, em substituição à teoria da culpa, por ser considerada nem sempre justa; o poder de polícia passou a limitar os direitos individuais, em benefício do interesse público, qualquer que seja a sua natureza, em vez de limitá-los em benefício da segurança, etc.(DI PIETRO, 2001, p. 34).

Como a nova concepção do princípio da legalidade administrativa, que passou a estabelecer que os atos administrativos somente poderiam ser praticados segundo estritamente o que era estabelecido em lei, passou-se a necessitar de grande produção legislativa para prever as inúmeras formas de atuação do Estado. Mas a produção legislativa não conseguia atender essa demanda, pois inúmeras eram as áreas, formas e demandas de atuação estatal. Para suprir essa carência, a produção normativa infralegal acentuou-se enormemente, passando a Administração, muitas vezes, a normatizar sua própria conduta.

Essa distorção, ou seja, a produção legislativa autônoma pelo Executivo, passou a ser uma das características do Estado Social de Direito. Se tal Estado, ao contrário do Estado liberal, preocupava-se em atuar ativamente para superar ou atenuar as distorções advindas do modelo anterior, criava um déficit de democracia, por ferir um dos seus principais primados, o sistema de freios e contrapesos advindo da separação dos poderes.

Segundo Di Pietro, o crescimento das funções a cargo do Estado, que o transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor, redundou no fortalecimento do Poder Executivo, com prejuízos ao princípio da separação dos poderes. O Legislativo já não era a única fonte de produção normativa, pois o Executivo, para desincumbir-se das inúmeras funções que lhe foram atribuídas, para não ficar dependendo da lei a cada ato, já que a produção do Legislativo segue procedimentos complexos e demorados, passou utilizar com frequência decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos. O Legislativo, em muitas oportunidades, passou a produzir legislação com o caráter de fórmulas gerais, *standards*, a serem completadas pelo Executivo, além de a iniciativa das leis ter passado em grande parte para esse Poder (Id., 2001, p. 31).

Ante as consequências negativas advindas do Estado Liberal de Direito e também, diante do insucesso relativo do Estado Social de Direito, o qual, muitas vezes, além de não conseguir dirimir tais desigualdades, por vezes, descambou para regimes autoritários, passou-se a conceber uma forma de Estado de Direito em que fosse privilegiada a participação popular, o regime democrático.

Assim, verifica-se que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre se constituiu como Estado Democrático (SILVA, 2001, p. 121). Então, acrescentou-se ao Estado Social de Direito a participação popular, tanto no processo político e nas decisões de Governo, como no controle da Administração. Essa concepção de Estado Democrático de Direito foi adotada, entre outras, pelas Constituições alemã (de 1949), espanhola (de 1978), portuguesa (de 1976) e brasileira (de 1988).

Assim, passou-se a denominá-lo de Estado de Democrático de Direito, expressão em que se verifica que o próprio adjetivo “democrático” qualifica a figura estatal, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos formadores do Estado, e, pois, também, sobre a ordem jurídica (SILVA, 2001, p. 123). Nesse sentido, privilegia-se, no Estado de Direito, o papel e a grande importância da consulta e participação dos grupos sociais, seja por meio do processo representativo, da participação em várias instâncias ou fóruns, ou mesmo pela participação direta.

Além disso, o princípio da legalidade administrativa sofreu ampliação em sua concepção, pois a Constituição alemã, em seu art. 20, estabeleceu que toda a ação pública está condicionada pela lei e pelo Direito. Nesse mesmo sentido, a Constituição espanhola, em seu art. 103.1, determinou que a Administração Pública deve servir com objetividade aos interesses gerais e atuar com submissão plena à lei e ao Direito. A Constituição portuguesa, no art. 266, item 2, afirma que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (DI PIETRO, 2001, p. 41).

Na concepção do Estado Democrático de Direito reconhece-se que este seja regido pela lei, mas não somente por ela, mas também pelo Direito, abrindo espaço ao entendimento de que a Administração Pública seja regida tanto pelas regras, quanto pelos princípios jurídicos.

Nesse sentido, segundo Di Pietro, o princípio da legalidade vem na Constituição de 1988, em seu art. 37, expressamente previsto como primeiro da lista entre aqueles a que se obriga a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de quaisquer dos Poderes e entes federativos. Mas ressalta que não significa que o constituinte tenha optado pelo mesmo formalismo originário do positivismo jurídico. Isso porque do próprio texto constitucional advêm outros princípios que permitem afirmar o retorno (ou a tentativa de retorno) ao Estado de Direito, em substituição ao Estado legal. Como exemplos, afirma que no Preâmbulo da Constituição, além de em vários de seus artigos, está manifestada a intenção de instituir um

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, colocando como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (DI PIETRO, 2001, p. 45).

Segundo José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito, como todo Estado de Direito, sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize os princípios da igualdade e da justiça, mas não pela sua generalidade, contudo, como forma de buscar a igualização dos socialmente desiguais, ou seja, transformadora da sociedade, mediante mudanças sociais democráticas. Isso, por meio de um elemento de transformação do *status quo* – a participação democrática (SILVA, 2001, p. 123).

Tais valores, nada mais são do que os princípios jurídicos previstos expressamente em vários dispositivos do Texto Constitucional brasileiro, a que se submete a Administração Pública, o que leva Di Pietro a afirmar que a Administração Pública já não mais está submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição (DI PIETRO, 2001, p. 46).

Ressalta que todos esses valores são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público, e, caso uma lei venha a contrariá-los, será inconstitucional. Esses valores atuam como limites à discricionariedade administrativa e, se forem inobservados, dão origem a atos ilícitos, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Assim, a discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é – deve ser controlada, limitada, não somente pela lei, em sentido formal, mas também pela ideia de justiça, com todos os valores que lhe são intrínsecos, declarados formalmente ao longo da Constituição (Id., 2001, p. 46).

Desse forma, a compreensão do princípio da legalidade administrativa passou a ampliar-se de maneira significativa, pois, os princípios jurídicos, além de serem considerados mais importantes e amplos do que as regras, estão insculpidos, em grande parte, nas próprias Constituições, as quais ocupam a hierarquia de norma ápice dos sistemas jurídicos nacionais, devendo, pois, serem obrigatoriamente observados na execução dos atos da Administração.

Mas ao conceber o princípio da legalidade administrativa como a observância também dos princípios jurídicos, incorre-se em um dilema, vez que a atuação estatal, tendo como lastro a lei, há de ser compatibilizada com os demais princípios jurídicos, tais como o da igualdade, desenvolvimento, moralidade, eficiência, livre iniciativa, etc.

Considerando que as Constituições do Estado Democrático de Direito trazem em seu bojo um elenco de diversos princípios – os quais, algumas vezes, são contraditórios – e que a materialização desses princípios demanda a atividade administrativa, cabe, pois, ao Estado, via Direito Administrativo, e à própria Administração, a concretização, desses princípios jurídicos.

Di Pietro destaca que a maior parte das garantias jurídico-sociais do Estado Democrático de Direito relaciona-se à participação popular. O exercício desse direito, diferentemente dos direitos das liberdades que pressupõem, na maioria das vezes, a não atuação estatal, carece de um conteúdo constante, suscetível de regulamentação prévia. Isso porque o direito à participação popular, em grande parte dos casos, necessita de modulação e diferenciação, vez que somente são razoáveis, por considerados oportunos, necessários e possíveis, segundo a análise do caso concreto. A fixação desses padrões não é estabelecida pela lei ou pelos atos administrativos que tratam do direito sob análise, sendo o motivo pelo qual muitas normas constitucionais relativas ao trabalho, seguro social, ensino, educação, proteção à família, maternidade, juventude são, em grande parte, consideradas programáticas. Por isso, sua concretização cabe ao Legislativo, por meio de leis, e à Administração Pública, por meio de sua atuação nos casos concretos (DI PIETRO, 2001, p.49).

Mas para que a atuação do Legislativo e da Administração receba a influência direta das vozes populares, como instrumentos de efetivação do Estado Democrático de Direito, há a necessidade de que mecanismos e processos de participação popular precisam ser ampliados, realmente exercidos ou utilizados pela sociedade. Seja no controle da atividade estatal, pela sociedade, suas instituições ou por órgãos criados para tal fim; seja pela participação em fóruns e organismos colegiados, a importância da efetiva participação dos cidadãos e suas entidades é mecanismo essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Canotilho (1996), ao abordar o tema participação popular, afirma haver três graus de participação: a) participação não vinculativa, ou seja, participação nos processos de decisão, que se dá somente por meio de informações, propostas, exposições, protestos etc.; b) participação vinculante, ou seja, participação na própria tomada de decisão e, como consequência, limitação do poder de direção tradicional (por exemplo, a participação popular em conselhos de gestão); c) participação vinculante e autônoma (autogestão), quando há a substituição pura e simples do poder de direção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema.

No Brasil, embora esteja estampado na Constituição Federal que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, em que pese a crescente participação dos cidadãos e instituições da sociedade civil no processo político, ainda há um déficit no nível de participação. Isso porque, diferentes camadas da população, seja por falta de educação, esclarecimento, iniciativa, informação, oportunidade ou condição socioeconômica, ainda não participa, no nível necessário, da formação e controle das decisões e processos de implementação das políticas públicas.

Assim, verifica-se que a materialização do Estado Democrático de Direito ainda está em processo de formação no Brasil, pois somente se pode considerá-lo concretizado quando seu diferencial maior – a efetiva participação popular – fizer grande diferença na formulação e aplicação dos princípios e regras jurídicas, os quais devem reger a Administração Pública.

4. A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA ATUALIDADE

O período atual não rompe com o Estado de Direito e continua tendo como sustentáculo do princípio da legalidade administrativa a concepção da necessidade de o Estado agir somente conforme o estabelecido pela lei e pelo próprio Direito, no qual têm bastante relevo os princípios jurídicos.

No entanto, o princípio da legalidade administrativa, em face de pertencer a um fenômeno cultural – o Direito – sofre influências dos processos de globalização, do princípio da subsidiariedade, da Reforma do Estado e das concepções que dela advêm (DI PIETRO, 2001, p. 52).

Ressalte-se que a economia mundial, nos últimos três decênios, tem sofrido sensíveis mudanças. Entre outros fatores, a crise fiscal dos anos 1980 e início dos anos 1990, que se verificou em diversos países, entre eles no Brasil, levou ao sufocamento das finanças do Estado e, como consequência, à diminuição de suas possibilidades de honrar compromissos, ao aumento da dívida interna e à redução de sua capacidade de investimento. Todo esse quadro redundou em que os investimentos públicos nos órgãos e entidades pertencentes ao Estado sofressem severa diminuição.

Assim, a queda verificada nos investimentos estatais, tanto na Administração direta ou indireta, ocorreu em variadas áreas, seja na aquisição e modernização de equipamentos, seja na implantação ou ampliação de novos projetos, seja diretamente na implementação das políticas públicas de saúde, educação, transporte e infraestrutura. Tal quadro gerou grande

ineficiência e enormes defasagens na qualidade dos serviços e produtos prestados ou produzidos pelos órgãos e entidades estatais, tais como nos setores de telecomunicações, energia elétrica, infraestrutura, rodovias, transportes, indústrias de base etc.

Assim, como se verificou anteriormente em países estrangeiros, tal crise gerou a concepção da necessidade de mudança no perfil do Estado perante a economia e do próprio modelo de gestão pública. Para a realização dessas mudanças, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Estado, por meio do então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), aprovado em 21/09/1995 (DI PIETRO, 2002, p.41-42).

Quanto à mudança do papel do Estado perante a economia, o Plano previu a sua retirada da atuação direta no mercado de produção de bens e serviços, passando a não mais operar em ramos não considerados típicos de atuação estatal, mediante amplo programa de privatização. Passou o Estado, quanto a esses ramos, a atuar somente na regulação, exercendo misteres de fiscalização, normatização e resolução de conflitos. Assim, a exploração direta dos setores regulados passou, em grande proporção, às mãos da iniciativa privada. Nesse contexto, como reflexo das mudanças, foram inseridas, no ordenamento jurídico, as agências reguladoras, a serem tratadas adiante.

Uma das ideias que sustentou a nova concepção do papel do Estado perante a Economia foi o princípio da subsidiariedade, o qual defende o respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja dos indivíduos, seja das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal. Nesse sentido, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa, utilizando seus próprios recursos. O referido princípio defende a limitação da intervenção estatal na economia, passando o Estado a apenas fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada (DI PIETRO, 2001, p.52-53).

Quanto ao modelo de gestão pública, a concepção do Plano foi transformá-la de “Administração Pública burocrática”, caracterizada pela rigidez, pouca eficiência, prioridade nos controles internos e foco em si própria, em um modelo de gestão denominado “Administração Pública gerencial”, a ser caracterizada pela flexibilidade e eficiente, voltada ao atendimento do cidadão (DI PIETRO, 2002, p.42).

