

individualizam, conduzem à responsabilização civil do estado. Tudo se passa, porém, na esfera do poder público, não na de empresas privadas delegatárias da execução de serviços públicos, que respondem em nome próprio e também objetivamente (CR/88, art. 37, § 6º). Ainda assim, a premissa do dano social é inafastável do conceito de polícia administrativa, que não se compadece com a pretensão de ser a autoridade administrativa estatal substituída por agente privado em suas relações com usuários de serviços públicos.

Por conseguinte, nada têm de exercício legítimo de polícia administrativa, antes constituindo abuso de direito, atos de concessionárias de serviços públicos que:

- (i) pretendam exonerá-las de responder por danos causados aos usuários, decorrentes da interrupção do fornecimento do serviço em razão de fortuito interno, entendendo-se como tal todo fato inerente aos riscos do empreendimento, incluindo fenômenos climáticos conhecidos e previsíveis;
- (ii) interrompam o fornecimento do serviço como meio de coerção para a cobrança de débitos pretéritos de unidades consumidoras, bem como a remessa do nome do atual usuário a cadastros restritivos de crédito, à conta da existência de débitos relativos ao consumo de outros usuários que antes ocupavam a mesma unidade;
- (iii) cobrem diferenças de consumo, calculadas por estimativa, a partir de irregularidades nos equipamentos medidores, imputadas mediante termos lavrados unilateralmente por prepostos da concessionária, termos esses ademais utilizados como coerção para que o usuário assine confissão de débito cuja falta de pagamento autoriza a interrupção do fornecimento;
- (iv) adotem forma de cobrança que se afaste do consumo aferido por medidor instalado, bem assim a multiplicação do valor desse consumo pelo número de unidades integrantes do conjunto condominial, quando o controle do consumo geral deste é realizado por um só medidor;
- (v) condicionem, à satisfação de exigências não previstas nas normas reguladoras da prestação, a extensão dos serviços a novas unidades consumidoras, situadas em locais já providos de rede;
- (vi) se arroguem prerrogativas exclusivas da administração pública no regime dos contratos administrativos, tais como as de alteração e rescisão unilateral de cláusulas de contratos firmados com os usuários;
- (vii) cancelem serviços e rescindam, em contravenção a normas da agência reguladora, contratos celebrados com os usuários;
- (viii) contratem a particulares, ditos especializados em serviços de segurança, a apuração de supostos crimes perpetrados contra a rede, tais como os de subtração de material e sua receptação, incluindo a forja, à revelia da autoridade policial, de flagrantes que subsidiem o oferecimento de notícia criminal por fato posteriormente considerado inexistente em ação penal.

## REGULAÇÃO DE ESTADO, SUSTENTABILIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA\*

JUAREZ FREITAS

Prof. do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUCRS e de Direito Administrativo da UFRGS, Pres. do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão, Autor de várias obras, entre as quais Sustentabilidade: Direito ao Futuro. BH: Fórum, 2011.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Regulação de Estado Constitucional: Características e Propostas; 3. Considerações Finais.

### 1. Introdução

Os tradicionais modelos regulatórios voltados à correção das “falhas de mercado” (assimetria de informação, externalidades negativas, competição desleal e falta de transparência) colecionam fracassos rotundos, seja por deficiências no campo propriamente da regulação (tais como omissões e sobreposições pleonásticas), seja pela ausência pura e simples da disciplina regulatória (como sucedeu em relação ao mercado bancário paralelo, que se instalou com espantosa facilidade tóxica).<sup>1</sup> Em contrapartida, os modelos voltados ao combate às “falhas de governo”<sup>2</sup> (na linha de George Stigler, com a denominada “teoria da captura”), ainda que involuntariamente, contribuíram - e muito - à desregulação alastrada, que tomou parte decisiva na formação do nexos causal da grande crise de confiança mundial, assim como a que envolve a zona do euro.

\* O presente estudo serve de homenagem ao publicista Prof. Marcos Juruena Villela Souto, que produziu relevante contribuição para o debate sobre o redesenho do Direito Administrativo brasileiro.

1 Vide Paul Krugman in *A Crise de 2008 e a Economia da Depressão*. Rio: Campus, 2009, p. 168, que, a propósito do sistema bancário sombra (“shadow banking system”), observou, com acuidade: “Os bancos convencionais, que aceitam depósitos e são parte do Federal Reserve, operam mais ou menos à luz do sol, com livros escancarados e com reguladores olhando sobre seus ombros. Já as operações das instituições não depositárias, que são bancos de fato, em contraste, são muito sombrias. Com efeito, até a eclosão da crise, parece que pouca gente se deu conta de como o sistema bancário sombra se tornara importante.” (p. 168).

2 Embora importante a contribuição de George Stigler in “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1971, exagerou o temor da captura: “The state - the machinery and power of state - is a potential resource or threat to every industry and society. (...) A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and designed and operated primarily for its benefit”. Ora, é inegável que tal teoria denunciou algo grave, mas conduziu à desregulação e aos seus devastadores efeitos.

