

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO: LIBERDADES ECONÔMICAS E REGULAÇÃO



 **FGV DIREITO RIO**

**Transformações do Direito Administrativo:
Liberdades Econômicas e Regulação**

Edição produzida pela FGV Direito Rio
Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/diretorio

Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação

Organizadores

Fernando Leal
José Vicente Santos de Mendonça

EDIÇÃO FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição - Uso Não Comercial - Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2019

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Capa: Andreza Moreira - Tangente Design

Diagramação: Andreza Moreira - Tangente Design

1ª revisão: Daniele Gullo

2ª revisão: Erika Alonso

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Transformações do direito administrativo [recurso eletrônico] : liberdades econômicas e regulação / Organizadores Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça. - Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2019.
1 recurso online (288 p) PDF. il.

Dados eletrônicos.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-9597-040-3

1. Direito administrativo. 2. Direito regulatório. 3. Agências reguladoras de atividades privadas. I. Leal, Fernando. II. Mendonça, José Vicente Santos de. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD - 341.3

SUMÁRIO

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação”	7
<i>Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça</i>	
ARTIGOS DOS DOCENTES	9
1. Da AIR Prospectiva para a AIR Retrospectiva	10
<i>Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha</i>	
2. Regulação e Liberdade Econômica: Uma Contradição Necessária	22
<i>Floriano de Azevedo Marques Neto</i>	
3. Lei da Liberdade Econômica. Tendências e Desafios no Novo Marco Regulatório da Livre Iniciativa	39
<i>Valter Shuenquener de Araujo</i>	
4. A AIR é Instrumento Adequado para Promover a Liberdade Econômica?	51
<i>Natasha Schmitt Caccia Salinas</i>	
5. Desafios da Lei nº 13.874 para uma Sociedade Viciada em Estado: A Liberdade Econômica como Via de Mão Dupla	63
<i>Patrícia Baptista</i>	
ARTIGOS DOS DISCENTES	71
6. Autonomia do Banco Central do Brasil: Justificativas e Perspectivas	72
<i>Bruno Guedes</i>	
7. Govtech à Brasileira: O Plano Nacional de Internet das Coisas e o Cadastro Base do Cidadão	93
<i>Daniela Juliano Silva</i>	
8. O Acordo de Cooperação da Nova Lei das Agências Reguladoras: Uma Visão à Luz da Constituição da República	123
<i>Dante Tomaz</i>	
9. Livre Fixação de Preços na Lei da Liberdade Econômica: Simples Declaração de Direito ou Criação de Novo Direito Indefinido?	150
<i>Juliana Villas Boas Carvalho de Paiva e Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa</i>	
10. Regular via Prêmios: Uma Proposta da Economia Comportamental à Polêmica Desregulamentação do Transporte Aéreo de Bagagens no Brasil	173
<i>Layla Salles e Gustavo Fossati</i>	

11. Reserva da Regulação e Capacidades Institucionais. Os Limites da Interferência do Tribunal de Contas da União nas Decisões Discricionárias das Agências Reguladoras.....	189
<i>Leonardo de Castro Mira</i>	
12. O Papel do Estado na Era Digital sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais: Em Busca de um Determinismo Tecnológico “Soft”	216
<i>Leonardo Netto</i>	
13. Inovação Disruptiva e Regulação: Em Busca de uma Caixa de Ferramentas.....	242
<i>Maria Eduarda Kormann</i>	
14. Notas sobre Concentração Econômica e Fundamentos do Constitucionalismo Democrático	260
<i>Pedro Sutter Simões</i>	

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação”

Fernando Leal

José Vicente Santos de Mendonça

A presente obra reúne os trabalhos apresentados pelos discentes participantes do IV Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Seguindo os bem-sucedidos formatos dos encontros de 2016, 2017 e 2018, no dia 21 de novembro de 2019, professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, alunos dos dois programas e participantes interessados nas discussões reuniram-se para trocar impressões sobre pesquisas e sobre méritos e limites das relações entre liberdades econômicas e regulação. Assim como em todos os anos, os professores apresentaram suas ideias e elas foram questionadas, com espaços para réplicas e trélicas. Um diálogo, como indicado na apresentação da primeira obra da série *Transformações do Direito Administrativo*, foi aberto entre iguais, sem a força da autoridade, que já determina, de antemão, o vencedor com base em credenciais externas ao argumento. Um debate foi realizado, e não uma disputa em dois rounds, em que um fala e outro diverge, e a audiência tira suas próprias conclusões – conclusões que, muitas vezes, equivalem às opiniões que se trouxe de casa.

Nesta quarta edição, pela primeira vez, o seminário ocorreu nas dependências da FGV Direito Rio. Desta vez, participaram, pela FGV Direito Rio, os professores Eduardo Jordão, Floriano de Azevedo Marques Neto e Natasha Salinas; pela UERJ, estiveram na mesa de debates a professora Patrícia Baptista e o professor Valter Shuenquener de Araújo. Os textos dos discentes foram lidos e debatidos entre professores e os próprios alunos, que foram distribuídos em dois grupos de trabalho: “Economia e Regulação” e “Novos desafios do

Estado Administrativo”. Participaram dessa fase, além de nós dois, as professoras Natasha Salinas e Patrícia Baptista e os professores André Cyrino e Leandro Molhano Ribeiro. A todos somos imensamente gratos. Para os presentes, seguindo a tradição que os seminários de integração inauguraram, foi oportunidade singular de vivência no país de um tipo diferente de academia. O resultado dessas interações pode ser visto nas próximas páginas, que reúnem as versões finais dos trabalhos selecionados e discutidos.

O fio condutor desta segunda edição do evento foi o mote das transformações no Direito Administrativo, com ênfase nas interações entre liberdades econômicas e regulação. O tema proposto se inspira na recente promulgação da Lei nº 13.874/19, que, entre outros assuntos, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado. A partir desta proposta, surgiram os 11 artigos selecionados para publicação nesta obra. A qualidade dos textos, a pluralidade de abordagens e a presença de discentes de outros Programas Pós-Graduação *stricto sensu* evidenciam que o seminário de integração tem avançado nos seus propósitos de criar um espaço para o desenvolvimento de debates qualificados sobre temas de direito público e de permitir que mestrandos e doutorandos, especialmente, sejam estimulados a desenvolver as suas ideias, que são apreciadas com rigor e interesse por docentes de diferentes instituições.

Assim como nas edições anteriores, a obra segue orientada no espírito crítico e, ao mesmo tempo, construtivo que deve nortear o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos; nas relações de respeito, admiração e amizade que aproximam os docentes e discentes das duas instituições; e no enfrentamento de tema atual e relevante para a pesquisa em direito público no país.



ARTIGOS DOS DOCENTES

1

Eduardo Jordão
Luiz Filippe Cunha

**Da AIR Prospectiva
para a AIR
Retrospectiva**

Da AIR Prospectiva para a AIR Retrospectiva¹

Eduardo Jordão²

Luiz Filipe Cunha³

1. Introdução: a Importância de uma Cultura Regulatória de Reavaliação

Recentemente, foi publicado o Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, com o intuito de tornar regra geral, para toda a administração pública federal, a consolidação e racionalização do estoque regulatório vigente, de forma a aumentar a transparência sobre os atos normativos e diminuir os custos incorridos pelos administrados no esforço de compreender as legislações setoriais. Já em seu art. 1º, o regulamento presidencial anuncia dispor sobre *revisão* e consolidação de atos normativos, mas a sua leitura na íntegra revela que o seu foco parece ser antes a *consolidação*, a *transparência* e a *operabilidade* do estoque regulatório.