Nessa perspectiva, o conceito de Administração Pública gerencial repudia os modelos baseados na burocracia, na hierarquia, no formalismo e na impessoalidade, passando-se a

privilegiar a liberdade dos administradores públicos, ampliando-se sua margem de discricionariedade e autonomia, em busca da eficiência.

Além disso, o cidadão, consumidor dos serviços e bens produzidos pelos setores da economia, passou a ser considerado um usuário – colocado no centro do cenário do Estado regulador –, usuário o qual, ao lado dos setores produtores e dos órgãos reguladores, passaram a ter bastante espaço na definição e implantação das políticas públicas para esses setores. Isso, por meio de fórmulas consensuais de discussão, composição de conflitos e aprovação de atos e normas que possibilitam a participação dos usuários, como consultas, audiências públicas etc.

No entanto, o Estado, ao deixar a produção direta de bens e serviços, passando a exercer a regulação dos setores privatizados e, posteriormente, a regulação também de outros setores que nunca foram explorados por entes estatais, passou a enfrentar grandes desafios, ante a necessidade de observância do princípio administrativo da legalidade, o qual lhe impunha que somente atuasse, conforme o estabelecido por lei. Em consequência, os mentores da Reforma passaram a defender que tal princípio tolhia a liberdade de atuação dos administradores no Estado regulador, que lhes prejudicava a discricionariedade e a autonomia, o que comprometeria, assim, a eficiência da atuação estatal, objetivo maior da Reforma do Estado. Em outras palavras, passaram a defender que o princípio da legalidade administrativa atrapalhava a modernização do Estado brasileiro e o desempenho de sua atuação regulatória.

Segundo Di Pietro, os mentores da Reforma defendem que o princípio da legalidade estrita – o qual determina que a Administração somente pode fazer o que a lei permite – impede ou dificulta a introdução do modelo gerencial na Administração Pública. Isso porque essa nova concepção de gestão repousa sobre ideias de maior autonomia e maior responsabilidade para os dirigentes de órgãos e entidades da Administração Indireta, substituindo controles formais por controles de resultados. Nesse sentido, os paradigmas em que se baseia o direito administrativo, elaborados no liberalismo, teriam ficado incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito, especialmente quanto à estrita legalidade, limitação da discricionariedade e sujeição ao controle judicial, pois essas restrições constituiriam óbices à implantação do modelo gerencial (DI PIETRO, 2001, p.57-58).

Assim, os mentores da Reforma do Estado e seus discípulos passaram a arguir a não submissão da discricionariedade – destacando-se a discricionariedade técnica – ao controle

judicial, a defender a possibilidade de amplo poder normativo dos entes reguladores, mesmo sem a respectiva submissão a uma lei formal.

Di Pietro informa que muito críticos do direito administrativo têm defendido que a legalidade pode ser afastada em benefício da eficiência, ampliando-se a discricionariedade. Afirma que tal visão influenciou bastante a implantação, no Brasil, das agências reguladoras, apelando para a fórmula norte-americana, em que legislam nos vazios deixados pela lei, de acordo com as conveniências administrativas (DI PIETRO, 2001, p. 58-59).

Porém, não se pode defender que possa o Estado atuar à margem do Direito, ou seja, sem a observância do que determina a lei. Isso porque, entre outras consequências, a História tem demonstrado que atuação estatal desarraigada dos limites legais redundava em autoritarismo ou em privilégios a setores próximos do Poder, o que, em última instância, faz retroagir os paradigmas do Estado de Direito à época anterior à Revolução Francesa.

Assim, o princípio da legalidade administrativa, no período atual, levando em conta que persiste a necessidade de atuação dos órgãos estatais conforme o estabelecido em lei – e aí se inserindo as agências reguladoras – há que obedecer ao estatuído nos marcos legais e nos princípios do Direito, para que possa continuar representando uma conquista do Estado Democrático de Direito.

Mesmo reconhecendo a ampliação da margem de discricionariedade – principalmente técnica – no Estado regulador, há de se reconhecer que essa discricionariedade tem de respeitar os marcos legais e os princípios do Direito. Jamais, em um Estado Democrático de Direito, em que se privilegiam os mecanismos de participação popular, entre eles, os que resultaram na elaboração da lei e a da Constituição, se poderia entender que os atos e processos administrativos estariam desvinculados da observância do estatuído em lei ou dos valores dos princípios jurídicos, como forma de atingir a tão visada eficiência.

Mas, reconhece-se que o princípio da legalidade administrativa deve ser interpretado de maneira evolutiva, adequando-o às demandas econômico-sociais do mundo atual e à necessidade de a Administração atuar em consonância com a grande dinâmica exigida, principalmente na regulação econômica. Deve ser também levado em conta que a produção de leis, fruto do processo legislativo, em que se privilegia o necessário e salutar debate democrático, muitas vezes, não acompanha as necessidades de regramento que a sociedade atual requer.

Mas ante todo esse quadro, longe de se defender a abdicação do princípio de legalidade administrativa, em prol da dita eficiência. A solução é lembrar que, para aplicação do princípio da legalidade administrativa, há diversos graus de vinculação da Administração. Segundo a previsão legal, por vezes, dispõe o agente público de grande margem de discricionariedade; porém, em outras situações, sua discricionariedade é mais limitada. Mas, em qualquer das situações, sempre deve ser observado se atos administrativos ou as normas editadas respeitam os marcos legais, as regras e os princípios constitucionais.

Di Pietro faz importante abordagem da atual concepção do princípio da legalidade administrativa, bem consentânea com a dinâmica e necessidades da Administração Pública nos dias de hoje. Nesse sentido, afirma que, para sua observância, não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. Ressalta que o princípio da legalidade administrativa tem diferentes amplitudes, que admitem maior ou menor rigidez, e conseqüentemente, maior ou menor grau de discricionariedade.

Destaca que é por essa razão que se distingue “legalidade” de “reserva da lei”. A primeira, permitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, de maneira a conferir maior discricionariedade para a Administração Pública regular a matéria. Já a segunda exige legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa. Neste caso, denominada “estrita legalidade”, cabendo à Constituição reservar a matéria à competência do legislador (DI PIETRO, 2001, p. 59).

Odete Medauar afirma que o princípio da legalidade administrativa traduz-se, de modo simples, pela expressão: “a Administração deve sujeitar-se às normas legais”, mas ressalta que essa aparente simplicidade oculta relevantes questões quando o aplica na prática. Assim, com vista a esclarecer as nuances das questões envolvidas na sua aplicação, a doutrinadora apresenta a seguinte classificação para os sentidos que têm o princípio da legalidade administrativa, levando em conta o grau crescente de vinculação da Administração à norma legal (MEDAUAR, 2009, p. 127):

a) no primeiro sentido, a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei. Equivale à forma com que o princípio da legalidade é aplicado aos particulares, ou seja, que podem fazer tudo o que a lei não vede, tendo pouca aplicação na Administração Pública brasileira;

b) no segundo sentido, a Administração somente pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza. Aqui se exige que a Administração receba habilitação legal para expedir atos e medidas, de forma que possa justificar suas decisões por uma disposição legal, ou seja, exige-se base legal para que possa exercer seus poderes. Ressalta a doutrinadora que esse sentido é que prevalece e que se aplica de forma geral à maior parte das atividades da Administração Pública brasileira. Contudo, destaca que tal sentido contém gradações em sua aplicação, pois, às vezes, a habilitação legal assume a forma somente de norma de competência, ou seja, trata-se de norma que atribui poderes para a prática de certos atos, ficando o agente público com certa margem de escolha no tocante à substância da medida. Outras vezes, a lei estabelece estreito vínculo do conteúdo do ato ao teor da norma, o que reduz significativamente a liberdade de escolha do administrador;

c) no terceiro sentido, apenas são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado pela lei. Expressa uma concepção rígida do princípio da legalidade administrativa, ou seja, a de que a Administração é apenas uma executora da lei. Afirma a doutrinadora que atualmente não se concebe que a Administração tenha somente esse encargo. Destaca que esse sentido não predomina na maioria das atividades administrativas, conquanto no dia-a-dia da Administração possam haver decisões similares a uma concretização da hipótese legal abstrata;

d) no quarto sentido, a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer. Caso predominasse essa concepção, o Poder Público ficaria engessado, paralisado, pois teria que haver uma lei específica, estabelecendo cada ato ou medida da Administração, hipótese que inviabilizaria a atuação estatal.

Ante a classificação supracitada, constata-se que a vinculação da Administração à lei obedece a graus variados e, à medida que cresce, implica na diminuição do grau de liberdade do gestor ao praticar atos ou tomar decisões.

No entanto, apesar de ter a faculdade de editar normas com graus variados de vinculação do administrador à lei, conforme exposto anteriormente, frisa Di Pietro que, por vezes, o próprio Legislador nacional é que compromete a aplicação do princípio da eficiência. Isso porque tem a oportunidade de promulgar leis com maior poder de autonomia aos administradores, mas frequentemente não o faz, optando por admitir a permanência ou editar leis excessivamente formais e detalhistas, que castram um maior grau de discricionariedade que poderia ser-lhes conferido. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei de Licitações (Lei nº

8.666, de 21/06/1993) e com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000), as quais colocam os agentes públicos, de todos os níveis, em comportas estanques, restringindo ainda mais a discricionariedade administrativa que os adeptos da Reforma desejariam ampliar (DI PIETRO, 2001, p. 61).

Frisa que essa dubiedade de procedimentos, entre a defesa de uma Administração gerencial e a edição ou manutenção de leis extremamente detalhadas e formalistas, contribui para o distanciamento entre o discurso e a prática, entre as leis e os fatos, em desprestígio do princípio da legalidade e da própria Constituição que o consagra (Id., 2001, p.62).

De outra parte, lembra Di Pietro que, por mais tentadores que sejam os modelos inspirados no Direito estrangeiro, o princípio da legalidade há de ter aplicado conforme previsto no Direito interno de cada país. Lembra que nos EUA, cuja Constituição de princípios dá grande margem à interpretação judicial, e na França, em cuja jurisdição administrativa o juiz desempenha relevante papel de órgão criador do Direito, há importante processo de legitimação dos atos da Administração Pública pelo Judiciário, o que no Brasil não ocorre. Aqui, com a Constituição Federal grandemente detalhista e distribuindo rigorosamente as competências entre os três Poderes, há mesmo limites à própria discricionariedade do Legislador (Id., 2001, p. 60-62).

Ressalta que, no Brasil, o princípio da legalidade é imposto à Administração no art. 37, *caput*, e 5º, inciso II, da Constituição, devendo-se interpretar que o primeiro dispositivo não define o conteúdo do princípio, ficando a cargo do legislador dispor sobre as matérias de competência da Administração com maior ou menor grau de discricionariedade. Nesse sentido, nos espaços deixados pelo legislador, o Chefe do Poder Executivo, no exercício da competência constitucional exclusiva, pode preenchê-los com norma de natureza regulamentar, e que poder semelhante foi dado a algumas agências reguladoras pelos arts. 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, da Constituição Federal (Id., 2001, p. 60).

Destaca, porém, que no caso do dispositivo contido no 5º, inciso II, há previsão mais restrita do princípio da legalidade, porque impede à Administração de impor obrigações ou proibições por iniciativa própria, sendo necessário para fazê-lo prévia previsão legal. Em outras palavras, os atos que impliquem restrição ao exercício de direitos têm que ter previsão em lei formal, ou em atos que disponham da mesma força, tais como medida provisória ou lei delegada (Id., 2001, p. 60).

Nesse sentido, nos dias atuais, a observância do princípio da legalidade administrativa abrange muito mais do que a adequação do ato aos ditames literais estabelecidos em lei, mas também a conformidade com o próprio Direito. Para isso, requer-se do interprete que verifique se o ato cumpriu as finalidades legais, se não foi desarrazoado ou desproporcional, se constaram as motivações, os fundamentos que ensejaram a execução do ato, além de se constatar se, em tendo causado danos a terceiros, responsabilizou-se o Estado pelas perdas verificadas. Em síntese, a análise da legalidade dos atos administrativos, atualmente, perquire não apenas os aspectos estritamente legais, mas também princípios que decorrem da legalidade, que a complementam, que a reforçam, que a legitimam, conforme entende Celso Antônio Bandeira de Melo.

Segundo esse doutrinador, o princípio de legalidade administrativa tem como implicações ou decorrências os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado (MELLO, 2008, p.75). O que se permite entender que para a observância daquele, esses devem ser devidamente observados.