Precisamente por isso, uma nova teoria da regulação estatal, no Século XXI, inclusive do mercado de capitais e das questões ambientais, tem de ser vista como parte de uma teoria sistêmica abrangente, fundada no princípio constitucional da sustentabilidade<sup>3</sup> e no direito fundamental à boa administração pública, isto é, no direito à imparcialidade, à transparência, à prevenção e precaução, à proporcionalidade, à motivação, à eficiência e à eficácia do Estado Regulador (capaz de induzir a internalização das externalidades<sup>4</sup> e autenticamente resguardar os objetivos fundamentais do Estado Democrático – no caso brasileiro, os previstos na CF, art. 3º).<sup>5</sup> Tudo sem sucumbir à regulação facciosa, “capturada”, “governativa” e tendenciosa de qualquer matiz, tampouco incorrer nas crenças falsas da concorrência perfeita, do equilíbrio de mercado e em outras falácias inocentes ou nem tão inocentes, tais como as arroladas didaticamente por John Galbraith.<sup>6</sup>

Com efeito, força erguer consistente arcabouço regulatório de longo prazo e eticamente sustentado, pois, como adverte Amartya Sen, a crença de que a economia de mercado corrige a si mesma foi e é responsável pelo afastamento da imprescindível regulação de qualidade, de modo a ignorar ou tolerar atividades do mercado que seriam chocantes até para o nem sempre compreendido Adam Smith.<sup>7</sup>

De maneira incontestável, a desregulação estatal revela-se, em toda parte, aposta ruínosa na “resiliência” dos mercados, uma falácia auto-evidente, mas que

produziu - e ainda produz - enormes estragos sistêmicos,<sup>8</sup> nem sempre compreendidos pelo homem comum, que se limita a sofrê-los. Por tudo, força conceber, no contexto brasileiro, modelo regulatório voltado para o aperfeiçoamento do regime das autarquias que exercem essa função típica e indelegável. Eis o tema central do presente estudo.

## 2. Regulação de Estado Constitucional: Características e Propostas

2.1. Em primeiro lugar, o conceito de regulação estatal pode ser compreendido como inerência do “poder de polícia administrativa”, uma vez adotado o devido acordo semântico.<sup>9</sup> Como quer que seja, importa compreender que o Direito Administrativo, a despeito de preocupantes sinais contraditórios e de fugas pusilânimes, precisa ser também o Direito do Estado Regulador<sup>10</sup>, sem prejuízo da indeclinável tarefa prestacional concentrada em assegurar o núcleo essencial dos serviços públicos.<sup>11</sup>

Nesse sentido, a pouco e pouco, com o andar da carruagem das transformações institucionais e<sup>12</sup> comportamentais, terá de ceder o executivismo hipostasiado e de coalizão (mormente no presidencialismo, que se caracteriza pela concentração unipessoal das chefias de Estado e de governo). Dito de outro modo, o Direito Administrativo precisa passar, sob pena de insustentabilidade, a exercer a tarefa de garantidor, a longo prazo e com imparcialidade, das políticas públicas que transcendem mandatos e trocas fisiológicas.

3 Vide, para reconceituação da sustentabilidade como princípio constitucional, Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. BH: Fórum, 2011.

4 Vide James Salzman e Barton H. Thompson Jr. in *Environmental Law and Policy*. 3ª ed., New York: Foundation Press, 2010, p. 21.

5 Vide Juarez Freitas in *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. Vide, também, Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, já com a incorporação de reflexões sobre a crise de 2008 e a necessidade de novo modo de interpretar e praticar o Direito Administrativo, inclusive na seara regulatória.

6 Vide John Keneth Galbraith in *A Economia das Fraudes Inocentes*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004, com destaque para o que chama de “mais prestigiosa forma de fraude, nossa mais elegante fuga da realidade (p. 62)”, que redundou numa “reputação falsa e favorável do Fed” (p.63).

7 Vide Amartya Sen in “Capitalism Beyond the Crisis”. *The New York Review of Books*, Vol. 56, n.5, 2009: “The implicit faith in the ability of the market economy to correct itself, which is largely responsible for the removal of established regulations in the United States, tended to ignore the activities of prodigals and projectors in a way that would have shocked Adam Smith. The present economic crisis is partly generated by a huge overestimation of the wisdom of market processes, and the crisis is now being exacerbated by anxiety and lack of trust in the financial market and in businesses in general – responses that have been evident in the market reactions to the sequence of stimulus plans, including the \$787 billion plan signed into law in February by the new Obama administration. As it happens, these problems were already identified in the eighteenth century by Smith, even though they have been neglected by those who have been in authority in recent years, especially in the United States, and who have been busy citing Adam Smith in support of the unfettered market.” Vide, ainda, Amartya Sen in *The Idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, especialmente pp 225-320.