De fato, o que o decreto denomina *revisão* não é propriamente a avaliação de impactos regulatórios, mas, na verdade, uma forma de diminuir duplicações e redundâncias causadas pelo mau gerenciamento do estoque de normas, revogando expressamente aquelas que já foram revogadas tacitamente, já tiveram efeitos exauridos e aquelas que estão vigentes, mas “cuja necessidade ou cujo significado não pode ser identificado” (art. 8º); consolidando, com “a melhor técnica legislativa” (descrita em pormenores no art. 9º), os atos que sobram; e publicando todos os atos, de forma padronizada e acesso facilitado, na internet (art. 16). Os administradores estão sujeitos a prazos rígidos para a revisão e consolidação: se não o fizerem até 2021, a norma pode deixar de produzir efeitos prejudiciais aos administrados até que a situação seja regularizada (art. 18).

1 Este artigo é uma síntese das conclusões de um artigo mais abrangente sobre o tema, publicado na *Revista Interesse Público*, no início de 2019.

2 Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck. Contato: eduardo.jordao@fgv.br.

3 Bacharel em Direito e Assistente de Pesquisa na FGV Direito Rio. Contato: luiz.cunha@fgv.br.

Ao determinar reanálise do estoque regulatório vigente, o decreto segue uma tendência verificada em jurisdições estrangeiras mais avançadas em termos de governança regulatória, consistente na sistematização e institucionalização de revisões periódicas do estoque regulatório (na expressão corrente em inglês, *regulatory lookback*⁴). Ainda que não tenha determinado a realização de *avaliações retrospectivas dos impactos regulatórios*, trata-se de um passo importante nesse sentido. É que a consolidação e a racionalização do estoque normativo aumentam a transparência e facilitam a identificação de normas defasadas, bem como de seus custos e benefícios por parte das agências reguladoras. O comando do supracitado art. 8º, por exemplo, de que a *necessidade* das normas deve ser *identificada*, é um passo inicial necessário para que essa necessidade identificada seja futuramente *reavaliada*.

Por certo, já existe algum consenso político no Brasil quanto à importância da realização de análise de impactos regulatórios (“AIR”)⁵ *prospectiva* (para o futuro, relativas a medidas ainda não adotadas) na elaboração de normas⁶. Mas a avaliação de impactos *retrospectiva* (para o passado, relativa a medidas já adotadas e em vigor) ainda engatinha do país. Assim, a supracitada iniciativa do Poder Executivo pode ser entendida como mais um passo no sentido do deslocamento de foco de avaliações regulatórias *prospectivas* para análises *retrospectivas*.

Como é fácil perceber, na AIR realizada *antes* da edição da norma, são feitas *projeções* e *simulações* antecipadas de custos e benefícios de uma medida – tarefa árdua e sempre marcada por grandes incertezas. Ainda que as simulações sejam pautadas com o máximo de rigor científico, os resultados das estimativas em um mundo complexo e dinâmico nunca serão próximos da exatidão,

4 COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017.

5 A análise de impacto regulatório é um procedimento que tem como objetivo informar o tomador de decisão sobre a implementação, alteração e manutenção de ações regulatórias, garantindo que as escolhas públicas sejam feitas após uma consideração apropriada das prováveis consequências. RANDAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabricio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: OUP, 2010.

6 Dois diplomas normativos recentes deram destaque à AIR *ex ante*: Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (“Lei Geral das Agências Reguladoras”) e a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”).

porque fatores como respostas estratégicas dos regulados, criação de incentivos perversos para reguladores e regulados e consequências não antecipadas da norma tornam a atividade punitiva estatal inerentemente complexa⁷. Já na AIR feita *após* a implementação de uma medida, é possível a verificação dos seus efeitos no mundo dos fatos, com dados concretos e limitações informacionais menores, inclusive por conta da menor dependência de dados fornecidos pela própria indústria regulada⁸.

Além disso, enquanto a AIR prospectiva é normalmente focada *naquela medida específica de que se cogita*, a AIR retrospectiva tem um viés mais amplo e genérico, de arrumação de uma realidade regulatória e revisão de normas duplicadas, redundantes, defasadas ou que não cumpriram o objetivo a que se destinam⁹. A realização de amplas revisões de estoque regulatório já é realidade em alguns países, e a análise dessas experiências pode informar a introdução das avaliações retrospectivas no Brasil.

2. Experiências Estrangeiras e Brasileiras de Revisão Regulatória

Nos Estados Unidos, onde a análise prospectiva dos impactos regulatórios é feita de forma sistemática, institucional e centralizada na administração federal, é realidade desde a década de 1980¹⁰, a Executive Order nº 13.563 de 2011, do início do governo Obama, inovou ao exigir a realização de AIR retrospectiva. Exigiu-se que as agências reguladoras analisassem e indicassem “regras que podem estar defasadas, inefetivas, insuficientes, ou excessivamente

7 GREENSTONE, Michael. Toward a culture of persistent regulatory experimentation and evaluation. In: MOSS, David; CISTERMINO, John (Ed.). *New Perspectives on Regulation*. Cambridge: The Torbin Project, 2009; SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, 1990; HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. Has economic analysis improved regulatory decisions? *AEI-Brookings Joint Center Working*, n. 7-8, abr. 2007.

8 SUNSTEIN, Cass. The regulatory lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014.

9 Veja-se o caso do Decreto nº 9.757, de 11 de abril de 2019, apelidado de “revogação”, que revogou nada menos que 250 decretos obsoletos: havia até decreto de 1903, já tacitamente revogado há décadas, ainda não efetivamente eliminado do mundo jurídico.

10 EISNER, Marc Allen. *Regulatory politics in an age of polarization and drift: beyond deregulation*. Nova Iorque: Routledge, 2017; HAHN, Robert; SUNSTEIN, Cass. A new executive order for improving federal regulation? Deeper and wider cost-benefit analysis. *AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working*, n. 2-4, 2002; e HAHN, Robert; LITAN, Robert. Counting regulatory benefits and costs: lessons for the U.S. and Europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, p. 473-508, 2005.

onerosas” (Seção 6(a)), para revisão, e foi concedido um prazo de 120 dias para que cada agência apresentasse um plano de revisão periódica das regulações existentes (Seção 6(b)). Editada pouco tempo depois, a Executive Order nº 13.610 de 2012 previu que as agências deveriam continuamente solicitar do público ideias sobre reformas, priorizar as que gerariam impactos significativos; e informar a OIRA (órgão centralizado de revisão daquele país), de maneira contínua, sobre o progresso da análise retrospectiva¹¹, de forma a dar *transparência* aos esforços de revisão. Esse aspecto da experiência americana chama a atenção para a necessidade de tornar o *lookback* não apenas algo pontual, mas *permanente e institucionalizado*; torná-lo rotina administrativa.

Com o início do governo de Donald Trump, foi editada a Executive Order nº 13.771 de 2017, cujo objetivo declarado é frear o fluxo e reduzir o estoque de regulações, fazendo com que as próprias agências que queiram introduzir novas regulações indiquem normas desnecessárias a serem revogadas. Para isso, dois mecanismos foram introduzidos: (i) a regra do “dois para um” (para cada regulação proposta, duas antigas devem ser revogadas para compensar os novos custos); e (ii) os custos totais impostos por todas as agências federais no ano deve ser igual a zero, fixando-se anualmente, para tanto, uma dotação (positiva, negativa ou igual a zero) de custos incrementais por agência. Parece que o novo mecanismo de revisão regulatória americano vem gerando ao menos parte dos efeitos esperados¹², embora seja alvo de críticas¹³.

Na União Europeia, a iniciativa “Smart Regulation Agenda” de 2010 deu especial atenção ao *lookback* regulatório ao instituir o chamado “Evaluate First Principle”, segundo o qual a edição de uma nova regulação deveria ser antecedida por uma avaliação rigorosa das medidas até então existentes para enfrentar o mesmo problema¹⁴. Mas não havia uma agenda ou um cronograma de reavaliação

11 SUNSTEIN, Cass. The regulatory lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014.

12 VINIK, Danny. Trump’s war on regulations is real. But is it working? *Politico*, Arlington, 20 jan. 2018; CREWS JR., Clyde. Trump exceeds one-in, two-out goals on cutting regulations, but it may be getting tougher. *Forbes*, 23 out. 2018.