Assim, na análise da compatibilidade dos atos da administração ao princípio da legalidade administrativa, deve-se verificar se visou ao atingimento da finalidade prevista na lei, à sua razão de ser, ao objetivo em vista do qual a lei foi editada. Tal finalidade, como em toda lei, é o interesse público, mas também a finalidade específica da lei a que se está dando execução. Ao se utilizar uma lei para o atingimento de finalidades desconformes com o objetivo legal – a que estão obrigados todos os agentes públicos (MELLO, 2007, p.13) –, está se desvirtuando-a, burlando-a, o que constitui desvio de poder ou de finalidade, o que implica a nulidade do ato (MELLO, 2008, p.106-107).

Em síntese, a verificação da persecução da finalidade da lei é um de seus componentes imprescindíveis para verificar se o agente público que a aplica está observando o princípio da legalidade administrativa.

A observância do princípio da razoabilidade também é imprescindível de ser verificada para analisar-se se o ato do agente público observou o princípio da legalidade. Atos administrativos discricionários, que fogem aos padrões da razoabilidade, do aceitável, do adequado aos níveis de conduta exigidos do homem médio pertencente à sociedade a que se destina também ferem o princípio da legalidade administrativa. Não pode o agente público, dentro da margem de discricionariedade que lhe foi conferida, agir ao alvedrio de suas

paixões, de suas preferências pessoais desarrazoadas, de seus humores, causando efeitos não pretendidos pela lei.

Assim, no exercício do poder discricionário, há de ser verificado se o ato do agente público atendeu a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Nesse sentido, são não apenas inconvenientes, mas ilegítimas e juridicamente invalidáveis, condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações ou circunstâncias que deveriam ser observadas caso detivesse atributos de prudência, sensatez e acatamento das finalidades previstas pela lei que conferiu a discricionariedade (MELLO, 2008, p.108).

Destaca Celso Antônio Bandeira de Mello que, longe de se pensar que a análise da razoabilidade de um ato administrativo invade o âmbito de seu mérito, ou seja, invadiria o campo de “liberdade” da Administração conferido pela lei, para decidir sobre a conveniência e oportunidade. Isso não ocorre porque a liberdade conferida é a “liberdade dentro da lei”, ou seja, segundo as possibilidades que ela comporta, o que não compreende a adoção de atos desarrazoados, pois estes transbordam os limites legais. Mas ressalta que, havendo a discricionariedade conferida pela lei e respeitados seus limites, cabe ao administrador e não ao juiz decidir qual a alternativa a tomar (Id., 2008, p.109). Ou seja, dentro dos limites da razoabilidade cabe ao agente público escolher o que considera a alternativa adequada a ser adotada, escolha essa que deve ser respeitada, sob pena de ferir o princípio da separação dos Poderes.

A observância do princípio da legalidade administrativa também se deve dar quanto à proporcionalidade dos atos dos agentes públicos. O respaldo desse princípio não é outro senão o art. 37, conjuntamente com os arts. 5º, inciso II, e 84, inciso IV, da Constituição Federal (Id., 2008, p.112), pois dentro da margem de discricionariedade conferido pela lei à Administração, tem ela opções de agir de maneira a alcançar os objetivos visados pela norma jurídica. Contudo, principalmente, quando da aplicação de medidas restritivas de direitos, deve o agente público utilizar de meios ou medidas proporcionais aos resultados pretendidos. Assim, por exemplo, ao aplicar uma multa ou penalidade, ou estabelecer uma restrição de direito, no sentido de resguardar um bem ou interesse público, devem as medidas adotadas

pela Administração guardar relação de proporcionalidade com os fins a que se destinam, com a finalidade prevista em lei.

Não basta que o ato administrativo cumpra as regras processuais e os procedimentos legais para considerar-se que observou a legalidade administrativa, mas a medida aplicada deve ser proporcional, ou seja, deve haver proporcionalidade entre a medida aplicada e os fins pretendidos pela lei.

Assim, os atos cujos conteúdos superem o necessário para atingir os fins visados pelo interesse público são ilegítimos, por desproporcionais, pois extrapolam os limites que naqueles casos lhes corresponderiam os fins visados pela lei, sendo, portanto, ilegais (MELLO, 2008, p.109).

Na análise dos casos concretos, à luz do princípio da proporcionalidade, devem-se observar os seguintes aspectos (CANOTILHO, 1996):

a) “a adequação dos meios aos fins”, ou seja, que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a persecução do fim ou fins a ele subjacentes;

b) “a necessidade”, ou a “menor ingerência possível”, que estabelece ser preciso a prova de que não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão;

c) a “proporcionalidade em sentido estrito”, a qual determina que deve ser questionado se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma, devendo, então, os meios e fins serem colocados em equação, mediante um juízo de ponderação, visando aferir-se se o meio empregado é ou não desproporcional em relação ao fim.

O princípio da legalidade administrativa também há de ser verificado à luz do princípio da motivação do ato administrativo, ou seja, para ser considerado legal, o ato precisa ser motivado, devendo constar as razões que o fundamentam, e essas razões devem estar albergadas pelo Direito.

Mas não basta que o ato esteja motivado, pois tal motivação há de ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. No caso dos atos vinculados, por haver pequena margem de interferência de juízos subjetivos do administrador, basta a exposição do fato e da regra de Direito aplicada. Porém, no caso de atos discricionários ou naquelas situações em que para a prática do ato vinculado haja a necessidade de aprofundada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas, também se faz necessária motivação detalhada, tais como em contenciosos administrativos ou em processos licitatórios (MELLO, 2008, p.112).

O fundamento jurídico para a necessidade de observância do princípio da motivação não é outro senão a cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito, além do poder popular e do direito ao controle jurisdicional, previstos nos arts. 1º, inciso II, e Parágrafo Único, e 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, respectivamente. Assim, a motivação do ato administrativo permite aos cidadãos exercer o poder político de saber os “porquês” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito, com o fim de verificar se se ajustam à lei. Caso não haja tempestiva e suficiente fundamentação, os atos administrativos são ilegítimos e invalidáveis (MELLO, 2008, p.112), ferindo o princípio da legalidade administrativa.

A observância do princípio da legalidade administrativa também deve ser verificada pelo exame do cumprimento princípio da ampla responsabilidade do Estado. Em outras palavras, a constatação da legalidade há de ser analisada à luz de sua contrapartida – a ilegalidade. Isso porque, ao praticar ilegalidade incorre o Estado no dever de reparar os danos causados, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Assim, não teria sentido ou alcance jurídico algum o princípio da legalidade se a responsabilidade do Estado, em matéria de atos administrativos, não fosse o seu reverso (Id., 2008, p. 80).

Por fim, para encerrar a exposição sobre a concepção atual do princípio da legalidade administrativa, na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo, vale destacar que a lei, ou mais precisamente, o sistema legal, é o fundamento de toda e qualquer ação administrativa. Assim, a expressão legalidade deve ser entendida como “conformidade à lei” e, por consequência, conformidade com as subsequentes normas que a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricionariedade, o que faz a expressão legalidade adquirir um sentido mais amplo (Id., 2008, p. 76-77). Nesse sentido, declara que a submissão do Estado de Direito aos parâmetros da legalidade vai desde as disposições constitucionais, passando pelos termos das leis e, por último, pelos atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público (MELLO, 2007).

Em outras palavras, o princípio da legalidade administrativa também deve ser observado, ao se verificar se os entes estatais cumpriram, em seus atos administrativos, os dispositivos normativos infralegais por eles expedidos, para regular sua própria conduta. Isso porque é reconhecido que a lei, em várias oportunidades, ao regular abstratamente as situações, confere ao administrador o encargo de eleger, no caso concreto, a solução que entenda ajustar-se, com perfeição, às finalidades da norma, situação a qual requer, caso a caso, a análise da conveniência e oportunidade (MELLO, 2008, p.77).

Defender que, no Estado atual, por desempenhar função marcadamente reguladora, e em face da necessidade de cumprimento do princípio da eficiência, não deve haver a observância do princípio da legalidade administrativa, equivale a querer fugir dos limites e controles próprios do sistema de freios e contrapesos do regime democrático.

4.1. Poder Normativo das Agências Reguladoras.

Marcelo Figueiredo afirma que a engenhosidade dos homens acaba construindo meios tortuosos de burlar o sistema constitucional e seus comandos, criando mecanismos, nem sempre constitucionais, que aumentam mais ainda a concentração de poderes no Executivo. Exemplificando, afirma haver delegações abertas e irresponsáveis conferidas pelo Legislativo ao Executivo; atentados à reserva legal; delegações “travestidas” que acabam conferindo poderes ao Executivo, sem limites pré-estabelecidos; ou o “simples” abuso no uso da delegação, pelo Poder Executivo, que a pretexto de implementá-la, confere a si próprio poderes e competências que a lei jamais lhe conferiu (FIGUEIREDO, 2005, p.145-146).

Afirma o autor que tal fenômeno é tormentoso e não pertence somente à realidade brasileira. Declara que o preocupa, desde logo, a tendência de ver, no poder normativo do Executivo, um novo desenho, uma nova competência, que estaria a conferir poderes hauridos diretamente do texto da Constituição ao Poder Executivo e seus agentes, para criar direito novo, ou seja, inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações, mesmo ausente norma infraconstitucional a disciplinar a hipótese. Outra matéria que Marcelo Figueiredo questiona é se seria legítima e constitucional a passagem de poderes e competências a outras entidades autônomas e quais os fundamentos e limites (Id., 2005, p.146).

Essas novas concepções de delegação legislativa conduzem ao tema das agências reguladoras, sua produção normativa e seus limites. O que afirma constituir a principal dificuldade da matéria, quando em confronto com a teoria constitucional (Id., 2005, p.148).

A temática das agências reguladoras aqui vem à tona, em face de as normas constitucionais que a preveem e as leis que as instituíram estabelecerem que elas possuem a função de órgãos reguladores dos setores em que atuam, ou seja, que dispõem de poder normativo. Mas, os significados das palavras “regular” e de seus derivados “regulador” e “regulação” têm aberto margem a diversas formas de interpretação sobre os limites do poder normativo das agências. O poder normativo dos entes reguladores – autarquias que são – relaciona-se intrinsecamente com o princípio constitucional da legalidade administrativa, devendo, pois, ser analisado à sua luz.

Di Pietro afirma que a palavra “regulador” não confere funções legislativas propriamente ditas às agências, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isso contrariaria o princípio da separação dos Poderes e a norma constitucional que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Acrescenta que ao falar em órgão regulador, a Constituição reconhece às agências – e ressalta somente às previstas na Lei Maior – a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standards*, como as agências norte-americanas (DI PIETRO, 2002, 157).

Alexandre Aragão apresenta posicionamento muito mais amplo quanto ao poder normativo da Administração Pública, o qual denomina de poder regulamentar. Chega a afirmar a possibilidade de haver regulamentação não somente de leis ordinárias, mas da própria Constituição, sem a necessidade daquelas leis. Em outras palavras, admite esse doutrinador que se há a previsão constitucional de que leis ordinárias sejam regulamentadas, não poderia a Lei Maior excluir a si própria de ser regulamentada, por normas infralegais editadas pela própria Administração, como forma de cumprir os fins previstos constitucionalmente. Assim, admite a possibilidade de que se tal órgão deve realizar tal serviço público (finalidade), receberia poderes implícitos diretamente da Carta Constitucional para adotar as providências necessárias – entre elas, a de editar atos normativos – para cumprir tal fim, independentemente da necessidade de lei ordinária. Assevera que mesmo recebendo poderes implícitos, estaria a Administração a executar o espírito da lei ou do sistema jurídico como um todo, o que não deixa de ser a regulamentação de *standards* ou finalidades gerais (ARAGÃO, 2006, p. 410-411).

Claro está que o posicionamento de Alexandre Aragão apresenta sérios perigos ao Estado Democrático de Direito, por poder resultar na falta de balizamentos para que possa haver controle sobre o poder normativo dos entes da Administração. Por esse motivo, faz a ressalva de que a possibilidade de poder normativo ser conferido em termos amplos e, às vezes, implícitos não pode isentá-lo de serem apresentados os parâmetros suficientes para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos sejam aferidos.

Eros Roberto Grau também tem entendimento bem amplo quanto ao poder normativo da Administração Pública. Considera que o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição deve ser tomado em termos relativos, admitindo que não haveria descumprimento do princípio quando a Administração, utilizando dos poderes normativos, explícita ou implicitamente a ela conferidos, chega editar ato normativo não legislativo,

porém regulamentar (ou regimental), que venha a definir obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa a seus destinatários. Isso porque considera que, somente quando a Lei Maior é explícita, quando à necessidade de lei em sentido formal, é que o referido princípio deve ser tomado em termos absolutos (GRAU, 2008, p.247).