8 Sem cair na falácia - apontada por John Galbraith - de esperar demais do Federal Reserve, é certo que Allan Greenspan teve culpa por disseminar a ideia perigosamente equivocada na resiliência infalível dos mercados. Vide o seu livro *Age of Turbulence*. New York: Penguin Group, 2007. De outra parte, tem razão Paul Krugman in *ob.cit.*, p.182, ao apontar a “falta de tração do Fed”, “quando se trata de tomadores mais arriscados”. E acrescenta: “O Fed de Bernanke também tem enfrentado o problema de, reiteradamente, estar atrasado.” (p.184)

9 Vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, *ob.cit.*, especialmente o Capítulo 3, destinado à reconceituação do “poder de polícia administrativa”. No Capítulo 1, ao tratar dos princípios fundamentais de Direito Administrativo, há sugestão de caminhos para que o Direito Administrativo da regulação não chegue tarde demais. Daí a ênfase aos princípios cogentes da prevenção e da precaução. Para ilustrar: em maio de 2008, já tinha sido lançada por Henry Paulson uma proposta para alterar substancialmente o marco regulatório do sistema financeiro norte-americano. Trata-se do “Treasury’s Summary of Regulatory Proposal”, buscando “market stability regulation, safety and soundness regulation associated with government guarantees, and business conduct regulation—can better react to the pace of market developments and encourage innovation and entrepreneurialism within a context of enhanced regulation”. Infelizmente, já era tarde, contudo a mudança estrutural revela-se mais urgente do que nunca.

10 Vide Giandomenico Majone e Antonio La Spina in *Lo Stato Regolatore*. Bolonha: Il Mulino, 2000.

11 Reitere-se: tomada a regulação como inerência do “poder de polícia administrativa”, em sentido amplo. O estudo à base de tal acordo semântico é desenvolvido no Capítulo 3 de *O Controle...*, *ob.cit.*, pp186-210.

12 Sobre o tema das instituições, vide Douglas North in *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Não se deve, contudo, hipertrofiar tal dimensão, pois isso acarretaria extravio da perspectiva concreta de natureza comportamental.

Nesse ponto, sobrealça a importância das Carreiras de Estado, aquelas que permanecem quando os governos passam. De fato, os agentes das Carreiras de Estado são chamados a assumir controles orientados por objetivos (não simplesmente táticos ou formais), assim como a edificação de relações administrativas confiáveis (acima das políticas partidárias, quase sempre amarradas às paixões do jogo eleitoral). Nesse passo, no sistema brasileiro, não convém esquecer que inexistem, ao menos em sede normativa, qualquer relação de subordinação hierárquica dos dirigentes regulatórios, em relação à Administração Direta.

Mais do que nunca, avulta o desafio do redesenho dos controles que desempenham o indelegável mister regulador, notadamente das autarquias regulatórias, que não se confundem com o Poder Executivo. Com efeito, se dotadas de efetiva autonomia orçamentária, financeira e administrativa, poderão atuar como “terceiros” nas relações com o governo, especialmente para o cumprimento de relevantes *funções de arbitragem pública* e de implementação modulada dos estímulos à observância voluntária das “regras do jogo.”

Assim, numa espécie de ultrapassagem (adicional) do esquema clássico de Poderes, as autarquias reguladoras são chamadas a desempenhar atribuições indelegáveis, não tanto no campo da formulação das políticas públicas, mas ao implementá-las com imparcialidade, eficiência e eficácia e, numa palavra, com sustentabilidade.

Máxime em face da crise financeira internacional em curso, reveladora de estridentes falhas regulatórias (não raro, associadas a redundâncias excessivas e a disfuncionalidades crônicas), mister reconhecer o papel regulatório voltado ao incentivo de práticas alinhadas com o retorno social, como preconizado por Joseph Stiglitz,<sup>13</sup> em perspectiva reformista que se coaduna com a aqui esposada.

2.2. Decerto, a competência técnica dessas autarquias, no tocante à regulação, apresenta-se como emblemático caso de indelegabilidade, sem descartar a autorregulação,<sup>14</sup> porém com intransponíveis limites. Logo, o vínculo do agente regulador há de ser o institucional. Os próprios dirigentes, que têm mandato fixo, gozam de estabilidade extraordinária, justamente à vista do liame institucional, não contratual. Nessa medida,

13 Vide “testimony” de Joseph Stiglitz in “The Future of Financial Services Regulation”. House Financial Services Committee, 21/10/2008. Sua proposta oportuna de reforma regulatória está assentada nas ideias de que “financial markets are not an end in themselves”, “the problems are systemic and systematic” e nos seguintes princípios gerais: incentives (“aligned with social returns”), transparency (“good information”) e competition (“balance between government and markets”). Vide Marçal Justen Filho in “O direito regulatório”, Interesse Público 43/19-40. Sobre a crise aludida, vide Martin Wolf in A Reconstrução do Sistema Financeiro Global. Rio: Campus, 2009, pp 198-200: “(...) Parte das soluções para nossas dificuldades é limitar a escala dos desequilíbrios macroeconômicos, uma vez que, não raro, eles são exacerbados pela debilidade financeira. A outra parte é operar o sistema financeiro de maneira a reduzir a tibia, na hipótese de correções macroeconômicas (...) precisamos imaginar um mundo diferente em que o capital flua de maneira produtiva e segura para os países pobres (...)” E na p. 21: “(...) o bom governo é, portanto, o fundamento de qualquer sistema financeiro sofisticado (...)”

14 Em nosso sistema, a cooperação entre Comissão de Valores Mobiliários e a ANBID, por exemplo, merece ser avaliada como fonte de sinergias, desde que a regulação estatal permaneça indelegável.

as considerações regulatórias são eminentemente de Estado e têm de ser dominantes em relação às ponderações conjunturais, ainda que umas e outras não sejam de todo excludentes.