13 Para algumas dessas críticas, ver MINTZ, Joel. The president’s two for one executive order and the interpretation mandate of the national environmental policy act: a legal constraint on presidential power. *UMKC Law Review*, v. 87, n. 3, p. 681-695, 2019.

14 RÜHL, Giesela. Evaluation of legislative actions in the European Union: the example of private international law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n. 3, p. 433, set. 2017.

continua das regulações¹⁵, razão pela qual foi instituído, em 2015, o REFIT (“Regulatory Fitness and Performance Programme”), com o objetivo de *institucionalizar e profissionalizar* a AIR retrospectiva no âmbito da União Europeia. Nesse programa, foi criado um órgão específico para fazer avaliações e instituída uma plataforma *on-line* por meio da qual qualquer organização interessada e qualquer Estado membro podem apontar regulações para revisão. Desde a sua criação, o programa REFIT já produziu cerca de 200 iniciativas de redução de encargos administrativos cumulativos ou redundantes¹⁶.

Mas também existem desafios institucionais à análise retrospectiva na União Europeia: (i) a competência da Comissão de reavaliar as regulações em vigor não é ampla, como no caso da OIRA, mas definida por cada regulação em concreto, que deve conter “cláusula de avaliação” própria prevendo cronograma para a revisão, o que cria dificuldades de planejamento;¹⁷ além disso, (ii) a Comissão tem dificuldade de coletar dados sobre a efetivação das medidas, já que depende dos Estados-membros para tanto, os quais podem utilizar metodologias diferentes. Daí porque a literatura vem ressaltando a importância de as próprias regulações preverem metodologias específicas sobre como coletar dados para posteriores avaliações retrospectivas¹⁸.

No Reino Unido, o “Enterprise and Regulatory Reform Act”, de 25 de abril de 2013¹⁹, ampliou a abrangência de dois mecanismos normativos que criam incentivos institucionais à revisão e à redução de regulações: as *review clauses* e as *sunset clauses*. A primeira é exigência de que as regulações devem ser periodicamente sujeitas a AIR

16 EUROPEAN COMMISSION. Communication from the commission to the European Parliament, the European Council and the Council - Better regulation: Delivering better results for a stronger Union. Brussels, 14 set. 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-delivering-better-results-stronger-union_sept_2016_en.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

17 Sobre o sistema de reavaliação com base nas “evaluation clauses” de cada norma, ver VOORST, Stijn van. Evaluation capacity in the European Commission. *Evaluation*, v. 23, n. 1, p. 24-41, 2017; e GOLEN, Thomas; VOORST, Stijn. Towards a regulatory cycle? The use of evaluative information in impact assessments and ex-post evaluations in the European Union *European Journal of Risk Regulation*, v. 7, n. 2, p. 388-403, 2016.

18 European Court of Auditors Special Report n° 16: *Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*, 2018. Outras críticas e desafios do programa são explicados em ALEMANNI, op. cit.

19 Acompanhando a nova lei, foi editado um “policy paper” com explicações sobre as principais mudanças: DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS. Enterprise and regulatory reform act policy paper. Jun. 2013. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

retrospectiva. A segunda funciona como uma “data de vencimento” da regulação, que só pode ser renovada após decisão administrativa expressa precedida de uma avaliação retrospectiva de seus impactos.

Por fim, é também digna de nota a experiência canadense. No país, iniciativas federais de revisão regulatória objetivaram tornar a Administração Pública uma “learning organisation”, com revisão contínua de políticas²⁰. O regime de avaliação instituído trouxe uma conexão forte entre as AIR prospectiva e retrospectiva: a primeira já é elaborada com a segunda em mente. Esse processo traz nítidas vantagens: (i) fixa-se, desde logo, como as variáveis serão mensuradas, evitando-se dificuldades e divergências metodológicas entre as AIR prospectivas e retrospectivas; (ii) permite um monitoramento periódico de variáveis previamente fixadas e já avaliadas no AIR *ex ante*; e, assim, (iii) facilita a verificação da efetividade das previsões da AIR inicial, possibilitando o aprimoramento contínuo das técnicas preditivas.

Quanto ao Brasil, vale notar que, antes mesmo do Decreto nº 10.139/19, já havia iniciativas pontuais de revisão do estoque regulatório partindo das agências reguladoras e da Casa Civil, na sua condição de coordenadora das melhores práticas regulatórias na Administração federal. Cite-se, por exemplo, as iniciativas constantes do documento “Gestão do Estoque Regulatório: Iniciativas das Agências Reguladoras Federais”, de 2018, elaborado pela Casa Civil.

Entre as iniciativas mencionadas no relatório, destacam-se: (i) o programa “Guilhotina Regulatória” da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com mecanismos de organização, transparência e racionalização de estoque semelhantes aos previstos mais recentemente no Decreto nº 10.139/2019²¹, (ii) algumas iniciativas isoladas de AIR retrospectivas, como a realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que resultou na revogação da

20 A primeira delas foi a “Federal Policy on Evaluation” de 2009: GOVERNMENT OF CANADA. Federal policy on evaluation, 2009. Disponível em: <<https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12309>>. Acesso em: 14 nov. 2019; em 2016, o programa foi substituído pela “Policy on Results”, que manteve essas linhas gerais e introduziu melhorias na gestão de estoque e avaliação de resultados.

21 Essas iniciativas da ANVISA ganharam, em 2018, o Prêmio FGV Direito Rio de Melhores Práticas em Regulação. FGV Direito Rio, “Conheça os projetos premiados no Prêmio FGV Direito Rio – Melhores Práticas em Regulação”, disponível em: <<https://diretorio.fgv.br/noticia/conheca-os-projetos-premiados-no-premio-fgv-direito-rio-melhores-praticas-em-regulacao>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Res. ANS nº 278/2011; e (iii) a iniciativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANTT) de dar início à elaboração de um guia orientativo interno de avaliação retrospectiva. Além dessas iniciativas, vale mencionar a AIR *ex post* do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) sobre o parâmetro elétrico da tomada de três pinos²², cujo relatório destacou as inúmeras dificuldades informacionais enfrentadas decorrentes da ausência de realização de AIR *ex ante* quand(o da implementação da media, e recomendou o estabelecimento de “indicadores e métodos de monitoramento”;²³ e as Tomadas Públicas de Contribuição (TPC) da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para coletar informações sobre a efetividade e os custos de regulações vigentes e obter sugestões de melhoria, substituição ou revogação²⁴.

Verifica-se que as experiências brasileiras de avaliação regulatória retrospectiva são heterogêneas, e que as agências reguladoras brasileiras não têm, em regra, sistematizado nem normatizado a realização de AIR retrospectivas, embora a experiência envolvendo as AIR prospectivas já seja mais robusta.