Assim, segundo o autor, somente quando a Constituição determina expressamente a necessidade de lei é que o princípio da legalidade deveria ser considerado em termos absolutos. Em outras palavras, somente haveria a necessidade de lei formal para os casos expressamente previstos na Lei Maior, como se dá para a previsão de crimes ou penas, para a instituição de tributos e nos casos em que seja necessária a autorização por lei para o exercício de atividade econômica etc. (arts. 5º, inciso XXXIX; 150, inciso I, e 170, Parágrafo Único, respectivamente). Nos demais casos, considerando que a Constituição não contém palavras inúteis, não haveria a necessidade de lei em sentido formal, segundo Eros Grau.

Declarando sua preocupação com o uso sistemático e massificado do poder normativo pela Administração, no mundo atual, Marcelo Figueiredo afirma que tal fenômeno afeta sensivelmente a vida social e o desenvolvimento humano. Isso porque fere o direito subjetivo público de o cidadão brasileiro, o indivíduo, ter suas condutas e ações previamente debatidas e previstas em abstrato pelos poderes instituídos, nos limites e nas disposições constitucionais (FIGUEIREDO, 2005, p.132 e 138).

Adianta que, ao se levarem às últimas consequências essas tendências de exacerbação do poder normativo aos órgãos do Executivo, como parece ser uma inclinação da realidade contemporânea, todo e qualquer ato jurídico, “autorizado por uma lei”, ainda que vagamente, poderia criar direitos, obrigações e deveres jurídicos. Tais medidas, sem os controles demarcados em uma norma jurídica democrática e constitucional, não se afinam com os padrões do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, afirma Marcelo Figueiredo que, segundo o atual regime constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, não haveria como criar “entidades intermediárias”, com poderes legislativos, para edição de normas primárias por faltar espaço, assento ou previsão constitucional. E para que isso fosse possível, necessária se faria a convocação do poder constituinte originário para implantar um modelo que o permitisse (Id., 2005, p.176).

Embora não aceite haver a possibilidade de delegação legislativa para a edição de normas primárias ou normas que tenham seus efeitos, Marcelo Figueiredo afirma claramente

que entende possível que haja o exercício de delegação normativa secundária do Legislativo ao Executivo. Em outras palavras, aceita o autor que o legislador, dentro do espaço normativo que lhe foi atribuído pela Constituição, poderá exercer sua competência de forma exaustiva ou não. Ou seja, poderá, em certas matérias, haver um espaço normativo de delegação.

Esse espaço normativo de delegação, segundo o Marcelo Figueiredo, pode ser interpretado pelos conceitos de “supremacia geral” e “supremacia especial”, apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello, os quais podem ser aplicados para explicar ou interpretar quais os limites do poder normativo das agências reguladoras, o papel e a postura jurídica desses entes, seu poder (competência) jurídico. (FIGUEIREDO, 2005, p.282).

A “supremacia geral” é o poder de que detém a Administração, por ser a executora das leis administrativas, de exercer autoridade sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império dessas leis. Ou seja, é o poder de a Administração exercer seu poder de polícia, tendo por instrumento atos administrativos, que se aplica a todos que estejam sujeitos às leis administrativas gerais. (MELLO, 2008, p. 810-811)

Segundo, Celso Antônio Bandeira de Mello, inserem-se na denominada “supremacia especial” os atos que atingem os usuários de um serviço público, por eles atingidos por conta deste especial relacionamento; os atos relativos aos servidores públicos ou aos concessionários dos serviços públicos, tanto quanto os de tutela sobre as autarquias.

Assim, a “supremacia especial”, também denominada de “relação especial de sujeição” é o poder de que dispõe a Administração de agir, tendo com base uma relação específica, da qual extrai o fundamento jurídico atributivo de sua atuação. É o que se dá quando o Estado mantém relações específicas com um círculo de relações muito diversas das que mantém com a generalidade das pessoas, em que se fazem necessárias atribuições e poderes especiais, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração.

Como exemplos de relações sujeitas à “supremacia especial”, Celso Antônio Bandeira de Mello cita: a relação mantida entre o Estado e o servidor público, que se diferencia da relação mantida com as demais pessoas; a relação entre uma faculdade pública com os alunos nela matriculados, diferentemente da que mantém com aqueles que não são matriculados; a relação mantida entre asilos ou hospitais públicos ou mesmo estabelecimentos penais com quem neles esteja internado, relação distinta da que mantêm com quem não ali esteja; da relação mantida entre uma biblioteca pública com seus usuários, relação diferente da mantida

com pessoas que nunca nela entraram ou não se interessaram em ali se matricular (MELLO, 2008, p 811-812)

Para reger tais relações, sujeitas à “supremacia especial”, necessário se faz que os entes estatais nelas envolvidos estabeleçam regras para o funcionamento dos estabelecimentos, para normatizar sua disciplina interna, as quais podem conter tanto restrições, como certas disposições benéficas, tais como: as disposições relativas à vida funcional dos servidores públicos; as regras dos estabelecimentos de ensino dirigidas aos alunos, estabelecendo horários, disposições disciplinares, sanções, outorgas de benefícios e prêmios; ou normas relativas à boa ordem, higiene e segurança dirigidas aos internados, bem como ao horário de visitas em hospitais; regras concernentes à utilização dos livros em uma biblioteca, como o número de dias para empréstimo, sanções por atrasos na devolução, obrigação de silêncio nas suas dependências; o mesmo valendo para normas internas de disciplinas e funcionamento de albergues, de prisões e manicômios (MELLO, 2008, p.813).

Não é razoável realmente que para reger todas as diversas situações envolvendo os estabelecimentos públicos acima indicados houvesse a necessidade de leis e, unicamente, de leis específicas sobre todos os aspectos de sua relação com seus usuários. Tal demanda tornaria um caos o processo de produção legislativa, pois este teria que acompanhar diariamente a evolução dos problemas, das demandas e das particularidades de todos os órgãos e entidades da Administração Pública e do público que com ela mantivesse relações. Tais regras, se fossem possíveis de ser editadas pelo Legislativo, certamente, instaurariam uma série de contrassensos e ficariam logo defasadas, o que configuraria situações impróprias e inadequadas.

Mas o cenário altera-se quando se vislumbram certas atividades privadas, tais como as áreas de planos de saúde e de previdência privada, pois nessas situações não se verificam, a princípio, explicitamente, vínculos diretos entre a atuação do particular e o Estado. Mas, apesar da estranheza que possa causar, segundo Marçal Justen Filho, basta considerar a estreita relação entre certas atividades privadas e o interesse coletivo, para que tal surpresa possa ser superada. Assim, defende o autor que também há uma relação de “supremacia especial” nessas situações, porque o Estado tem o dever de intervir no âmbito do domínio econômico, para assegurar, quer a desnaturação dos processos de mercado, quer a realização de valores sociais e políticos fundamentais. Em consequência, defende que se a iniciativa privada comporta a disciplina regulatória por parte do Estado, tal disciplina dar-se por meio de competência vinculada ou discricionária (JUSTEN FILHO, 2002, p. 536).

Comunga do mesmo pensamento Alexandre Aragão, ao afirmar que ante as atividades privadas de interesse público, em que são prestados serviços particulares mediante uma relação contratual relacional com os consumidores, há a necessidade de uma regulação normativa. Isso porque tais consumidores são colocados em uma posição de assimetria informacional e econômica em relação aos prestadores de serviços, o que faz mister a ingerência de uma entidade ou órgão regulador para controlar, regular, essa relação que se prolonga no tempo (ARAGÃO, 2006, p 394-395).

Alexandre Aragão, ao tratar das relações especiais de sujeição, afirma que o princípio da legalidade não incide sobre elas com a mesma rigidez com que é aplicado nas relações de “supremacia geral”. Isso porque há uma relação prévia entre o administrado e a Administração, para a qual o primeiro teria, via de regra, consentido, por meio, por exemplo, da celebração de um contrato de concessão ou do requerimento de uma autorização.

Mas, deve ser sempre ressaltado que, nos regimes democráticos, cabe à figura da lei, em sentido formal, o papel de norma estabelecadora das restrições das condutas dos particulares, por isso, deve-se estabelecer limites em que os poderes normativos decorrentes da “supremacia especial” podem ser exercidos.

Verifica-se, pois, que a teoria da “supremacia especial” é capaz de explicar o poder normativo de que dispõem as agências reguladoras, pois as agências mantêm com as empresas que atuam nos setores regulados relações especiais, para as quais se faz necessária à edição de normas reguladoras. Tais normas têm a qualidade de poder acompanhar especificamente, quanto aos setores em que atuam, sua evolução, particularidades, constantes modificações de demandas e advento contínuo de novas tecnologias.

Quanto às agências, destacam-se suas funções fiscalizatórias, sancionatórias, de composição de conflitos e regulamentares, que dão a marca de seu poder regulador. Ressaltando-se que a função regulamentar das agências, em geral, é admitida, desde que fixados padrões legais, dentro dos quais poderá desenvolver-se.

Em que pese o papel importante das agências reguladoras no Brasil, dotadas que são, de maior grau de autonomia frente aos demais órgãos e entidades da Administração, não deixam de estar sujeitas aos princípios e regras que norteiam o desempenho da máquina governamental, bem como aos mecanismos de controle republicado do Estado, tais como os do Ministério Público, Judiciário, Tribunal de Contas, ao controle do Legislativo, ao controle interno e ao controle popular.

A autonomia dos entes reguladores não pode, de forma nenhuma, mesmo quando versar sobre suas atividades-fim em que houver considerável margem de discricionariedade, confundir-se com o arbítrio.

5. A REGULAÇÃO RESPONSIVA

5.1. Viés Histórico e Político

O livro sobre Regulação Responsiva, escrito em coautoria por John Braithwaite e Ian Ayres em 1985, discutiu a necessidade de um novo modelo regulatório colocando uma questão ao leitor. Estaríamos passando por uma era de desregulmanetação? Partindo de um cenário dominado pelo neoliberalismo econômico vivenciado à época, os autores eram vozes dissonantes do ponto de vista predominante no mundo ocidental, mas enfatizavam “*nós não estivemos nem estamos experimentando uma era de desregulamentação, mas sim uma era de fluxo regulatório*” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 7, tradução nossa).

Segundo o contexto histórico analisado no livro por Ayres e Braithwaite, o governo que teve o maior viés desregulamentador foi o do presidente americano Ronald Reagen e, mesmo este governo, somente conseguiu conter a intervenção estatal temporariamente com grande custo político e retrocessos logo em seguida. Alegavam que, qualquer que fosse o país em que se examinasse as variadas e, de alguma forma, desgastantes vitórias que os conservadores ganharam na questão da desregulamentação, estas pequenas vitórias acabaram dando margem à uma melancolia da direita política.

Assertivamente afirmavam que existia uma tendência de se confundir privatização e desregulamentação como sendo a mesma questão, quando, de fato, privatização é frequentemente acompanhada por um aumento na regulamentação, o que coloca em questão a apregoada necessidade de diminuição do Estado nos governos neoliberais. Governos que foram notoriamente privatizantes como o da primeira-ministra Margareth Thatcher, foram responsáveis por criarem agências reguladoras para impor uma maior regulação sobre os novos setores privatizados⁶.

Esta análise foi aprofundada mais recentemente por Braithwaite (2008, p. 1-12), que alega ter existido por volta da década de 80, um grande abismo entre o que os neoliberais diziam e o que eles faziam. Na verdade, o neoliberalismo teria sido muito mais um programa

⁶ “When British telecommunications was deregulated in 1984, OFTEL was created to regulate it; OFGAS with the regulation of a privatized gas industry in 1986, OFFER with electricity in 1989, OFWAT with water in 1990, and the Office of the Rail Regulator (mercifully not OFRAILS!) in 1993” (Baldwin et al. 1998: 14–21).

para destruir as estruturas coletivas que podiam impedir a lógica de livre mercado, do que uma realidade prática em muitos lugares, o que também não evitou a repercussão de efeitos imprevistos. Institucionalmente, o neoliberalismo significa privatização, desregulamentação, liberação do regime de comércio internacional e uma esfera pública reduzida. Analisando o caso do governo americano, como já tinha estatisticamente comprovado anteriormente, Braithwaite reiterou que somente existiu um entusiasmo pela desregulamentação nos dois primeiros anos do governo Reagan. Ao final do primeiro mandato, as agências regulatórias americanas tinham retomado o crescimento de longo prazo no orçamento, no número de funcionários, e no poder de suas decisões.