Por outras palavras, o novo modelo passa a ser o da regulação de Estado Constitucional, em sinergia com os demais controles (Tribunal de Contas, por exemplo), mais do que de “governo”, pois deve corrigir, de preferência preventivamente, tanto as falhas de mercado como as falhas governamentais, ambas potencialmente lesivas. Frise-se, no entanto, que isso não significa admitir, ao menos por ora, poder normativo autônomo, a ponto de os reguladores inovarem, como se tivessem função equiparável à legislativa.

Tampouco se devem subestimar os riscos da “captura,” estridente realidade em certos setores regulados. O que se defende aqui é que tais riscos somente são amplificados quando não há verdadeira autonomia estatal. Colima-se, desse modo, erguer regulação proba, isenta e democrática (socialmente controlada), na qual as autarquias reguladoras, especialmente no caso dos serviços públicos delegados e na disciplina (limitação do exercício de liberdade) do mercado, passem a atuar como protetoras genuínas dos usuários e dos regulados idôneos.

Tal apenas será factível se, ao lado da democracia representativa, houver avanço expressivo no tocante ao princípio da participação,<sup>15</sup> com audiências realmente públicas antes de qualquer resolução de cunho regulatório, sob pena de nulidade. Exigem-se, por exemplo, audiências sob a direção presencial da cúpula da autarquia,<sup>16</sup> não mera atividade de consultoria passiva.

2.3. Reitere-se, na ótica conceitual proposta, o caráter indelegável e irrenunciável da regulação como atividade estatal de disciplina das atividades econômicas relevantes (em termos sistêmicos) ou da execução indireta de serviços públicos, efetuada com independência em relação à Administração Pública direta, como inerência do exercício do poder de polícia administrativa”, em sentido amplo.

Assentado tal conceito, eis as principais características da regulação autárquica (sem excluir a autorregulação e a regulação que opera no seio da administração direta – temas que desbordam do presente estudo), com destaque prescritivo no intuito do aperfeiçoamento dos “marcos regulatórios”:

(a) existe demasiada ambivalência ou anfibologia de regime jurídico das autarquias reguladoras: há independência formal em relação ao Poder Executivo, mas nem tanto (o contrato de gestão é prova disso). Como visto, a proposta é de que a regulação deve passar a ser mais de Estado do que “governativa”, no sentido de o regulador guardar real independência propriamente regulatória, sendo como é atividade indelegável e típica de Estado, inconfundível com a do Poder Executivo

15 Vide, por sua ênfase ao princípio democrático da participação como guia de interpretação constitucional, Stephen Breyer in Active Liberty. New York: Vintage Books, 2005, especialmente pp.102-108.

16 Esta é, para ilustrar, a melhor inteligência da Lei 10.233, que disciplina as audiências públicas na Antaq e na ANTT.

ou Concedente. Entretanto, as autarquias regulatórias, às vezes, restam asfixiadas orçamentariamente (pelo contingenciamento) e realizam, por delegação, atividades que melhor estariam situadas no âmbito do Poder Concedente. Logo, a primeira sugestão é deixar, normativamente, sulcada a tipicidade dessas funções.

(b) tal atividade estatal regulatória exclusiva pode ser desempenhada por entidades que não levam o nome de Agências Reguladoras (exs.: CADE, BACEN e CVM). O que importa é que sejam assumidamente pessoas jurídicas vinculadas e não-subordinadas à Administração Direta e que exerçam tal função precípua, em regime especialíssimo de natureza institucional.

(c) as entidades regulatórias devem ser redutoras de assimetrias e promotoras, concomitantemente, da correção das falhas de mercado e de governo, embora com o cuidado de evitar intervenções subalternas ou amadorísticas. Ou seja força corrigir disfunções, coibir fraudes internas e externas, avaliar e informar os riscos de mercado, tendo em mente os danos oriundos da omissão inconstitucional, com particular destaque para a garantia do direito à boa informação, assegurada em tempo útil.

(d) as autarquias reguladoras devem observar o princípio da máxima transparência,<sup>17</sup> isto é, precisam agir de molde a tutelar o acesso ao devido processo e a respeitar o princípio da participação (ilustrativamente, por intermédio de audiências públicas, obrigatórias para qualquer alteração ou mudança da disciplina regulatória).

(e) as autarquias reguladoras devem observar, com rigor, a Lei de Processo Administrativo: no tocante ao processo regulatório, incide a Lei 9.784/99, inclusive quanto ao dever de motivação em todas as etapas. Ademais, significa que o processo de regulação obedecerá, dentre outros, aos princípios da motivação, proporcionalidade e moralidade. E mais: deve ser observada a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.” Ainda: impositiva a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”<sup>18</sup> Dito de outro modo, as autarquias reguladoras, em homenagem ao art. 5º da Constituição, devem assegurar, com maior cuidado, o contraditório e a ampla defesa (admitidas medidas cautelares, devidamente justificadas). Precisam respeitar, seriamente, o “due process”, com a abertura de prazo para correção de falhas, em tempo útil, superados os unilateralismos vetustos, característicos do Direito Administrativo dos séculos XIX e XX.<sup>19</sup>

(f) as autarquias reguladoras, que adotam modelo de direção colegiada, devem ter recrutados os seus dirigentes com ampliada exigência, além da reputação ilibada incontroversa, de alta qualificação técnica apropriada à regulação setorial. Mister

17 Vide, a propósito, o Guia de Boas Práticas Regulatórias, aprovado pela Diretoria Colegiada da Anvisa.

18 Vide art.2º da Lei 9.784/99.

19 Sobre o tema, vide Juarez Freitas in *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, ob.cit., especialmente o Capítulo sobre a era da motivação administrativa.

promover a ampliação do rigor no recrutamento dos reguladores, com sindicabilidade judicial quanto à implementação, ou não, dos pressupostos.