3. Conclusão: Sugestões para Institucionalização da AIR Retrospectiva no País

Em suma, é este o desafio que americanos, europeus e canadenses estão enfrentando, e que só agora pode começar a ser levado a sério também no Brasil: como fazer com que as intervenções regulatórias sejam metódica e sistematicamente avaliadas, questionadas, corrigidas e, quando inadequadas, substituídas ou eliminadas. É dizer, transformar toda regulação em experimental e provisória. Nesse sentido, as experiências narradas e o cenário atual brasileiro permitem a formulação de algumas sugestões para instituir no país uma prática constante de avaliação regulatória retrospectiva:

- (i) No mesmo momento em que sejam realizadas AIR prospectivas, sejam também elaborados planos para avaliações *ex post*

22 Nota Técnica nº Dconf/Diape/047/2015 - INMETRO, de 6 de outubro de 2015.

23 Id.

24 Os documentos das nove TPC inauguradas em 2018 e da TPC nº 1/2019 estão disponíveis em: <<http://www.anp.gov.br/consultas-e-audiencias-publicas>>.

contendo métricas e variáveis para serem acompanhadas durante o período de vigência da regulação, bem como previsão do período de tempo adequado para reavaliar a norma;²⁵

- (ii) Elaboração de um guia específico para a orientação de gestores públicos sobre a realização da AIR retrospectiva;²⁶
- (iii) Previsão legal de avaliações periódicas de impacto e eficácia das regulações, a fim de se garantir que os esforços de revisão sejam constantes e tornem-se parte da cultura institucional das agências, na forma proposta pelo projeto de “Lei Nacional da Liberdade Econômica” da Sociedade Brasileira de Direito Público;²⁷
- (iv) Instituição de cronogramas de avaliação de regulações passadas em planos anuais das agências, em especial naqueles previstos nos arts. 17 a 21 da nova Lei nº 13.848/2019.

4. Referências Bibliográficas

ABEELE, Eric Van Den. The EU's REFIT strategy: new bureaucracy in the service of competitiveness? *European Trade Union Institute Working*, Bruxelas, 2014.

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. SEAE/MF. Documento de Trabalho n. 35, p. 30 e ss, dez. 2006,

ALEMANNI, Alberto. How much better is better regulation? Assessing the impact of the better regulation package on the European Union – A research agenda *European Journal of Risk Regulation*, v. 6, n. 3, p. 344-356, 2015.

BRASIL. Casa Civil. Relatório gestão do estoque regulatório: iniciativas das agências reguladoras federais, subchefia de análise e acompanhamento de políticas governamentais da Casa Civil. Maio, 2018. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao-estoque-regulatorio/gestao-estoque-regulatorio-iniciativas-das-agencias-reguladoras-federais>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR. jun. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/>

25 Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos dos países estudados ao realizar uma AIR retrospectiva é monitorar dados e variáveis relevantes, o que é ilustrado pelo caso da União Europeia, que tem dificuldade de obter dados uniformes dos Estados membros quando não traça previamente a forma de monitorá-los, e da ARR da tomada de três pinos.

26 O Guia Orientativo de AIR da Casa Civil, publicado em junho de 2018, embora detalhado e abrangente no tocante à AIR prospectiva, não apresenta o mesmo grau de aprofundamento quando trata da retrospectiva (chamada pelo guia da Avaliação de Resultados Regulatórios – ARR).

27 Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Economica-FGV-Direito-SP-sbdp-versao-final-04.04.19.docx.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. CADE. Relatório Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”. Relatório do Departamento de Estudos Econômicos. Maio, 2018. Disponível em: <https://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017.

CREWS JR., Clyde. Trump exceeds one-in, two-out goals on cutting regulations, but it may be getting tougher. *Forbes*, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/waynecrews/2018/10/23/trump-exceeds-one-in-two-out-goals-on-cutting-regulations-but-it-may-be-getting-tougher/#10940fd3d404>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS. Better regulation framework manual. Jul. 2013. Disponível em: <<http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/UK-better-regulation-framework-manual-guidance-for-officials-July-2013.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS. Enterprise and regulatory reform act policy paper. Jun. 2013. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

EISNER, Marc Allen. *Regulatory politics in an age of polarization and drift: beyond deregulation*. Nova Iorque: Routledge, 2017.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the commission to the European Parliament, the European Council and the Council - Better regulation: Delivering better results for a stronger Union. Brussels, 14 set. 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-delivering-better-results-stronger-union_sept_2016_en.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the commission to the European

Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions - Smart regulation in the European Union. Disponível em: <<https://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

EUROPEAN COURT OF AUDITORS. Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete. 2018. Disponível em: <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_16/SR_BETTER_REGULATION_EN.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e agências*

- reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.
- GOLEN, Thomas; VOORST, Stijn. Towards a regulatory cycle? The use of evaluative information in impact assessments and ex-post evaluations in the European Union *European Journal of Risk Regulation*, v. 7, n. 2, p. 388-403, 2016.
- GOVERNMENT OF CANADA. Federal policy on evaluation. 2009. Disponível em: <<https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/audit-evaluation/centre-excellence-evaluation/evaluation-2009-policy-evaluation.html#toc-exec>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- GREENSTONE, Michael. Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation. In: MOSS, David; CISTERNINO, John (Ed.). *New Perspectives on Regulation*. Cambridge: The Torbin Project, 2009.
- HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. Has economic analysis improved regulatory decisions? *Journal of Economic Perspectives*, v. 22, n. 1, p. 67-84, 2008.
- HAHN, Robert; LITAN, Robert. Counting regulatory benefits and costs: lessons for the U.S. and Europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, p. 473-508, 2005.
- HAHN, Robert; SUNSTEIN, Cass. A new executive order for improving federal regulation? Deeper and wider cost-benefit analysis. *AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working*, n. 2-4, p. 13 e ss, 2002.
- MENEGUIN, Fernando Boarato; BIJOS, Paulo Roberto Simão. *Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2016.
- MINTZ, Joel. The president's two for one executive order and the interpretation mandate of the national environmental policy act: a legal constraint on presidential power. *UMKC Law Review*, v. 87, n. 3, p. 681-695, 2019.
- OCDE. Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA) Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- OCDE. Regulatory policy outlook 2015: Germany. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Germany-web.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- OCDE. Closing the regulatory cycle: effective ex post evaluation for improved policy outcomes. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Proceedings-9th-Conference-MRP.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- OLIVEIRA, Rafael. Governança e análise de impacto regulatório. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Salvador, n. 29, fev./mar./abr. 2012.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 513-536, 2018.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RANDAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabricio. Regulatory impact assessment.

- In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.) *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: OUP, 2010.
- RÜHL, Giesela. Evaluation of legislative actions in the European Union: The Example of Private International Law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n. 3, p. 433, set. 2017.
- SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.
- SUNSTEIN, Cass. *Simpler: the future of government*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2013.
- SUNSTEIN, Cass. The regulatory lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014.
- VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2010.
- VINIK, Danny. Trump's war on regulations is real. But is it working? *Politico*, Arlington, 20 jan. 2018; CREWS JR., Clyde. Trump Exceeds One-In, Two-Out Goals on Cutting Regulations, but It May Be Getting Tougher. *Forbes*, 23 out. 2018.
- VOORST, Stijn van. Evaluation capacity in the European Commission. *Evaluation*, v. 23, n. 1, p. 24-41, 2017.
- WILLWACHER, Hanna. The evaluation of German federal laws in theory and praxis. Institute for Regulatory Impact Assessment and Evaluation, 18 maio 2017. Disponível em: <http://www.foev-speyer.de/files/de/beratung/RIAGermanFederalLaws_Willwacher.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- ZIEKOW, Jan; PIESKER, Axel; KATZ, Dieter; WILLWACHER, Hanna. Evaluierung des Rechtsextremismus-Datenschutz-Gesetzes nach Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus vom 20. *Bundestag*, German, 2015. Disponível em: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/080/1808060.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

2

Floriano de Azevedo Marques Neto

Regulação e Liberdade Econômica: Uma Contradição Necessária

Regulação e Liberdade Econômica: Uma Contradição Necessária

*Floriano de Azevedo Marques Neto*²⁸

1. Introdução

As Leis n.ºs 13.874/2019 (Estatuto da Liberdade Econômica) e 13.848/2019 (Lei das Agências reguladoras Federais) trazem novos quadrantes para o exercício da função reguladora. Pois, se, de um lado, reforçam a necessidade de uma intervenção indireta estatal no domínio, de outro, estabelecem um necessário racional decisório às medidas que possam importar em qualquer ablação de direitos dos agentes econômicos. Para além disso, tem-se que os novos diplomas terão o desiderato de estabelecer novas e interessantes agendas de pesquisa a propósito da aparente contradição entre a regulação e a liberdade de iniciativa.