Neste livro mais recente de Braithwaite (2008), o termo anteriormente utilizado para este período como de “fluxo regulatório” é substituído por um conceito de “capitalismo regulatório”. A justificativa estaria nas evidências sistemáticas de que, desde os anos 1980, os estados se tornaram mais preocupados com a parte regulamentadora da governança e menos preocupado em prover bens aos indivíduos. Mais ainda, ocorreu um rápido crescimento na quantidade de agências reguladoras pelo mundo bem como uma explosão na quantidade de regulação não estatal. Segundo o autor, na era do capitalismo regulatório, a maioria das decisões que moldam nossas vidas diariamente advém da governança corporativa das empresas ao invés da governança estatal.

A mesma análise pode ser estendida a situação do Brasil hoje. Estamos em uma encruzilhada política onde até mesmo estrategistas da direita podem perceber a necessidade de se envolver politicamente com os movimentos de interesse público.

As fontes de poder são difusas na sociedade moderna com o surgimento do conceito de sociedade em rede. No Brasil, assim como alegavam John Braithwaite e Ian Ayres em 1985, ainda precisamos desenvolver uma mais sofisticada e preditiva teoria da regulamentação do que a mera teoria da captura das instituições pela direita ou pela esquerda, sendo que ambos os extremos concebem a regulação como apenas beneficiando o próprio mercado regulado.

5.2. A Teoria

Neste contexto histórico, a teoria da regulação responsiva surgiu da necessidade de se transcender a discussão entre os teóricos que enxergam a necessidade de forte regulação estatal e aqueles que defendem uma maior desregulamentação. De acordo com Ayres e Braithwaite (1992, p. 3) existiria um empate intelectual entres as duas vertentes, pois tanto o

livre mercado como uma regulamentação estatal detalhada possuem problemas inerentes. O primeiro tenderia ao cartel e o segundo a irrelevância. Dados empíricos como os obtidos por Rose Ackerman (1988) provariam que este dilema somente é superado pela simbiose entre autoregulação e regulação estatal, como é o exemplo do Código Comercial americano.

Esta teoria apresentada como alternativa ao emprego do modelo de comando e controle demonstra que a boa política regulatória não é simplesmente decidir o que a lei deveria prescrever. Segundo os autores da teoria responsiva, mesmo os estudiosos mais intransigentes de outras vertentes devem admitir a possibilidade de existirem modelos regulatórios mais flexíveis onde se harmoniza o uso de punição e persuasão, no qual o comportamento dos agentes regulados é o fator que irá nortear a atuação do regulador em resposta à conduta do regulado, e que pode variar de acordo com o grau de cooperação com a autoridade e a aderência as normas.

A regulação responsiva distingue-se de outras estratégias de governanças de mercado por dois motivos: na definição de qual seria o gatilho para uma resposta regulatória e; qual seria a resposta regulatória adequada. Neste modelo regulatório, além da necessidade de se conhecer a estrutura do mercado como um todo, os autores enfatizam a necessidade de se atentar para as motivações dos regulados. Partindo da observação do mercado, o órgão regulador deve oferecer respostas diferentes para situações desiguais.

Uma regulação eficaz deveria, neste modelo, conversar com os diversos objetivos das empresas reguladas, da indústria e dos indivíduos dentro dele. Esta suposição se baseia no fato de que a regulação pode afetar a estrutura do mercado e também a motivação dos agentes regulados. Todo o modelo se baseia em ajustar o grau de intervenção estatal de acordo com o comportamento da indústria do setor, ou seja, o gatilho responderia de acordo com a conduta da indústria e quão efetivo está sendo a autoregulação privada, bem como na inovação da resposta com relação ao que já está sendo feito.

5.3. Política do *Tit-For-Tat*

Argumentam Ayres e Braithwaite (1992) que, partindo-se tanto de uma análise dos agentes econômica racionais quanto de uma análise social, descobrimos que há uma convergência para a necessidade de se evitar as políticas que confiam consistentemente em punição ou persuasão como meios de assegurar objetivos regulatórios.

Para ambos os tipos de análise, econômica e social, uma política de “olho-por-olho” (*Tit-For-Tat*) seria a mais provável de ser efetiva. Segundo os autores, a política *tit-for-tat* ou TFT, seria provocativa, mas clemente, podendo ser implementada com duas estruturas hierárquicas, uma de sanções e outra de estratégias regulatórias com variados graus de intervencionismo, como será demonstrado mais adiante.

Para explicar o TFT os autores fizeram uma modelagem da regulamentação como sendo um jogo de diversas partidas (interações) na teoria dos jogos (MORGENSTERN; NEUMANN, 1944) com o dilema do prisioneiro. Na verdade foi, John Sholz (1984) citado por Ayres e Braithwaite, (1992, p. 21), quem primeiro modelou a regulação como um jogo do dilema do prisioneiro onde a motivação das empresas é minimizar o custo regulatório e a do regulador é maximizar a conformidade com as leis. Ele mostrou que uma estratégia TFT de *enforcement* muito provavelmente estabelecerá mútuos benefícios na cooperação. Confrontado com uma matriz de resultados típicas do dilema gerencial, a estratégia ótima é para ambos, firmas e reguladores, cooperar até o momento que o outro desista da cooperação. Então o jogador racional deve retaliar se, e somente se, a retaliação assegure um retorno ao estado de cooperação pelo o outro jogador.

As principais conclusões de uma análise no modelo TFT são derivadas da admissão de que o comportamento regulatório das empresas é racional e unitário. Para avançar na análise os autores listaram algumas premissas do que seria este comportamento racional para reguladores e regulados (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pg. 19-20) conforme abaixo:

1. Para entender a regulação, precisamos agregar as firmas como associação de indústrias e desagregar as firmas em subunidades corporativas, que por sua vez são desagregados em atores corporativos com suas motivações pessoais (*selves*). As agências regulatórias avançam nos seus objetivos no jogo em cada um destes níveis de agregações por meio de movimentos estratégicos nos outros níveis de agregação.
2. Alguns atores corporativos somente irão concordar com a lei se esta for economicamente racional para eles agirem conforme esta determina; muitos atores corporativos irão concordar com a lei na maioria do tempo simplesmente porque gosta de seguir a lei. Todos os atores corporativos estão amarrados a compromissos contraditórios com valores sobre: lógica econômica; obrigações legais, e responsabilidade empresarial. Os executivos das empresas possuem o objetivo de

maximizar os lucros e se manter nas leis, sendo que em diferentes momentos e contextos um dos objetivos prevalece.

3. Uma estratégia baseada totalmente em persuasão e autorregulação será abusada quando os atores forem motivados pela lógica racional econômica.
4. Uma estratégia baseada preponderantemente em punição vai minar a boa vontade dos atores quando eles forem motivados pelo senso de responsabilidade.
5. Punição é cara, persuasão é barata. A estratégia baseada mais em punições desperdiçará recursos com litígios que seriam mais bem gastos no monitoramento e persuasão. “Um inspetor de minas altamente punitivo vai gastar mais tempos nos tribunais do que em minas”
6. Uma estratégia baseado principalmente em punir, alimenta uma subcultura empresarial de resistência ao regulador onde os métodos de resistências legais e de contra-ataque são incorporados na organização social da indústria. A intenção punitiva engendra um jogo de gato e rato regulatório em que as empresas desafiam o espírito da lei, explorando lacunas, e o Estado escreve regras cada vez mais específicas para cobrir as lacunas.

Para diferenciar as duas posturas, persuasiva e dissuasiva, que o regulador deveria assumir no modelo TFT diante do comportamento do regulado em cooperar ou refutar, os autores utilizaram as denominações criadas por Reiss (1980) citado por Ayres e Braithwaite, (1992), de “*deterrence*” versus “*compliance*”. Estas denominações foram criadas para diferenciar o modelo regulatório daqueles que acreditam que as corporações somente vão concordar com a lei quando confrontadas com duras sanções, do modelo daqueles que acreditam que uma persuasão gentil pode funcionar em garantir a conformidade com a lei das empresas.

Superada a época da polarização entre os defensores do *deterrence* e dos que advogavam pelo *compliance*, evoluímos para um novo patamar da discussão colocando a seguinte questão: Quando punir e quando persuadir? A política TFT prescreve ao regulador tentar a cooperação primeira. Esta conclusão dos autores não foi baseada em qualquer suposição de que pessoas de negócio são cooperativas por natureza, antes, o retorno no jogo regulatório faz da cooperação uma opção racional até o outro participante desistir da cooperação.

Para definir o que seria esta cooperação do regulador, são investigados os trabalhos empíricos do Braithwaite nas indústrias farmacêuticas, de mineração e de casas de repouso, que sugerem que uma publicidade negativa pode afetar a motivação dos executivos das

grandes corporações. A pesquisa empírica demonstrou que tanto os executivos quanto a corporação considerada coletivamente, se preocupam profundamente com publicidade adversa. Se indivíduos e corporações são dissuadidos não apenas por perdas econômicas, mas também por perdas em suas reputações, a política TFT pode operar também com a publicidade adversa suprindo a punição.

Existe, porém, uma limitação no cálculo racional. Os atores corporativos não buscam apenas o máximo valor, seja ele econômico ou de reputação. As pesquisas de campo de Braithwaite também demonstram que muitas vezes eles estão somente preocupados com o que é certo para serem fiéis a sua identidade de cidadão cumpridor das leis e assim, manter um autoconceito de responsabilidade social. Mesmo que se afirme que os atores não estão sendo sinceros quando expõem suas convicções em fazer o que é certo a qualquer preço, ou que sejamos cínicos ao concluir que o ser humano sempre persegue algum tipo de interesse, também não podemos ignorar quando existem evidências de comportamentos economicamente desvantajoso somente para se cumprir a lei.

Desta forma, enfatizam os autores que empiricamente, no contexto das escolhas regulatórias, os executivos de negócios, com variados graus de aparente sinceridade no comprometimento com as ações, explicam sua motivação com um discurso baseado na responsabilidade social (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pg. 24). Este resultado é primordial para se elaborar melhores técnicas regulatórias porque não se desenvolveria uma política regulatória de comprometimento eficiente a menos que se entenda o fato de que as empresas são fortemente motivadas por ganhar dinheiro algumas vezes e outras vezes pela noção de responsabilidade social.

Bardach e Kagan (1982) citado por Ayres e Braithwaite, (1992, p. 24), identificou um dos problemas de uma política mais punitiva como sendo o fato de promover uma subcultura organizada de resistência à regulação, facilitando o compartilhamento de conhecimentos sobre métodos legais de resistência e contra-ataque.

Assumir uma postura exclusivamente punitiva que enxerga o ser humano como essencialmente mal, além de ser a opção mais custosa, dissipa a força de vontade dos bem intencionados. Por outro lado, tratar todas as pessoas como essencialmente boas com uma postura persuasiva, falha em reconhecer que existe uma parcela de pessoas mal-intencionada que vai tirar vantagem dessa presunção inicial.

Considerando estes problemas de aplicação punitiva e dado que em um grande número de atores corporativos, em muitos contextos se encaixam no modelo de cidadão responsável, argumenta Braithwaite no livro *To Punish or Persuade* que a persuasão é preferível à punição como a estratégia de primeira escolha. Adotar a punição como estratégia de primeira escolha é contraproducente podendo minar a boa vontade daqueles com um compromisso de *compliance*. Entretanto, quando as empresas que não são corporações de cidadãos responsáveis exploram o privilégio da persuasão, o regulador deveria mudar para uma resposta punitiva dura. Desta forma, TFT é a melhor estratégia porque maximizando a diferença entre o retorno punitivo e a retorno cooperativo torna a cooperação a resposta economicamente mais racional.

Existe ainda as organizações que nem estão preocupadas em serem socialmente responsáveis nem em ter um comportamento economicamente racional no trato com as agências reguladoras. Estas seriam as organizações patologicamente irracionais que os reguladores seriam obrigados a fechar. Exclusivamente neste caso o TFT pode falhar caso não existam sanções capazes de retirar os atores irracionais do mercado. Desta forma a estratégia TFT de *enforcement* estaria completa se contivesse tanto dissuasões econômicas quanto relativas a reputação, além de possuir alguma sanção capaz de retirar do mercado os agentes irracionais.

5.4. Os Múltiplos Egos

Na pesquisa regulatória trazida no livro de Ayres e Braithwaite (1992), os autores argumentam para a existência de múltiplos egos (*selves*) tanto das empresas quando consideradas monoliticamente, que podem estar centradas em oferecer o menor preço ou a maior qualidade, por exemplo, quanto dos indivíduos que constituem a empresa, que também possuem múltiplos egos, às vezes voltados para a obediência a lei e outras vezes ao maior lucro.