(g) os agentes reguladores concursados devem atuar no regime institucional, e fazem jus, preenchidos os requisitos (incluída a cogente aprovação em estágio probatório), à estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, sem que se aplique a possibilidade de enxugamento previsto no art. 169 da CF, uma vez que se trata de Carreira típica de Estado. Dito de outra maneira, os agentes reguladores, envolvidos com a atuação-fim, desempenham tarefas de Estado: obrigatório para estes o vínculo institucional, ainda que admitido o regime de emprego para os que desempenham atividades de apoio ou instrumentais. Como integram Carreira de Estado, devem agir sistemicamente (exemplo: convênio entre ANA e Antaq), com o cuidado de que os convênios de regulação e autorregulação não extraviem o traço indelegavelmente estatal e nem criem zonas de sombra ou de fuga das responsabilidades.

(h) para evitar conflitos de interesse, os dirigentes das autarquias reguladoras devem respeitar período mais dilatado de “quarentena”, após deixarem o exercício dos respectivos mandatos. Mais do que isso, precisam se abster de atuação direta ou indireta como membros de partidos políticos, no período de exercício dos mandatos, pois se pretende, ao máximo, a despolitização partidária, no intuito de alcançar eficiente e eficaz regulação imparcial e proba, redutora de conflitos intertemporais e liberta das preocupações transitórias, próprias do emocionalismo sectário.

(i) os atos regulatórios não são inteiramente “autônomos,” ainda que se deva guardar parcial deferência à “reserva de regulação”, salvo perante violação de princípios, objetivos e direitos fundamentais. Em outras palavras, as autarquias reguladoras estão proibidas de inovar - como legisladoras - no plano das resoluções, as quais, portanto, devem ser infralegais. Inovação, se houver, deverá conter-se nos limites da juridicidade sistemática. Quer dizer, a “reserva de administração ou de regulação” não pode litigar contra a “reserva da lei.” Desse modo, não há se falar, ao menos nas presentes circunstâncias brasileiras, em “deslegalização,” sequer de “regulamentos regulatórios autônomos” (exceção trazida pela EC 32, que alterou o art. 84 da CF, inaplicável às autarquias reguladoras).

(j) dada a aludida “reserva de administração” ou, no caso, “reserva de regulação”, as agências decidem, por último, as matérias da sua competência regulatória, salvo antijuridicidade manifesta: vedado o recurso hierárquico próprio ao Ministério ou ao Secretário, dado que, como assinalado, guardam relação de vinculação, não de subordinação à Administração Direta. De outra parte, o Poder Judiciário<sup>20</sup> deve, o mais possível, respeitar tal atuação, restringindo-se a coibir a antijuridicidade manifesta, em face da presunção qualificada de legitimidade dos atos regulatórios, mormente quando forem atos administrativos isentos dos influxos partidários ou governativos.

(k) sem sobreposições pleonásticas viciosas, as autarquias reguladoras precisam atuar, de modo sistemático e concatenado, isto é, em sinergia com os demais órgãos e entidades regulatórias e fiscalizatórias (TCU, órgãos ambientais, CADE, assim por

20 Vide Stephen Breyer in *Active Liberty*, ob.cit., pp:102-108.

diante): tal sinergia é condição para eficiência e eficácia da regulação estatal, sob pena de prosseguirem, por exemplo, os “apagões” licitatórios.

(l) as autarquias reguladoras são criadas por lei específica (extintas do mesmo modo) e assumem relevante papel “arbitral público”: os entes reguladores, em face de conflitos envolvendo regulados, podem versar, em matéria de competência própria, sobre direitos disponíveis (acessíveis à arbitragem privada) e sobre direitos apenas arbitráveis por pessoa jurídica de direito público. Não é de surpreender tal figura no Direito Brasileiro, mormente porque, nessa linha, já se tem experiência inicial de conciliação, transação e termo de compromisso em processo administrativo sancionador, com bons resultados.

(m) as autarquias reguladoras devem motivar as suas decisões invariavelmente, sempre que afetarem direitos ou interesses de terceiros (não necessariamente dos regulados), ou seja, devem apresentar, de maneira consistente e coerente, os fundamentos de fato e de direito, sem exceção.

(n) as autarquias reguladoras devem agir, com incessante e balanceada busca de isonomia e na promoção afirmativa da sustentabilidade<sup>21</sup>: nas áreas reguladas, impositivo preservar o ambiente saudável, combater as práticas predatórias, reduzir o impacto ambiental e social dos empreendimentos, a par de prevenir, com vigor, concentrações injustas e domínios abusivos de mercado, sem chegar tarde, por exemplo, no exame emblemático das fusões.