Cuida-se de uma contradição, apenas, aparente. De fato, especialmente de acordo com as linhas de pesquisa estadunidenses (pautada por um viés liberalizante), sempre se defendeu o entendimento segundo o qual a regulação seria, *per se*, antípoda ao livre exercício do mercado. Partia-se de dois pressupostos que não se sustentam mais. O primeiro de que o mercado prescindira de qualquer intervenção reguladora para disciplinar o adequado atuar dos agentes econômicos. A crise econômica de 1929 (materializada pela quebra de bolsa de Nova Iorque) e crise dos *subprimes* de 2008 colocaram em xeque o dogma da “infalibilidade do mercado”. O segundo dizia respeito à crença sobre a qual os agentes econômicos sempre atuavam no mercado, de forma racional, buscando a maximizar seus interesses. O pilar da “racionalidade ilimitada” também cedeu à regulação dos contratos incompletos (*Incomplete Contracts Economics*) e às evidências trazidas pelos estudos caudatários da economia comportamental (*Behavioral Economics*).

Seguiu daí uma nova agenda de pesquisas a propósito do exercício da função reguladora. Malgrado se trate de uma intervenção

²⁸ Professor Titular de Direito Administrativo da USP. Professor do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio.

necessária, fato é que ela não pode ser intrusiva a ponto de aniquilar liberdades individuais. Mais que isso, por se tratar de medida interventiva, há que se estabelecer parâmetros, a partir dos quais essa função passará a ser abusiva (sob um viés e irracionalidade e de produção de externalidades negativas) ou, até mesmo, despidianda. Daí a necessidade de se estabelecer uma racionalidade à função reguladora.

É, pois, nesse cenário que se insere esse breve ensaio, que reflete, com alguns acréscimos, a minha intervenção, no IV Seminário de Integração FGV (Fundação Getúlio Vargas) Direito Rio e Faculdade de Direito da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro): Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação. Em resumo, ele tem por fim demonstrar em que medida o Estatuto da Liberdade Econômica e a Lei das Agências Reguladoras Federais trazem um ferramental para o estabelecimento de limites ao exercício da função reguladora. Para tanto, apontarei o aparente antagonismo entre a regulação e a liberdade econômica, desmistificando dogmas de outrora. Em prosseguimento, trarei alguns parâmetros doutrinários e jurisprudências, por intermédio dos quais foram estabelecidos limites à tal modalidade de intervenção estatal na economia. E, por fim, ressaltarei como alguns dos instrumentos trazidos pelas Leis nºs 13.874/2019 (Estatuto da Liberdade Econômica) e 13.848/2019 (Lei das Agências reguladoras Federais) caminham na firme trilha de colaborar para uma boa regulação no Brasil.

2. A aparente Contradição entre a Regulação e a Liberdade Econômica

Como dito, já se defendeu que existiria uma contradição aparente entre regular e o exercício da liberdade de iniciativa. O tema, porém, é um tanto mais sofisticado. E merece outras ordens de reflexão. Pois, se, de um lado, a regulação poderá importar em restrições ao livre atuar de agentes de mercado (seja pela sua intrusividade, seja pela sua eventual captura), de outro, serve de móvel para o estabelecimento de relações econômicas. Assim, cite-se, por exemplo, a regulação endógena, contratual, que tem por característica tonar relações jurídicas exigíveis (*o pacta sunt servanda*). Mais

que isso, atualmente, não há que se falar em contratos de prazo longo (a exemplo de concessões, parcerias público-privadas, arrendamentos) que não sofram influxos regulatórios, notadamente, por intermédio do estabelecimento de índices de desempenho, matrizes de riscos, metodologias de reequilíbrio, dentre outros aspectos inerentes a ajustes que, à luz da Teoria dos Custos de Transação, são deliberadamente incompletos.

Isto porque a metodologia regulatória possibilita que os interesses potencialmente conflitantes em contratos de longo prazo possam ser equacionados, por intermédio de um devido procedimento participativo. Assim é que, como bem observado por Jorge Alves Correia e Ana Carolina Costa Leitão²⁹, “a regulação constitui, assim, um *upgrade* relativo à ‘publicização’, captando o fenômeno da contratação no universo jurídico-privado, de forma mais ampla, profunda e atual”. É o que Pedro Gonçalves³⁰ denomina de “contrato privado como objeto de regulação administrativa”. De acordo com o referido autor, “o trabalho das autoridades administrativas de regulação, dotadas de amplos poderes normativos, acabou, em certas áreas da economia, por conduzir a um fenômeno de administrativização do contrato privado ou, como alguns também assinalam, a uma parcial substituição do direito privado do contrato pelo direito da regulação”.

De outro lado, não se pode olvidar as externalidades positivas provocadas pela incidência de regulação em setores outrora explorados, de forma monopólica, por intermédio de empresas estatais³¹. Pois, com o incremento das inovações tecnológicas e com a desconstituição de monopólios naturais, teve lugar o advento

29 CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.

30 GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.

31 Se essa é uma situação desejável, porquanto se apresenta como a única para oportunizar a prestação do serviço público, por outro lado, ela confere ao prestador do serviço público o monopólio da rede de infraestrutura da qual depende de se conectar para exercer suas atividades, outros agentes privados ou mesmo públicos. Daí que, sob pena de importar em abusos concorrenciais, como os ocasionados pela barreira ao ingresso de novos entrantes em mercados que dependam dessa rede básica, ou em ineficiência para todo o sistema, tal infraestrutura, que assume o papel de *facility*, passa a demandar uma regulação específica, revelando o ponto de toque que aproxima a lógica dos monopólios naturais e a teoria das essenciais *facilities*. STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 223.

de uma regulação pró concorrência, precisamente para disciplinar a equânime disputa de novos mercados de novos entrantes. Impôs, pois, a mudança estrutural de uma *concorrência pelo mercado* para a *concorrência no mercado*. Tal modalidade de intervenção regulatória motivou a desverticalização de segmentos de serviços públicos antes explorados, por intermédio de um regime jurídico único. A tônica foi a de instituir uma assimetria regulatória³² entre diversos segmentos, nos quadrantes da sua abertura à concorrência – de que são exemplos os regimentos concorrenciais assimétricos instituídos nos segmentos da geração, transmissão, distribuição e de comercialização no setor elétrico e entre os exploradores do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e os Concessionários do Serviço de Telefonia Fixo Comutado (STFC)³³.

Assim é que, para além de fomentar a liberdade econômica pela instituição de assimetria regulatórias setoriais, a regulação, nos últimos anos, se prestou a tutelar esse valor, por intermédio da disciplina de contratos de compartilhamento de infraestrutura. De fato, a separação regulatória entre o detentor de uma infraestrutura essencial e os exploradores de atividades públicas criou um novo padrão regulatório, pautado em um dever de contratar, que possibilitou o ingresso de novos entrantes, em prestígio à liberdade econômica, e não à sua obliteração.

Nesse quadrante, foi assaz recorrente que o regulador disciplinasse os termos de contratos de direito privado celebrados entre concessionários de serviços públicos, notadamente no que toca ao compartilhamento de infraestruturas (*essential facilities*). Em Telecomunicações, por exemplo, o tema tem previsão no art. 73 da Lei nº 9.472/1997. De acordo com Carlos Ari Sundfeld³⁴, esse dispositivo

32 Como já se teve a oportunidade de asseverar que “a maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para a exploração da atividade específica (necessidade de prévia licença – concessão, permissão, ou autorização, conforme o caso)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005.