Os reguladores, que também possuem múltiplos egos, podem agir de forma a serem boas pessoa ou duronas, egoístas ou desprendidas, profissionais ou amadoras, diligentes ou desleixadas, inteligentes ou confusas, dependendo do contexto. Uma situação de desastre regulatório acontece quando o ego do regulador está confuso e não profissional, e encontra o ego irresponsável e dirigido por lucros do executivo de negócios. Mas isto não costuma ocorrer porque mesmo as pessoas medíocres de média moralidade e inteligência, costumam dar o seu melhor durante uma reunião regulatória. Ou seja, tendo múltiplos egos, a pessoa

colocaria o seu melhor em primeira instância. Em cada interação, o regulador deve agir de maneira racional, buscando compreender a complexidade do regulado e fazendo uso de um vocabulário motivado para alcançar seus objetivos regulatórios. Por causa da diversidade de motivações que possuímos, não seria coerente agir considerando apenas um deles, mas sim tendo a percepção de que, em cada situação, um estímulo diferente pode estar em primeiro plano.

Após esta descrição dos múltiplos egos dos indivíduos e das empresas, se torna mais clara a necessidade de desagregação relatada anteriormente, não só dos indivíduos, mas também da organização. Nem todos os atores relevantes possuem o mesmo interesse em maximizar os lucros como aqueles que estão no topo da corporação. O mais importante para o regulador é fornecer maior autoridade e suporte para aqueles que são seguidores da lei dentro da organização. Também pode existir a regulação agindo em mais alto nível de agregação junto às associações da indústria por exemplo.

O jogo regulatório do TFT, nesta visão de várias possíveis agregações, pode ser realizado simultaneamente com diversas audiências favorecendo o regulador. Por exemplo, um gerente pode direcionar o inspetor para o local do problema e para os arquivos onde as falhas estão documentadas, motivada pelo medo de sofrer punições por causa da empresa ou mesmo por achar que é o certo a se fazer. Quando um inspetor vai a um local com o comportamento de fiscal durão, ele consegue poucas informações, mas quando vai com o comportamento amistoso, ele consegue mais informações que podem dar vantagens em outros níveis.

5.5. A Pirâmide da Regulação Responsiva

O segundo capítulo do livro *Responsive Regulation* é denominado de *The Benign Big Gun* que em uma tradução literal seria “A Grande Arma Benigna” indicando a importância de o regulador possuir armas sancionatórias sem necessariamente utilizá-las. No entanto, as empresas devem ter conhecimento das armas disponíveis ao regulador mesmo quando estão se comportam corretamente.

Para efetivar esta demonstração de forças, Ayres e Braithwaite (1992, p. 35) sugerem a criação de uma hierarquia em forma de pirâmide contendo todas as possíveis intervenções e sanções cabíveis para o cenário regulatório pretendido. A forma de pirâmide viria do necessário escalonamento de força das ações executórias, com a maior intensidade de uso das ações que ficam na base que possuem consequências mais brandas. Subindo a pirâmide, o uso

deve ser cada vez menor e mais dissuasivo até se chegar ao topo onde se encontra a grande arma que deve ser usado em último caso.

Devido à necessidade já elencada de primeiro se tentar uma persuasão, esta deve ser à base da pirâmide quando possível, logo em seguida deve haver vários degraus de ações coercitivas para tornar mais provável o *compliance*, pois assim seria possível demonstrar que o regulador está preparado para reconduzir o regulado a cooperação na base da pirâmide em qualquer desvio.

Pelo ponto de vista do regulado, diante da oportunidade de corrigir o seu comportamento, seria mais vantajoso cooperar com o regulador, não havendo a necessidade de instauração de um processo sancionador, por exemplo, logo no primeiro momento. Na medida em que o regulado não prosperar na adequação as normas, verificando-se que os resultados almejados não foram atingidos, a pirâmide deverá ser escalada pelo órgão regulador.

O topo da pirâmide seria a postura mais intervencionista do regulador, com a imposição de medidas mais severas nas atividades dos regulados. Para tanto, é necessário se conhecer a fundo a estrutura do mercado regulado e enfrentar o problema de assimetria de informações que esconde as reais motivações dos atores.

Muitas vezes o regulador dispõe de somente uma opção de dissuasão que seria a suspensão da licença. Agências regulatórias com somente uma sanção que não pode ser aplicada por problemas políticos ou legais em uma situação particular é incapaz de promover uma punição justa.

O problema das sanções drásticas é que elas são politicamente difíceis de serem aceitas e moralmente complicadas de serem aplicadas nos casos de desvios menores. As agências reguladoras possuem a máxima capacidade de alavancar a cooperação quando elas podem escalar a coerção de maneira responsiva ao grau de falta de cooperação das empresas e também da aceitação moral e política da resposta.

As duas pirâmides engendradas pelos autores (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 35 e 39) podem ser vistas a seguir:

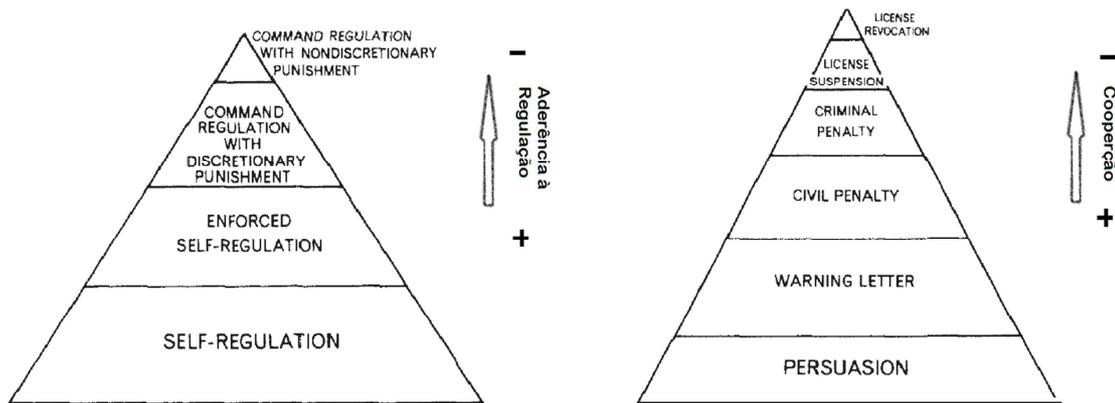


Figura 1 - A pirâmide a direita é a proposta de *enforcement* para uma única empresa enquanto a da esquerda é a pirâmide de estratégias indicada para se usar na indústria como um todo.

Frisa-se que deve ser dada credibilidade à possibilidade de escalada da pirâmide, dessa maneira, a mera possibilidade de se escalar as mediadas regulatórias já é capaz de levar as empresas a autoregulação e a cumplicidade. A dinâmica teoria responsiva prevê tanto uma escalada quanto um retorno à base, voltando a privilegiar uma atuação mais cooperativa diante de uma postura que sinalize cooperação.

Uma das dificuldades encontradas na adoção deste modelo é a inexistência de qualquer tipo de definição ou prescrição da medida a ser tomada em determinada situação, ficando a decisão atrelada ao histórico dos regulados e a cultura interna do órgão regulador. Logo, na busca da obtenção de resultados efetivos quanto ao interesse público e eficientes quanto ao custo regulatório, devem ser identificadas as melhores técnicas para cada situação particular.

A metodologia do TFT também demonstra ser a solução para o problema levantado por Langbein e Kerwin (1985) citado por Ayres e Braithwaite, (1992). Eles mostraram que muitas vezes é irracional que as empresas cumpram as leis quando os custos da conformidade são inferiores aos benefícios. Se a imposição for o resultado de um processo de negociação, como geralmente acontece, as empresas racionais evitarão o cumprimento imediato quando for mais barato negociar um acordo de conformidade com a agência. Neste caso a empresa buscaria extrair concessões, reduzindo os custos de conformidade, enquanto atrasaria o custo de conformidade. Porém somente será verdade se o fato de atrasar a conformidade não causar uma escalada das penalidades.

5.6. O Modelo da “Benign Big Gun”

Embasado em uma pesquisa taxonômica das variadas técnicas coercitivas de noventa e seis agências reguladoras da Austrália. Braithwaite encontrou um conjunto delas que podem ser realmente definida como “*benign big gun*”, porque possuem um grande poder, mas raramente necessitam dele para atingir seus objetivos regulatórios. Apesar da falta de dados empíricos, ele associa este sucesso a política do *big stick*, traduzido como falar baixo e carregar grande porrete. Os membros dirigentes deste grupo de agencias possuem enorme poder, mas quase nunca usam. A ideia da pirâmide executiva sugere que, quanto mais dura for a punição que uma agência pode escalar, maior será a capacidade de empurrar os regulados para a zona cooperativa da pirâmide. Desta forma, a teoria prevê que o sucesso em conseguir cooperação regulamentar se resume nos seguintes tópicos (AYRES; BRAITHWAITE,1992, p.40):

- 1) Usar a estratégia TFT;
- 2) Ter acesso a um conjunto hierárquico de sanções e também a uma hierarquia de intervencionismo regulatório;
- 3) A máxima altura da pirâmide que pode ser escalável.

Caso se desenhe um gráfico que represente cem por cento das sanções aplicadas conforme a proporção das firmas reguladas por uma particular forma de regulação, o pico estaria mais estreito (pequena porcentagem de intervenções severas) e a base mais larga (um grande número de intervenções brandas) quanto mais alta for a pirâmide, mudando a forma da pirâmide para o formato de uma torre apresentado na figura abaixo (idem , p.41):.

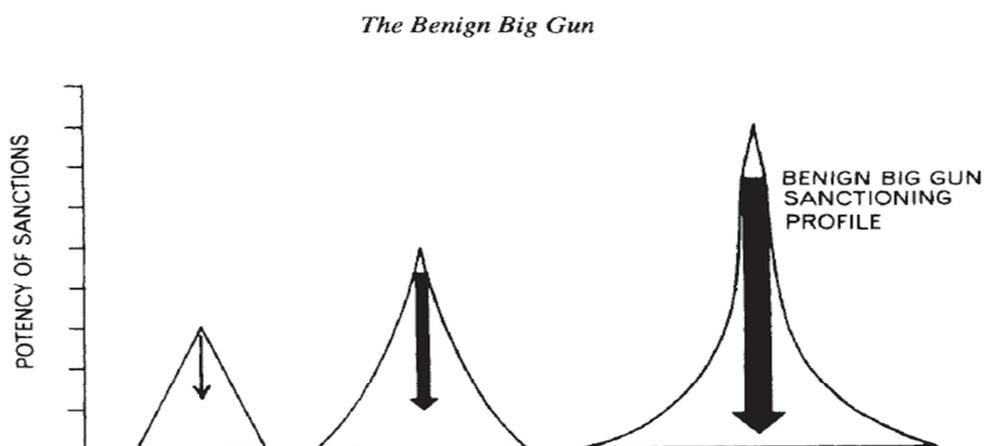


Figura 2 - Efeito do aumento da potência da máxima sanção na pirâmide regulatória

Como um exemplo do cenário das relações internacionais, as grandes potências detentoras de armas atômicas seriam as *Benign Big Gun*, fato este que tem estendido o período entre grandes guerras de forma recorde.

Goodin (1984) citado por Ayres e Braithwaite, (1992, p. 41) sugeriu que a vida social não é plausível de ser modelada como um jogo do dilema do prisioneiro de uma única iteração ou por uma modelagem de repetidas iterações. A vida social seria, no entanto, uma série de interações autocontidas. Goodin alega que um modelo vingativo do Tit-For-Tat (VTFT), poderia ser uma estratégia eficiente no modelo episódico, apesar de sua ineficiência no modelo de interações ilimitadas. A eficiência viria da possibilidade de se firmar um pacto de não ressentimento após algumas interações.

Este tipo de modelagem é útil para situações com um plano de ação acordado, onde o regulador procura realizar uma sequência de encontros regulatórios para extrair informações e cooperar com as mudanças necessárias para cumprir os padrões. O conjunto de oportunidades de iterações continua sendo relatado até se chegar a uma negociação que é acompanhada pelo regulador por um tempo, até os objetivos serem atingidos e aquele episódio terminar.

Se o VTFT corre o risco de criar uma subcultura de resistência, outras estratégias para demonstrar que o regulador é do tipo “não mexa comigo” pode não ter este efeito. Um exemplo seria tratar um único episódio de falha com a opção da “grande arma”. Se estrategicamente for feita publicidade deste caso de rápido escalonamento para uma super punição contra um jogador, logo estará dada a mensagem para todos os demais jogadores nos demais episódios.

A aplicação VTFT não é uma estratégia desejável em um cenário onde o regulador governamental está preocupado com justiça, porque a vingança repete a punição de cidadãos que já estão cumprindo com a lei e acaba minando a legitimidade do Estado por trair a confiança voluntária. Apesar da efetividade de uma política do tipo “não mexa comigo”, também considerando a necessidade de um Estado ser justo, a melhor maneira de atingir seus objetivos é realizar de forma paciente, mas inexorável, o aumento na gravidade das punições até o inevitável fechamento das firmas que persistirem em fugir da lei.