(o) as autarquias reguladoras devem superar a cultura do peso excessivo emprestado ao Poder Executivo e a seus decretos, pois, especialmente no presidencialismo, tal tendência costuma gerar instabilidade e volatilidade nas regras do jogo, afugentando ou paralisando investidores, em vez de propiciar a indispensável segurança jurídica, notadamente para as parcerias público-privadas, endereçadas ao longo prazo. Em contrapartida, as autarquias reguladoras são - ou deveriam ser - freios para o hiperativismo desenfreado do poder central. De outra parte, a autorrestricção regulatória não impede a visão sistemática das normas incidentes nos setores regulados e fiscalizados, ao menos se se quiser evitar o excesso de judicialização dos conflitos regulatórios. Todo necessário aperfeiçoamento dos denominados “marcos regulatórios” deve preservar os tímidos avanços efetuados nessa linha, vedados os retrocessos.

(p) as autarquias reguladoras devem adotar nova compreensão da discricionariedade administrativa: *toda discricionariedade resta vinculada aos princípios, objetivos e direitos fundamentais*. A avaliação dos objetivos é questão-chave em face do art. 3º da Constituição, mas também para realçar a dimensão consequencial de toda aplicação normativa. Nesse passo, convém não hipostasiar o conceito de discricionariedade técnica, como se dotada de insindicabilidade. As autarquias reguladoras, “autoridades administrativas independentes”, não devem descurar do caráter inteligível do seu mister técnico, ou seja, não podem abusar da linguagem indecifrável no processo de tomada de decisões. Não há captura mais temível do que a da indiferença apática da sociedade, por nada compreender sobre a atividade regulatória.

21 Vide Steven Cohen in Sustainability Management. New York: Columbia University Press, 2011, p.154: “Regulation can be used to require investments that reduce an organization’s environmental impact”

(q) os princípios da prevenção e da precaução, doravante, merecem introjeção redobrada pelos reguladores. Enfrentar a omissão antijurídica provavelmente passa a ser o maior desafio regulatório. Sem sobreposições viciosas nem unilateralismos que fazem ouvidos moucos à visão dialógica do controle em sentido amplo, as autarquias regulatórias têm de respeitar o direito fundamental à boa administração pública, – com inspiração no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice e, sobretudo, à luz da Constituição brasileira – entendido como o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.<sup>22</sup> Trata-se de autêntica síntese,<sup>23</sup> somatório de direitos subjetivos públicos e deveres correspondentes, que inadmitem a antijurídica inércia de reguladores. No conceito-guia proposto albergam-se, entre outros, os seguintes direitos fundamentais: (1) o direito fundamental à regulação transparente, que implica coibir a opacidade (negadora da ideia de democracia, por definição), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável - e, ainda assim, não definitivamente; (2) o direito fundamental à regulação dialógica com a devida processualização administrativa, isto é, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, assim como da duração razoável do processo (sob pena de indenização), a par da resposta consistente a todas as alegações do “administrado,” preferencialmente antes da tomada de qualquer decisão que possa afetá-lo; (3) o direito fundamental à regulação isonômica ou imparcial, isto é, a que não pratica discriminação negativa de qualquer natureza, nem se deixa mover por rivalidades, vinditas ou sentimentos escusos, mas, além disso, cumpre o incontornável objetivo constitucional de reduzir as desigualdades iníquas (sociais e regionais); (4) o direito fundamental à regulação pública proba e expedita, que veda condutas eticamente não-universalizáveis, omissivas ou comissivas, inequivocamente desonestas, com os deslizos associados à arbitrariedade do “coronelismo”<sup>24</sup> ou da corrupção, que faz vulnerável o próprio Estado Constitucional, ao se nutrir, no fundo, de cultura social propícia a fraudes e desmandos, cultura que debilita letalmente as instituições democráticas, de modo que reclama tratamento enérgico, para além das impotentes couraças antigas; (5) o direito fundamental à regulação eficiente (respeitadora da compatibilidade entre os meios empregados e os resultados pretendidos), eficaz (respeitadora da compatibilidade entre os resultados efetivamente alcançados e os mensuráveis objetivos traçados pela Constituição), economicamente

22 Vide Juarez Freitas in Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, ob. cit., pp.22-23.

23 Sobre o tema, no contexto europeu, em face do art. 41 da Carta de Nice, vide a contribuição de Jaime Rodríguez –Arana in El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas. Navarra: Aranzdi, 2006. Vide, também, Diana-Urania Galetta in “Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione”, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 3-4/819-857, 2005.

24 Vide, sobre o tema, Víctor Nunes Leal in Coronelismo, Enxada e Voto. Rio: Nova Fronteira, 1975.

ciosa, fiscalmente responsável e redutora dos conflitos intertemporais,<sup>25</sup> os quais só fazem conspirar contra o desenvolvimento sustentável. Por outras palavras, o controle sistemático das relações administrativas precisa densificar, de modo consistente, o direito fundamental-síntese à boa administração pública e, por implicação, o direito fundamental à boa regulação.