33 É dizer, à luz do disposto no artigo 65 da Lei nº 9.472/1997, que poderá ser prestado, sob distintos regimes regulatórios, assimetria que teve a sua constitucionalidade placitada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria de votos, na decisão proferida na ADI nº 1.668/MC.

34 SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jun. 2001.

outorga ao regulador a competência para estabelecer “os limites físicos para a destinação do espaço nos postes para outros serviços, bem como os cuidados técnicos que, em atenção à segurança e qualidade do serviço elétrico, devem ser observados na instalação e manutenção dos cabos e equipamentos de terceiros³⁵”. A fim de disciplinar esse dispositivo, foi editada a Resolução Conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP), que aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Esse normativo veio a disciplinar o denominado “Contrato de Compartilhamento de Infraestrutura”, negócio jurídico de direito privado celebrado entre as concessionárias dos referidos setores regulados, os quais têm o seu regramento delineado pela regulação.

Daí já se pode evidenciar que, em vez de ser contrária à liberdade econômica, a função reguladora, com a mudança dos quadrantes interventivos do Estado no Domínio Econômico, serviu como um de seus principais propulsores. Mas isso não importa dizer que não devam ser estabelecidos limites à tal função, precisamente para que ela não aniquile o núcleo da liberdade de iniciativa. É disso que se vem ocupando a legislação estrangeira, a doutrina a jurisprudência, como demonstrarei no próximo item.

3. A Necessária Racionalização da Atividade Regulatória

O exercício da função reguladora deve partir de um pressuposto inarredável de que as intervenções do Estado no domínio econômico não são neutras. É dizer, geram externalidades positivas e negativas para o setor privado.

35 Ao comentar o referido contrato, Alexandre Santos de Aragão assevera que o compartilhamento tem, portanto, natureza de contrato privado, mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade da vontade, no princípio da relatividade e no caráter essencialmente privatístico. Há uma limitação administrativa da liberdade de contratar: trata-se se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública). ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 472-473.

Não é por outra razão que, em diversos países, foram instituídos programas governamentais, com o desiderato de aferir os custos produzidos pela intervenção regulatória. No âmbito do Reino Unido, destaca-se o programa de governo que impôs a regra “*One in, Two out*” (OIOO)³⁶, que, basicamente, prescrevia que, para cada ingresso no ordenamento jurídico de um novo normativo (criador de custos regulatórios), predicava-se a exclusão de dois normativos já existentes. Também nos Estados Unidos, são exemplos de implementação de políticas públicas de avaliação dos custos regulatórios a *Regulatory Planning and Review*, o *Unfunded Mandates Act*, o *Improving Regulation and Regulatory Review*, dentre outras.

Do mesmo modo, em âmbito doutrinário, atualmente, umas das principais vertentes da análise qualitativa da intervenção regulatória diz, justamente, com uma avaliação dos custos regulatórios, como se extrai da Teoria da *Responsive Regulation*. De acordo com uma de suas nuances, expostas por Ayres e Braithwaite, os reguladores não devem primar por intervenções coercitivas, considerando os altos custos impostos por uma regulação verticalizada, notadamente os de fiscalização³⁷. Em igual direção, a Organização para Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao apontar as melhores práticas regulatórias, prescreve que a regulação não terá atingido o seu objetivo: “*if Creates unnecessary costs through fruitless administration and implementation*”³⁸. Observando a mesma tendência, cite-se o *Regulatory Fitness* (REFIT), elaborado pela Comissão Europeia, de 2012, que foi editado com o objetivo de simplificar a legislação europeia, reduzindo os custos regulatórios dos normativos transnacionais³⁹.

O tema não passou despercebido pelo sistema constitucional brasileiro, que veicula uma arquitetura constitucional consagrada do princípio da liberdade de iniciativa, que é fundamento da República e princípio estruturante da ordem econômica (arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB). Cuida-se de um direito que, como bem observado por Luís Cabral de Moncada⁴⁰ “deve se ter presente que o texto cons-

40 MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. p. 140141.

titucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente”.

Assim é que um primeiro limite à intervenção regulatória estatal é o plexo de atividades que podem ser exercidas, pelo particular, por direito próprio. Nesse quadrante, como já tive a oportunidade de asseverar⁴¹, a intervenção estatal tem um limite (horizontal), o qual está relacionado à existência de limites aos setores, ou campos da atividade econômica, que podem ser objeto de incidência regulatória direta, em razão do princípio da subsidiariedade;⁴² e, de outro lado, deve se circunscrever a um segundo limite (vertical), que tem por fim analisar quais os limites constitucionais para o exercício das competências regulatórias à luz do princípio da proporcionalidade⁴³. Em sentido semelhante, Egon Bockmann Moreira⁴⁴ leciona que a intervenção do Estado na economia deve observar três diretrizes: (i) rejeitar a superfluidade (sendo interdita a edição de preceitos irrelevantes); (ii) ser transparente da demanda social e da sua essencialidade (demonstrando falhas estruturais, ou pontos de estrangulamento de determinado setor); e (iii) deve apresentar uma relação de eficiência

41 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia - RDE*, Belo Horizonte, n. 1, p. 69-93, mar. 2013.

42 Sílvia Faber Torres, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: “Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça.” TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152.

43 Esse parece ser o entendimento de Alexandre Santos de Aragão: “O grande desafio é coordenar sem tirar a independência. Temos o princípio da proporcionalidade atuando aqui, pelo qual se deve escolher um meio adequado para realizar o fim visado, no nosso tema, o meio adequado para realizar a necessidade de coordenação. Dentre esses meios adequados – e aí vem o elemento necessidade da proporcionalidade –, tem que se escolher o meio menos restritivo à autonomia da agência. Do ponto de vista da adequação, o objetivo a ser visado é a necessidade de coordenação, não a substituição da instância regulatória; e mesmo sendo só para a coordenação, o instrumento a ser adotado tem de ser a forma menos restritiva à independência. O segundo pressuposto, que é paradoxal em relação ao primeiro, é de manter ao máximo possível a independência das agências reguladoras que já forem especialmente autônomas. Dar ou não independência não vai ser uma decisão do órgão responsável pela AIR. Trata-se de decisão legislativa já tomada” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório – AIR. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. p. 13. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdICntd=70676>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

44 MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 9-26, out./dez. 2006.

jurídica e econômica (de sorte que os custos do processo interventivo sejam inferiores aos benefícios por ele gerados). Luís Roberto Barroso⁴⁵, por sua vez, ao comentar o ato de controle de preços pelo Estado – que se configura como um dos atos mais interventivos no núcleo da liberdade de iniciativa –, afirma que essa modalidade de intervenção estatal na economia seria admissível: (i) se observar o princípio da razoabilidade; (ii) como medida excepcional, que pressuponha uma situação de anormalidade; (iii) desde que limitada no tempo; e (iv) desde que, em nenhuma hipótese, imponha a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado.

Nosso país é prenhe de exemplos de regulações que produzem externalidades negativas, ou, mais que isso, que produzem as denominadas “falhas da regulação”⁴⁶ – não raras as vezes, reconhecidas, pelo Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas oportunidades, declarou a inconstitucionalidade de normativos que embaraçavam o exercício da liberdade de iniciativa. Assim, por exemplo, cite-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 449⁴⁷, por intermédio da qual aquela corte considerou inconstitucional os arts. 1º e 2º da Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016, que dispõem sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza. De acordo com o Voto condutor do Ministro Luiz Fux, considerando os impactos positivos que sua preservação tem para a economia, a livre iniciativa deve ser a regra no mercado, devendo eventuais restrições serem submetidas a um rigoroso teste de proporcionalidade, pesando sobre o Poder Público o ônus de justificação regulatória da medida, baseado em elementos empíricos que a justifiquem.