Uma estratégia de super punição que pode ser usada pelos órgãos reguladores é fazer com que o regulado colabore com sua própria punição, principalmente quando existe uma grande desigualdade de poder entre a empresa e regulador. Neste caso seria muito difícil e custoso criar uma pirâmide regulatória crível e com altura suficiente para funcionar. Um

exemplo deste tipo de sanção é fazer com que a empresa pague um conselho independente para realizar relatórios públicos sobre o suas condutas ilegais, ou ainda obrigar a demitir gerentes de alto escalão.

A principal questão em se dispor de uma arma regulatória poderosa é para projetar na indústria uma imagem de invencibilidade. O poder político, portanto trata-se na verdade de como os atores passam aos demais a credibilidade de serem poderosos. No caso das agências reguladoras, utilizar a maior sanção disponível causa muito ressentimento entre aqueles que são atingidos. Se não for utilizado corretamente e de maneira estratégica pode inclusive causar uma deslegitimação e a diminuição da eficácia regulatória.

6. O PROBLEMA DA CAPTURA E DA DISCRICIONARIEDADE

Nas pesquisas empíricas realizadas junto às agências reguladoras Australianas por Grabosky e Braithwaite (1986), eles descobriram que os reguladores tinham maior sucesso na cooperação das empresas quando: atuavam em um setor com poucas empresas; controlavam uma única indústria ao invés de várias; elencavam sempre o mesmos fiscais para ficar em contato constante com as empresas e; onde a proporção de fiscais que tinham trabalhado anteriormente no setor era maior (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p.55).

Esta pesquisa pode ser interpretada como resultado da captura do regulado pela indústria ou também como uma evolução na cooperação da teoria da regulação responsiva conforme previsto por Scholz (1984) citado por Ayres e Braithwaite, (1992). Como descrito anteriormente, a teoria da regulação responsiva demonstra que a cooperação ocorreria somente quando o regulador e a empresa estão em um jogo do dilema do prisioneiro de várias partidas. Uma vez que é necessário diversos encontro para a cooperação evoluir no jogo regulatório, seria realmente mais provável de existir cooperação quando o mesmo fiscal trata repetidamente com a mesma empresa. O mesmo raciocínio pode ser estendido para os resultados obtidos com as agências que possuem um pequeno número de firmas em uma única indústria, onde as chances de encontros regulares repetidos são maiores. As mesmas condições que fomentam a evolução da cooperação são também as condições que promovem a evolução da captura e da corrupção porque nesta situação o suborno é mais recompensador para ambas as partes com o mínimo risco devido ao pequeno número de pessoas envolvidas em cada iteração.

Outra variante deste dilema pode ser levantada com relação a discricionariedade. Uma ampla discricionariedade representa um real risco de captura e corrupção do regulador

(DAVIS, 1969; LOWI, 1969; HANDLER, 1988). Porém, a outra opção seria um legalismo estreito e incapaz de resolver de forma eficiente os problemas sociais, tornando a recompensa pela cooperação baixa e, portanto improvável.

Neste momento chegamos ao ponto crucial deste trabalho com a questão levantada pelos autores Ayres e Braithwaite (1992). Seria possível permitir uma ampla discricionariedade substituindo a estrita legalidade por algum tipo de inovação que impeça a captura dos regulados? Como podemos assegurar as vantagens da cooperação entre o setor público e o privado evitando simultaneamente a captura e a corrupção? A resposta deles estaria em alguma forma de tripartitismo com o empoderamento dos grupos de interesse público, do inglês *public interest groups* (PIGs), que se tornariam um terceiro interessado no jogo regulatório com o poder de punir também as empresas.

Para assegurar que o grupo de interesse público empossado no jogo regulatório não acabasse sendo capturado é importante que sua influência política seja democraticamente contestável. Para garantir a contestabilidade entre os diversos PIGs, é necessária uma cultura regulamentadora em que as informações sobre acordos regulatórios estejam disponíveis livremente para todos os membros de uma ampla variedade de PIGs, e também requer uma vivida democracia com outros grupos sempre capazes de substituir aqueles que forem acusados de captura.

A ideia dos autores para resolver o problema da captura, chamada de tripartitismo, seria incluir a sociedade civil nas decisões fornecendo aos representantes poder real de decisão além de subsídios para que possam dispor de consultores técnicos competentes ajudando no uso efetivo do poder.

A defesa do tripartitismo como forma de empoderamento da sociedade civil não é somente por causa dos resultados, mas também devido aos efeitos que o processo de participação nas decisões teria no fortalecimento democrático. Somente votar nos representantes responsáveis por fazer as leis, apesar de ser uma primeira instância participativa, não é suficiente para vencer as desigualdades nas relações de poder quando da implantação das leis. Desta forma acabam existindo um distanciamento entre as leis sancionadas, que são por essência democráticas por terem sido diretamente influenciada pelo cidadão, daquelas que são realmente praticadas. Um Estado com esta visão limitada de democracia pelo voto será uma democracia corrompida pelo poder. O tripartitismo, uma vez que abre espaço para participação nas arenas que realmente interessam ao cidadão, pode ser

uma rota para uma democracia mais participativa e genuína, porém pragmática porque mantém afastada as demandas irrealistas que poderiam advir de uma participação em massa de todas as arenas institucionais.

Como explicado anteriormente, a regulação é melhor representada de forma a embarcar a possibilidade de interação em diversos níveis de agregações simultaneamente. Assim, por exemplo, o regulador pode estar agindo de forma cooperativa com um dos funcionários da firma ao mesmo tempo que está confrontando com a empresa por meio de seus chefes executivos, este, por sua vez pode estar tentando agir cooperativamente com os políticos que tem influência sobre o regulador.

À primeira vista, este não unitarismo da corporação pode parecer um problema por frustrar a eficiência dos reguladores, porém, é na verdade uma vantagem estratégica. O regulador pode escolher alterar o nível da interação a qualquer tempo, inclusive mantendo a negociação silenciosamente restrita os níveis mais baixos da organização sem os gerentes de topo saberem de sua natureza. Com relação a captura, o mesmo pode ocorrer no sentido inverso, ou seja, se o fiscal não ceder a captura, a empresa pode tentar o mesmo com o supervisor, e assim por diante até por fim chegar aos políticos. Devido a grande extensão do poder do tripartitismo de deter a corrupção e a captura, ela pode ter algum efeito em todos os níveis da burocracia regulatória, controlando o poder das empresas de acessar diversos níveis de decisão da agência, ao mesmo tempo que mantém o poder dos reguladores.

7. AVALIAÇÃO DO MODELO ATUAL DA ANATEL

No Direito Administrativo brasileiro, às agências reguladoras possuem natureza de autarquia especial e são caracterizadas por possuírem autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes, conforme também estabelecido na respectiva legislação. Assim, como autarquias, elas integram a Administração Indireta, possuem personalidade jurídica de direito público e estão sujeitas ao regime jurídico da respectiva categoria.

Ao pertencerem à Administração Pública federal, conforme já afirmado, devem também obedecer aos princípios que a regem, tais como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput*, do art. 37 da Constituição Federal, bem como a todos os demais aplicáveis ao Poder Público previsto em disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Concorde-se ou não com a possibilidade de que normas secundárias possam vir a estabelecer restrições ou impor condutas, o certo é que as leis que instituíram ou criaram as agências reguladoras outorgam-lhes amplo espectro de atribuições normativas, conferindo-lhes acentuada margem de discricionariedade, para preencher os espaços deixados pela lei e para desenvolver os princípios por ela estabelecidos. Dessa situação, inexoravelmente, podem redundar restrições ou exigências, não previstas especificamente em normas primárias aos destinatários das normas editadas pelas agências.

Especificamente, as agências reguladoras extraem poderes da Constituição e da lei para regular os setores em que atuam. Esses poderes também estabelecem relação de “supremacia especial” ou “relação especial de sujeição”, entre as agências e as empresas relacionadas aos setores regulados. Dessa relação há a possibilidade de que as agências venham a editar atos ou normas que, por vezes, podem vir a estabelecer restrições e exigir condutas das empresas reguladas.

Realmente, há diferenças entre a discricionariedade conferida pelas demais normas legais em relação às estabelecidas pelas normas legais reguladoras, pois enquanto a primeira visa exclusivamente o interesse público, a segunda tem como objetivo compatibilizar interesses às vezes divergentes tanto o público, como os dos agentes privados setorialmente envolvidos.

Mas se poderia argumentar que a discricionariedade normativa das agências reguladoras encontra grande legitimidade, em face de previamente à expedição de um ato ou norma, tê-los que submeter a audiências e consultas públicas. E que a ampla participação dos diversos segmentos sociais faria com que o ato, ao ser submetido a controle de discricionariedade, tivesse um tratamento especial, mais atenuado, considerando seu alto grau de legitimidade, por refletirem a ponderação de opiniões entre a agência, o público consumidor e os agentes econômicos.

Contudo, verifica-se que, embora haja grande oportunidade de participação dos interessados, mediante a previsão, nas leis de criação e regimentos internos das agências, da obrigatoriedade de consultas e audiências, previamente à expedição de atos e normas, na prática, tal participação deixa muito a desejar. Na realidade, há verdadeiro déficit de participação do público não relacionado às empresas fornecedoras de serviços talvez pela linguagem altamente técnica que usa em todo o processo. Verifica-se que, na prática, a

extrema maioria dos que participam dos processos de discussão são vinculados às empresas que atuam no setor regulado, havendo pouca participação dos consumidores.

Também está prevista uma arena de participação dos usuários dos serviços de telecomunicações na Resolução nº 623/2013, que institui o Conselho de Usuários, com uma evidente inspiração no modelo de grupos de interesse público (PIGs) da teoria da regulação responsiva, inclusive com eleições que tornam os membros democraticamente contestáveis. Porém, o regulamento deixou de empoderar os grupos que possuem caráter meramente consultivo.

Outra sinalização de que a Anatel está adotando os princípios da regulação responsiva foi a Consulta Pública nº 29/2017 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações onde consta do artigo 7º da minuta, a adoção dos princípios da responsividade⁷. Este modelo do novo regulamento foi citado pelo presidente da Anatel, “Leonardo Euler de Moraes”, que em seu Voto n.º 127/2018/SEI/PR de 21/12/2018, reiterou a importância dos princípios da Fiscalização Regulatória, principalmente a responsividade, de permear a regulação da Agência como um todo, e não somente no Regulamento Fiscalização Regulatória agora em análise.

Apesar de o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - RASA (Resolução 589, de 07 de maio de 2012) prevê um escalonamento das sanções conforme a gravidade da infração em três níveis (leve, média ou grave), assertivamente relata o presidente no voto supracitado que a mudança da intensidade de reação do regulador diante de diferentes condutas de um determinado regulado ao longo do tempo, por si só, não corresponde a uma atuação responsiva. De acordo com o presidente da Anatel “a criação de uma modelagem responsiva demanda alterações estruturais mais profundas em grande parte do arcabouço regulatório, vez que ela pressupõe a existência de regimes jurídicos distintos voltados para comportamentos distintos dos Administrados, o que vai além das reações de controle individualizadas por condutas”.

⁷ Art. 7º. A Gestão da Qualidade é regida pelos princípios e regras contidos na Constituição Federal, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - Lei Geral de Telecomunicações – LGT), na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação da Anatel e em especial, pelos seguintes princípios: I - Função social das redes de telecomunicações; II - Livre concorrência; III - Proteção e Defesa do consumidor; **IV - Atuação de forma responsiva; V - Incentivo ao comportamento responsivo dos entes regulados;** VI - Avaliação da qualidade por meio da percepção dos consumidores em complemento às medições técnicas; VII - Estímulo à melhoria contínua da prestação dos serviços de telecomunicações; VIII - Promoção da transparência e da disseminação de dados e informações à sociedade; **IX - Interação com os entes regulados;** X - Diversificação na oferta dos serviços de telecomunicações; e, XI - Máxima granularidade e precisão dos indicadores, nos limites das capacidades técnica e estatística.” (grifo nosso)

Também está certo em concluir o presidente Leonardo Euler de Moraes que a alteração de paradigma não pode ser simplificada em termos de um número maior ou menor de instaurações de Procedimentos de Averiguação de Descumprimento de Obrigação - PADO, apesar de não ter enxergado na análise que o número de cada tipo de sanção aplicada é o que dá forma a pirâmide de *enforcement* na teoria da regulação responsiva.