Assim, a regulação pública<sup>26</sup> das atividades de mercado sistemicamente relevantes (tais como as atividades bancárias) e das delegações de serviços públicos tem de passar por transformações estruturais, com a incorporação do que há de melhor nas mudanças de paradigma do Direito Administrativo.<sup>27</sup>

Para a formação de saudável atmosfera jurídico-política, a atividade estatal de regulação, particularmente a exercida pelas autarquias reguladoras, precisa experimentar, como sublinhado, reconfigurações sensíveis. Ei-las, com a força da síntese e a título de fixação:

(I) a regulação, numa profunda mudança de estilo, deve abandonar a hipertrofia das práticas de imposição unilateral e autoritária, reconhecendo a primazia vocacional da conciliação e da arbitragem pública, o que não implica abdicar, quando impositivo, do poder-dever de punir sem tibieza, inércia ou procrastinação.

(II) a regulação deve-se desenvolver com a preconizada efetiva autonomia financeira, não sujeita a contingenciamentos e sem que o “contrato”<sup>28</sup> de gestão, previsto no art. 37, § 8º, da CF, represente ingerência indevida ou desvirtuamento do controle de performance.

(III) a regulação precisa alcançar equilíbrio dinâmico entre retornos econômicos e sociais,<sup>29</sup> com a salvaguarda do direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, bem como da justa partilha de ganhos e benefícios do parceiro público com o usuário, quando for o caso.

(IV) a regulação de atividades econômicas relevantes, de parcerias público-privadas e das concessões “comuns” precisa ser socialmente controlada, até para evitar excesso intrusivo do Executivo ou sua

25 Ou seja, sem abdicar de apontar caminhos, já que o mercado, por si, é incapaz de se portar com a racionalidade ingenuamente postulada por muitos. Em contrapartida, confira-se a tentativa de solução conciliatória (intervenção e liberdade de escolha) na proposta (a ser bastante aperfeiçoada) de Richard Thaler e Cass Sunstein in Nudge. Yale University Press, 2008.

26 Tome-se a regulação, no presente trabalho, em sentido administrativista, ou seja, como elemento do poder-dever de restringir o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, além de zelar pela eficaz e eficiente prestação de serviços públicos na esfera administrativa (infralegal, em nosso sistema).

27 Vide, a propósito de tais tendências, o Capítulo 1 de meu livro O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, ob.cit, pp 30-155.

28 A depender do acordo semântico, é manifesto que não se trata de contrato, mas simples compromisso de cumprimento de metas. Importa é que tais metas não se confundam com a interferência indevida sobre a indelegável atividade regulatória.

29 Vide Christopher McCrudden in Social Policy and Economic Regulators, Regulation and Deregulation. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 275-291.

“captura”. No ponto, está certo Cass Sunstein, ao defender novo “status” do usuário na relação regulatória.<sup>30</sup> Além disso, o controle social – ou empreendido pela democracia participativa – não exclui os demais controles, pois a eles deve ser somado. Nessa linha, mais que consultas públicas, como observado, cumpre assimilar a obrigatoriedade das audiências públicas em todas as resoluções estratégicas das autarquias reguladoras,<sup>31</sup> ressalvadas as medidas cautelares inadiáveis. Dito de outro modo, em vez do temor excessivo de “captura” ou dos graves desvios levantados pela chamada teoria econômica da regulação,<sup>32</sup> a postura constitucionalmente adequada consiste em, sem otimismo ingênuo, incentivar a sociedade a assumir protagonismo, estimulando-a a construir, preferencialmente, padronizações voluntárias<sup>33</sup> e universalização dos serviços essenciais e contínuos, fazendo frente às falhas de mercado e de governo, simultaneamente;

(V) nesse momento de redefinição da arquitetura do sistema regulatório brasileiro, força apostar numa democrática reforma institucional que consagre as Agências e as demais autarquias reguladoras como instituições de Estado, mais do que de governo, apesar de integrarem a Administração indireta. E mais: o modelo plurilateral (parceiro público, parceiro privado e usuário) revela-se assaz insuficiente, pois não se coaduna com a desejada política regulatória autônoma e de Estado, e turba a sua credibilidade. Faz-se indispensável *acrescentar um polo no redesenho das relações jurídicas de delegação, a saber: além do parceiro público, do parceiro privado e do usuário, imperioso acrescentar a figura do autônomo regulador, sem debilitar o controle externo*. De mais a mais, o fato de a autarquia reguladora não realizar a definição da política setorial em nada lhe subtrai – ao revés – a competência para fiscalizar os demais polos. Opta-se, aqui, pela regulação como polo estatal relativamente autônomo, não apêndice nem braço da Administração Direta. Com efeito, seria erro grave, nessa altura, deixar de reconhecer a regulação como polo independente, por exemplo, na relação plurilateral de parcerias público-privadas e das

30 Para o contexto americano, vide as sugestões de Cass Sunstein in “O Constitucionalismo após o New Deal”, in Paulo Mattos (coord.), Regulação Econômica e Democracia. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 136. Embora, de fato, aposte no reforço de poder e controle do Executivo em matérias regulatórias, acerta quando propõe “reformulação das doutrinas do direito administrativo para colocar os cidadãos no mesmo plano das entidades reguladas”.