45 BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, ago. 2001.

46 SUNSTEIN, Cass. *After rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator: Min. Luiz Fux, DJ: 8/5/2019.

Em outra oportunidade, o STF caminhou na mesma direção ao declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro⁴⁸, que tinha por objeto estabelecer a obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados. De acordo com o Voto do Ministro Luis Roberto Barroso, que veio a prevalecer “a lei a pretexto de proteger os consumidores não atende ao princípio da proporcionalidade nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito”. E conclui “nos países que, a exemplo do Brasil, adotam como um dos fundamentos da República a livre-iniciativa (CRFB, art. 1º. IV), a regra é que as decisões sobre comportamentos econômicos sejam tomadas descentralizadamente, por indivíduos e empresas, e não centralizadamente pelo Estado”.

Cite-se, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 855⁴⁹, que teve como objeto o exame da constitucionalidade de Lei do Estado do Paraná, que obrigava a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializavam Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), dos botijões de gás, à vista do consumidor. Ao apreciar tal ação, o STF se manifestou no sentido de que, em vez de proteger os consumidores, tal regulação importaria em seu desfavor, já que aumentaria o preço do botijão de gás. No mesmo sentido, é de se destacar o Recurso Extraordinário (RE) nº 193.749⁵⁰, no qual se examinou incidentalmente a constitucionalidade de Lei do Município de São Paulo, que interditava a instalação de drogarias a uma distância inferior a 200 metros umas das outras. Em sede de controle difuso, o STF reputou inconstitucional o normativo, por importar em restrição à concorrência, pois que elevada a concentração desse mercado.

Há, portanto, de se concluir esse item no sentido de que, a despeito de a regulação servir para o desenvolvendo de atividades econômicas, tal função predica de uma adequada racionalização (que tem lugar na sua incidência subsidiária e proporcional), como contribuirão as Leis nºs 13.874/2019 (Estatuto da Liberdade Econô-

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907. Relator: Alexandre de Moraes. Rel. p/ acórdão: Min. Luis Roberto Barroso. DJ: 1/8/2017.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855. Relator: Min. Octávio Gallotti. Redator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ: 6/3/2008.

50 STF, RE nº 193.748-1. Relator: Carlos Velloso, Redator p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa; DJ 4/6/1998.

mica) e 13.848/2019 (Lei das Agências reguladoras Federais), que doravante apontarei no próximo e derradeiro item deste ensaio.

4. O Estatuto da Liberdade Econômica e a Lei das Agências Reguladoras como Instrumentos de Racionalização da Atividade Reguladora

As Leis n^os 13.874/2019 (Estatuto da Liberdade Econômica) e 13.848/2019 (Lei das Agências reguladoras Federais) trazem importantes instrumentos que visam a conferir racionalidade à regulação (interditando excessos interventivos antípodas à liberdade econômica). A Lei das Agências Reguladoras disciplina um aspecto mais procedimental, uma camada mais saliente, mas endereça questões importantes sobre a racionalização das decisões regulatórias. O Estatuto da Liberdade Econômica, por sua vez, estabelece limites ao exercício desproporcional da intervenção reguladora. Bem-vindo, pois, os referidos normativos; afinal, a regulação não é uma questão de voluntas, mas de prudência. Em termos objetivos: há de se pensar antes de se regular.

O primeiro instrumento digno de nota é o já conhecido instituto da Análise de Impacto Regulatório (AIR), previsto no seu art. 6^o. Trata-se de “um procedimento de racionalização dos processos decisórios, por meio do qual se informa os tomadores de decisão quanto a melhor maneira de se regular – e até mesmo se regular é a opção adequada –, de modo a atender aos objetivos estabelecidos nas políticas públicas⁵¹”. No âmbito do referido procedimento, são apresentados, *ex ante* e mediante a utilização de dados empíricos⁵², os problemas a serem enfrentados pela futura regulação; as opções disponíveis à adoção de determinada medida regulatória; e as consequências da regulação⁵³. Não se trata de instrumento que visa a

51 SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória. 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20ouma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

52 ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. 2006. p. 25. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

53 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, pp. 173-203, out./dez. 2011.

substituir a decisão do regulador, mas de um procedimento que tem por objetivo informar o seu processo decisório⁵⁴.

Nessa qualidade, tal instrumento produz os seguintes efeitos positivos: (i) reduz o número de exigências regulatórias repetidas; (ii) gera previsibilidade das futuras regulações; e (iii) contribui para a avaliação da necessidade da própria intervenção regulatória⁵⁵. Daí poder-se afirmar que a AIR confere racionalidade ao processo de tomada de decisão do regulador⁵⁶. Com esse propósito, são analisados os custos e benefícios do exercício da regulação, por meio do preenchimento de um relatório analítico – na forma de uma lista de verificação (*checklist*), que visa a orientar o exercício da regulação⁵⁷. Daí a necessidade de se trazer a obrigatoriedade da instituição desse expediente em uma lei geral. Cuida-se de uma necessidade que já foi constada, inclusive, pela OCDE⁵⁸ e pelo Tri-

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75973>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

54 ALBUQUERQUE, op. cit., p. 26.

55 Segundo Alketa Peci, a Análise de Impacto Regulatório é amplamente adota em âmbito internacional, especialmente em países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Percebe-se também que há uma tendência crescente da adoção da AIR por outros países ao redor do mundo. Peci, Alketa. Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro. *XIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Salvador, p. 1, 27 a 30 oct. 2009.

56 SALGADO, op. cit.

57 Já tivemos a oportunidade de conceituar esse instrumento, como: “Nesse passo, é possível, considerando o até aqui exposto, propor o seguinte conceito de AIR: trata-se de procedimento administrativo participativo – que será aberto às contribuições do setor regulado –, que, por meio de análises consequencialistas de dados empíricos – os quais serão utilizados para a aferição dos efeitos endógenos e exógenos de determinada regulação –, visa a conferir racionalidade aos “motivos” dos atos administrativos produzidos pelo regulador. Trata-se de procedimento administrativo, pois se configura como uma sucessão encadeada de atos – audiências públicas, consultas públicas e análises técnicas – para a obtenção de um ato administrativo; participativo, porque, para seu aperfeiçoamento, necessita da participação do setor regulado afetado pela proposta regulatória; consequencialista, porque impõe ao regulador a avaliação dos impactos econômicos e sociais de suas decisões; confere racionalidade aos “motivos” dos atos administrativos, porquanto confere substratos fáticos e jurídicos para edição do ato regulatório. FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de impacto regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014.

58 Ao examinar o cenário regulatório brasileiro, a OCDE já se manifestou, em 2008, pela necessidade de implementação de AIR no país. Para tanto, apresentou um catálogo de elementos que deveriam ser respeitados na implementação do instituto: (i) que estivesse submetida a um órgão fiscalizador central, que poderia ser a Casa Civil; (ii) instituição de AIR por atos normativos, sejam leis, decretos ou outras; (iii) implementação de consulta pública no curso dos processos de análise de impacto regulatório; (iv) estabelecimento de uma metodologia para os AIR, inclusive com o aperfeiçoamento dos questionários a serem respondidos; (v) definição de quais projetos de atos normativos estariam submetidos a AIR; (vi) adoção de mecanismos de fiscalização e análise do estoque regulatório já vigente; e (vii) permitir a transparência e participação social na implementação do instituto (OCDE.

bunal de Contas da União (TCU), por ocasião da apreciação dos Acórdãos nºs 2261/2011 e 240/2015.