Ao analisarmos o quantitativo e tipo de sanções aplicadas pelo total de PADO instaurados, veremos que existe uma cultura de litígio que se instalou na agência, tendente a aplicar sanção de multa na grande maioria das vezes que são identificadas desconformidades. Neste modelo acusatório onde a multa é certa, as partes se tornam adversárias e o objetivo por parte do regulador torna-se em materializar a culpa e penalizar o infrator. Desta maneira, o regulador acredita que a punição se torna uma espécie de dissuasão de práticas de infrações futuras, mas tanto a demora no trâmite dos processos quanto a deficiência na comunicação entre os “litigantes” tornam esta dissuasão inócua, restando apenas o viés econômico da sanção. Ou seja, a Anatel faz uso de processos pautados unicamente pela lógica adversarial, nos quais o comportamento do administrado é medido somente por meio de atenuantes ou agravantes considerados no cálculo do valor da multa a ser aplicada.

Uma inovação que estava prevista no novo regulamento era a figura do Plano de Ação nos moldes do vingativo Tit-For-Tat (VTFT), mas que foi alterado para um Termo de Conformidade que será um instrumento pelo qual o administrado apresenta voluntariamente à Agência, um compromisso de demonstrar em prazo determinado o cumprimento de obrigações, na qual aponte o objetivo final de conformidade a ser aferido. Este tipo de *enforcement* melhor se encaixa no modelo responsivo da super punição, onde o regulado ajuda na própria sanção, porém, como a iniciativa deve ser do próprio regulado, é pouco provável que ele opte por este caminho, a não ser que vise buscar extrair concessões da agência, reduzindo os custos de conformidade, enquanto atrasaria o custo da real conformidade.

Um tema recorrentemente criticado pelos contribuintes da Consulta Pública nº 53, de 26 de dezembro de 2018, foi a excessiva ênfase dada na aplicação de “sanção de advertência”. Fato que eu concordo por acreditar que houve uma tradução literal da pirâmide regulatória de John Braithwaite e Ian Ayres, uma vez que o modelo ilustrado pelos autores não refere-se a uma advertência sancionadora sem efeito colateral para o infrator, incapaz de conduzi-lo novamente para o nível de persuasão.

Merece um comentário a sanção de caducidade prevista no RASA que seria, no modelo responsivo da Anatel, a “*Big Gun*” da pirâmide regulatória capaz de retirar do mercado os agentes irracionais. Esta ferramenta que já foi uma sanção estratégica para a Anatel, utilizada principalmente contra os contumazes devedores das taxas do FISTEL (violação ao § 2, art. 8º, da Lei 5.070, de 7 de julho de 1966), foi sistematicamente paralisada por falta de vontade política da agência. Este fato pode ser responsável por prejudicar a imagem de invencibilidade da agência junto ao regulado, característica que é insistentemente aclamada no modelo responsivo. Efetivar a caducidade nos agentes irracionais do mercado seria uma maneira de trazer de volta a imagem de invencibilidade desejável em um modelo responsivo.

No jogo regulatório também não se pode perder o controle dos níveis de agregações que os diversos atores do cenário estão praticando. Por exemplo, aplicar uma sanção caducidade, extinguindo o serviço de telecomunicações de uma empresa cujo o sócio majoritário já é controlador de outra empresa do setor, acaba por tornar aquela que seria a maior sanção da pirâmide inócuo. Ressaltasse que o RASA também prevê uma forma de interação em um nível distinto no jogo regulatório podendo o regulador iniciar um novo processo contra os administradores ou controladores, quando estes tiverem agido de má-fé.

É muito importante frisar que nenhuma solução será efetiva se não houver um maior zelo pelos prazos de tramitação dos processos administrativos. Conforme anteriormente citado, o órgão enfrenta hoje uma situação de baixa efetividade nas punições e baixa eficiência regulatória com altos custos para a Agência.

De acordo com o gráfico abaixo retirado do relatório anual 2017 divulgado pela Anatel, apesar de ter ocorrido uma notável diminuição na quantidade de processos abertos durante os últimos anos, ainda foram instaurados mais de 1.400 processos sancionadores nos anos de 2016 e 2017.

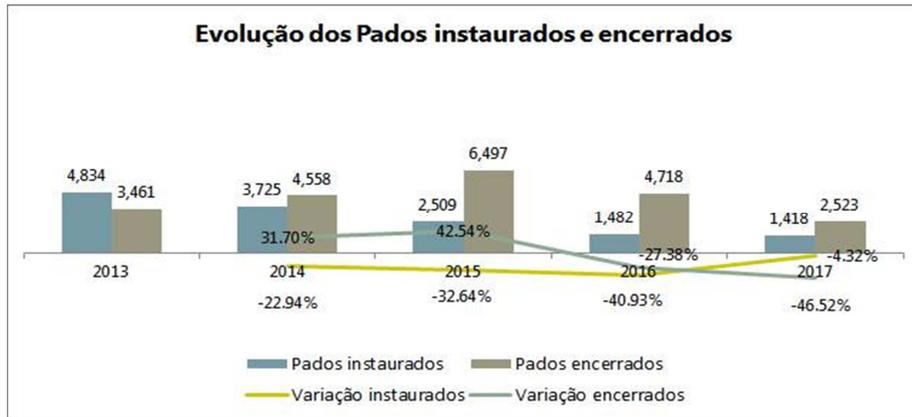


Figura 3 - Evolução do quantitativos de processos administrativos da Anatel

O mesmo relatório ainda informa que desde o ano de 2000, a Anatel constituiu 60,8 mil multas, o equivalente, em termos financeiros, a R\$ 5,3 bilhões. Desse montante, apenas 13,92% foram quitadas integralmente. Do montante ainda não arrecadado, por volta de 40% estão suspensas judicialmente. Todo o processo de cobrança que inclui a notificação da dívida, a inscrição do nome do devedor em Dívida Ativa e as providências judiciais cabíveis, embora decorram do legítimo direito de defesa dos administrados, gera ainda mais custos para a Agência que nem sempre culmina com o retorno das multas aplicadas.

Os altos níveis de judicialização e os baixos índices de arrecadação das multas, de certa forma justificam a implementação de experiências com a teoria de regulação responsiva, que já é uma tendência nas demais agências reguladoras brasileiras. Espera-se que com a adoção da regulação responsiva ocorra a racionalização da aplicação dos recursos e a diminuição da litigiosidade administrativa na Agência, o que, contudo, só será alcançado se for garantida a estrutura piramidal conforme proposta pela teoria.

No entanto, a boa regulação exige além da adoção de técnicas de persuasão, uma política de *enforcement* que garanta a dissuasão. Neste quesito percebe-se que ainda existe muito a ser melhorado nos Processos de Apuração de Descumprimento de Obrigação que geralmente extrapolam os prazos previstos no Regimento Interno da Anatel⁸ (Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013).

⁸ Art. 82. O Pado observará as seguintes regras e prazos:

[....]

IV - o prazo para a conclusão da instrução dos autos é de 90 (noventa) dias, contado a partir da intimação de que trata o inciso II, podendo ser prorrogado por igual período, ocorrendo situação que o justifique;

V - o prazo para a decisão final, após a completa instrução dos autos, é de 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada;

Os prazos para instrução e decisão no processo estão muito aquém do previsto no regimento, conforme gráficos abaixo apresentados pelas duas superintendências da Anatel responsáveis por estes processos (Superintendência de Controle de Obrigações e Superintendência de Fiscalização da Anatel).

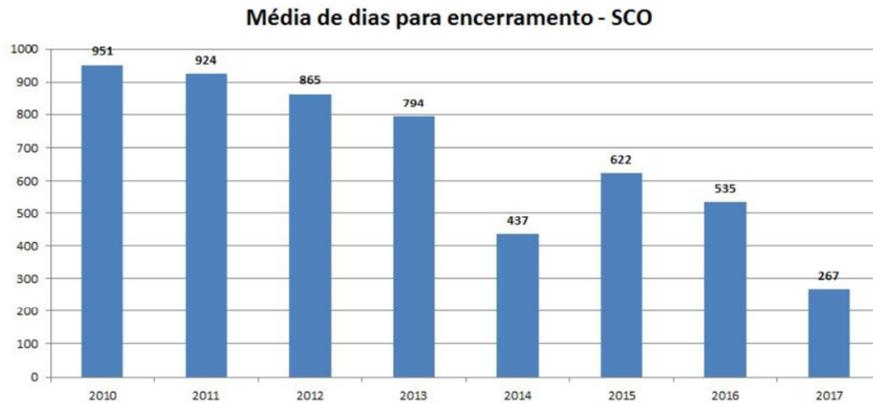


Figura 4 - Prazo médio para um PADO transitar em julgado na SCO

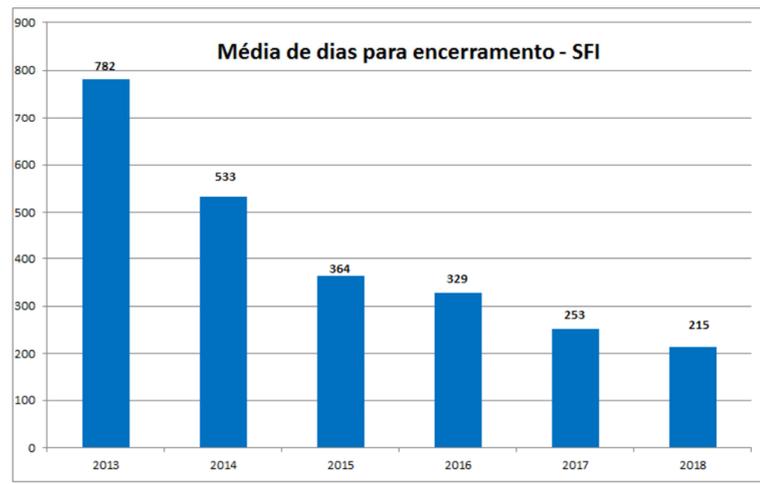


Figura 5 - Prazo médio para um PADO transitar em julgado na SFI

Podemos intuir que uma diminuição dos prazos para decisão e encerramento dos processos teria um imediato impacto regulatório pelo poder de dissuasão que uma decisão rápida e bem fundamentada teria no ambiente regulado. O *enforcement* regulatório depende estritamente do regulado enxergar o poder sancionador como algo efetivo e imediato na política do TFT com uma real sanção disponível para fazer o papel da “*Big Gun*”.

8. CONCLUSÃO

Neste trabalho foram analisadas a aplicação de estratégias características da regulação responsiva na discussão do novo modelo de fiscalização regulatória. Partindo da teoria da regulação responsiva de Ayres e Braithwaite (1992), foram avaliadas as revisões do Regulamento de Fiscalização (Resolução nº 596, de 06 de agosto de 2012) e do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - RASA (Resolução 589, de 07 de maio de 2012).

A regulação responsiva não é um programa claramente definido ou um conjunto de prescrições centradas nas melhores práticas regulatórias. Pelo contrário, a melhor estratégia demonstra ser dependente do contexto, cultura regulatória e da história. Ainda assim é possível comparar aspectos da regulação responsiva que estão sendo considerados no novo regulamento de Fiscalização Regulatória com o que for compatível com a pirâmide regulatória.

Ao mesmo tempo que a teoria da Regulação Responsiva é uma estratégia para melhorar o nível de efetividade das normas, na qual é concedida atenção especial ao mercado e aos agentes que nele atua, a maior crítica vem do alto risco de abusos na discricionariedade e também por facilitar a captura das agências e a corrupção. Mas, por outro lado, a estreita discricionariedade resulta em uma regulação orientada ao legalismo que frustra a busca de soluções mais eficientes para os problemas.

A solução proposta passaria pela necessidade de empoderar os grupos de interesse público em um ambiente de vital democracia e transparência. Além disso, cada vez é necessário fazer o controle dos atos e normas expedidos pelas agências reguladoras, sob a ótica do princípio constitucional da legalidade administrativa.

No entanto, em que pese todo esse novo contexto, não se deve abdicar as conquistas históricas da legalidade em nome da eficiência e a modernidade. Isso porque, defender que, no Estado atual, por esse desempenhar função marcadamente reguladora, e em face da necessidade de cumprir o princípio da eficiência, seja o princípio da legalidade colocado em segundo plano, equivale a querer fugir dos limites e controles do sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito e da valorização e respeito às regras e princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEI Nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

OECD (2014) **Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**, OECD Publishing.

BRAITHWAITE, John. **To punish or persuade: Enforcement of coal mine safety**. SUNY Press, 1985.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**, New York: Oxford University Press, USA, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 2. tir. São Paulo, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

BRAITHWAITE, Jonh. **Regulatory Capitalism, How it works, ideas for making it work better**, 2008.

MORGENSTERN, Oskar, NEUMANN, John; **Theory of Games and Economic Behavior**, 6. ed., 1944