31 Conforme, por exemplo, o citado art. 68 da Lei 10.233/2001.

32 Vide George Stigler in “A teoria econômica da regulação”, in Paulo Mattos (coord.), Regulação Econômica e Democracia. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23. Para uma visão mais complexa e reconhecendo insuficiências da teoria em tela, na mesma obra, v. S. Peltzman in “A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação”, pp. 81-124.

33 Sobre as vantagens da padronização voluntária, vide E. Deming in As 14 Lições Definitivas sobre Controle de Qualidade. São Paulo: Futura, 2003, p. 210.

concessões “comuns”, designadamente quando se procuram relações confiáveis prazo dilatado. Tudo isso há de ser solvido, com acurácia e segurança jurídica, já que investidores de longa maturação demandam ambiente isento dos severos riscos de alterações abruptas no cenário negocial. Não se trata, bem de ver, de postular independência juvenil, que redunde em clima de hostilidade entre a autarquia reguladora e o poder concedente. Ao contrário. No modelo sugerido, o certo é que a regulação não guarda identidade monista com o titular do serviço, isto é, com o parceiro público – opção de capital importância, ainda mais no presidencialismo. A regulação deve, pois, resguardar a estabilidade institucional duradoura, em meio à mutabilidade do mundo volátil. Para tanto, o vínculo dos agentes reguladores deve ser, como grifado, o institucional ou estatutário<sup>34</sup> (com as garantias a ele inerentes). A própria Lei de Parcerias Público-Privadas, nesse aspecto, andou bem, ao deixar inequívoco o caráter indelegável dessa missão estatal exclusiva.

### 3. Considerações finais

Mais do que nunca, a regulação deve ser vista como tarefa do Estado Constitucional (não contraposto à sociedade), mais do que governativa, no rumo de nova ordem regulatória que transcenda o episódico e o transitório, ou seja, o estritamente governamental ou o primado dos interesses partidários e dos manipuladores de mercado. As autarquias reguladoras são – ou deveriam ser – interdependentes e, a despeito de não poderem efetuar a definição da política setorial, podem corrigir falhas de mercado e de governo na execução ou conformação sistemática dessas políticas. Não há função mais significativa dessas autarquias reguladoras senão a de defender a preponderância dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, nas relações atinentes à delegação de serviços universais ou nas atividades econômicas de relevância coletiva. Cumpre-lhes, pois, evitar o equívoco comum do facciosismo ou do unilateralismo, no exercício da discricionariedade administrativa. Ao se dar conta do seu papel sistêmico, resolverá com maior facilidade os potenciais conflitos e os custos associados, evitando (sem pretender sufocar) as demandas judiciais e o próprio recurso à arbitragem privada. Assim, a função mediadora e solvedora de conflitos assume feição precípua e inerentemente regulatória.

Por todo o exposto, o “Estado Regulador” (que, na ótica esposada, disciplina, na esfera administrativa, os serviços públicos delegados e as atividades econômicas de relevante interesse coletivo) tem o dever de cabal observância da rede de princípios, objetivos e direitos fundamentais, acima das regras, especialmente do princípio constitucional da sustentabilidade (social, ambiental, econômica, ética e jurídico-

<sup>34</sup> Vide, a propósito, a Lei 10.871/2004.

política). Somente desse modo, a regulação estatal alcançará a condição de redutora consciente (direta ou oblíqua) dos custos de transação. Quer dizer, as autarquias reguladoras precisam, vez por todas, começar a atuar como guardiãs sistemáticas dos interesses legítimos das gerações presentes e futuras, com prevenção e precaução. Com efeito, a regulação promotora do desenvolvimento sustentável, em suas várias dimensões, tem de incorporar parâmetros desse jaez - algo que acontece, de maneira incipiente, mas que precisa ser francamente incentivado, com a adoção critérios mensuráveis de sustentabilidade.

De fato, a regulação é indeclinável função tipicamente estatal que, acima de tudo, precisa cultivar a sustentabilidade, a eficácia, a eficiência e a probidade no âmbito do setor regulado, incorporando, em definitivo, a cultura do pleno respeito ao imperativo do desenvolvimento sustentável, que reclama o resolutivo combate à falta de equidade intertemporal.

Eis, em suma, as propostas vocacionadas a renovar o modelo brasileiro de regulação, de maneira a fazê-lo consentâneo com a consolidação do novo paradigma de Direito Administrativo, no intuito de fazer frente aos pleitos do Século XXI, às voltas com a preocupante crise (des)regulatória mundial. Força, para já, concretizar a regulação de Estado Constitucional, endereçada ao longo prazo, cooperativa, sistêmica, autônoma, independente e em rede. Uma regulação para as presentes e futuras gerações. Sim, regulação intertemporal, que rompa os grilhões e gargalos burocráticos, as redundâncias excessivas e as omissões sombrias. Não se trata de impor limites exacerbados à inovação ou à sofisticação dos mercados, mas de coibir a fraude, a desinformação e as manipulações espúrias. O certo é que nada se apresenta mais crucial, no curso da presente crise ético-jurídica mundial, do que redefinir, material e formalmente, o modelo regulatório, sem o desatino ingênuo das mudanças abruptas, todavia sempre com o efetivo compromisso ético com a eficácia crescente do direito fundamental à boa administração pública.