Ainda no referido diploma, destaque-se os institutos da Agenda Regulatória e do Plano de Gestão (arts. 17 e ss), que são instrumentos por intermédio dos quais a entidade reguladora, ao planejar sua atuação, confere segurança jurídica aos subsistemas regulados⁵⁹. É que a intervenção reguladora, como função da Administração, excepcionadora da liberdade absoluta de iniciativa, deve decorrer de um conjunto vinculado de ações interligadas, orientada por um planejamento, que servirá de instrumento de coordenação entre as ações administrativas. Cuida-se de uma obrigação que decorre do próprio art. 174 da CRFB, fonte primeira da regulação, o qual prescreve que o planejamento é indicativo para o setor privado, mas mandatário para o setor público⁶⁰.

A Lei da Liberdade Econômica, por sua vez, para além de estabelecer limites à regulação intrusiva em atos de liberação (de que trata o art. 170, parágrafo único, da CRFB), para o que aqui importa, prevê um instituto que visa a coibir a irracionalidade da regulação: o abuso do poder regulatório (previsto em seu art. 4º).

Tenho para mim que se trata de um instituto que positiva o abuso de direito, no âmbito da função normativa da Administração Pública, que importe em restrições indevidas à liberdade de iniciativa. Ou, como bem posto por José Vicente Santos de Mendonça⁶¹,

Fortalecendo a governança para o crescimento – Relatório sobre a reforma regulatória. Brasília, 2008. Disponível em: www.biblioteca.presidencia.gov.br. Acesso em: 14 nov. 2019.). Em 2018, ao editar um novo relatório sobre o Brasil, a OCDE reconheceu os avanços nessa matéria, mas, ainda assim, reforçou a necessidade de se expandir, progressivamente, o uso do instituto, inclusive para todas as normas que afetem a infraestrutura, não só as de natureza regulatória (OCDE. Relatórios econômicos OCDE. 2018, p. 84. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/brasil-ocde/eventos/2018/ocde-lanca-survey-economico-de-2018-sobre-o-brasil-1/ocde-lanca-survey-economico-de-2018-sobre-o-brasil-survey_2018.pdf). Acesso em: 14 nov. 2019.)

59 GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002. p. 225.

60 Para Marcos Juruena Villela Souto, o planejamento visa, pois, dar organicidade à intervenção, tornada esta atividade vinculada. Fundamental se faz lembrar que o papel do Estado no Direito Moderno é estimular o desenvolvimento da sociedade, observado o princípio da livre iniciativa, cabendo ao Estado zelar para que esse desenvolvimento ocorra, ainda que ele próprio tenha que exercer as ações consideradas indispensáveis a esse fim. (SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16).

61 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2019. p. 213.

“a regulamentação da legislação de direito econômico que, mercê de complementá-la, acaba por restringir injustificadamente alguma garantia da liberdade de iniciativa”.

Mais que isso, confere consequências jurídicas às falhas da regulação. Tais imperfeições são compostas por ações inadequadas e omissões não razoáveis, as quais podem ser provocadas por uma série de fatores, dentre os quais: (i) o negligenciamento de riscos existentes; (ii) análises de custo-benefício inadequadas; (iii) desvio de finalidades normativas, em razão de expectativas populares; e (iii) da má alocação de recursos públicos⁶². Nesse sentido, Cass Sunstein⁶³ afirma que “o processo de regulação nem sempre tem produzido bons resultados. Muitas vezes, estatutos são mal concebidos, ora porque agravam o problema que se destinam a resolver, ora porque, durante a sua execução, apresentam consequências que não haviam sido previstas”. Por isso, ainda segundo o autor, o processo regulatório “pode ser menos benéfico do que deveria, produzindo falhas de governo tão ou mais onerosas do que a deficiência do mercado que demandou a regulamentação”.

Isto porque a regulação é composta pelas seguintes fases, necessariamente, interdependentes: (i) por uma finalidade, ou seja, um fim a ser alcançado – econômico, social ou comportamental; (ii) pela escolha das variáveis que serão reguladas para o atingimento dessa finalidade (v.g. preço, qualidade, informação, entrada, quantidade); e (iii) pela edição de uma medida regulatória que imponha, após a ponderação dos interesses setoriais, condutas aos agentes regulados. Nesse quadrante, ausente quaisquer dessas três frases, não há que se falar no legítimo exercício da regulação, ou, no limite, restará configurado o exercício abusivo da regulação de que trata o art. 4 da Lei nº 13.874/2019.

Assim é que são exemplos de regulações que poderão ser objeto de questionamentos, a partir da vigência do novel diploma,

62 ORBACH, Barak. What is government failure. *Yale Journal on Regulation Online*, New Haven, n. 30, p. 56, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2219709>>. Acesso em: 15 ago. 2015. Em sentido semelhante, Cass Sunstein afirma que *é falha a norma regulatória que produz significativos efeitos colaterais, custos muito maiores do que os benefícios, ou que incorpora interesses de grupos privados não defensáveis em termos de fins públicos.* (SUNSTEIN, op. cit., p. 85.)

63 SUNSTEIN, op. cit., p. 87.

aquelas que interditem o advento de novas tecnologias (como a Uber, o Netflix, o WhatsApp); que aumente os custos de transação, sem demonstração de benefícios (para o que será serviente a realização de uma prévia Análise de Impacto Regulatório); exijam especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado, como sói em procedimentos licitatórios, que veiculem cláusulas restritivas da participação de licitantes; restrinja o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal, a exemplo do que se passa com as diversas Resoluções da ANVISA, que interditam a realização de propagandas de produtos que podem provocar impactos à saúde humana.

Em resumo, tais institutos trazidos pelos novéis diplomas reconduzem à necessidade do estabelecimento de novos limites ao exercício da função reguladora, abrindo-se novas frentes de pesquisa nessa seara.

5. Conclusões

A regulação das atividades é algo inarredável, seja pela complexidade da sociedade moderna, seja pela insuficiência da atividade legiferante. Daí por que se discutir a necessidade da regulação virou algo *démodé*, esquecido em outro tempo. Nesse novo cenário, sobretudo após a edição das Leis n.ºs 13.874/2019 (Estatuto da Liberdade Econômica) e 13.848/2019 (Lei das Agências reguladoras Federais) longe ser vedada, a intervenção reguladora terá um regime mais equilibrante do que proibitivo; vai passar por uma reconstrução cognitiva limitada pela proporcionalidade e pela subsidiariedade. Assim se espera.

6. Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Kévia Frota de. A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. 2006. p. 25. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório – AIR. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. p. 13. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/>>

- PDI0006.aspx?pdiCntd=70676>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 472-473.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford SocioLegal Studies. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 20-26.
- BALDWIN, Robert et al. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2. ed. New York: Oxford University Press Inc., 2012. p. 247.
- BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, ago. 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator: Min. Luiz Fux, DJ: 8/5/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907. Relator: Alexandre de Moraes. Rel. p/ acórdão: Min. Luis Roberto Barroso. DJ: 1/8/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855. Relator: Min. Octávio Gallotti. Redator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ: 6/3/2008.
- CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.
- FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de impacto regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014.
- GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002. p. 225.
- GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019. p. 213.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia - RDE*, Belo Horizonte, n. 1, p. 69-93, mar. 2013.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. p. 140141.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 9-26, out./dez. 2006.

- OCDE. Fortalecendo a governança para o crescimento – Relatório sobre a reforma regulatória. Brasília, 2008. Disponível em: www.biblioteca.presidencia.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- OCDE. Relatórios econômicos OCDE. 2018, p. 84. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/brasil-ocde/eventos/2018/ocde-lanca-survey-economico-de-2018-sobre-o-brasil-1/ocde-lanca-survey-economico-de-2018-sobre-o-brasil/survey_2018.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- OECD. *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance*. Paris: OECD, 2000. p. 42.
- ORBACH, Barak. What is government failure. *Yale Journal on Regulation Online*, New Haven, n. 30, p. 44-56, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2219709>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro. *XIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Salvador, p. 1, 27 a 30 oct. 2009.
- SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória. 2010. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20Uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16.
- STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 223.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jun. 2001.
- SUNSTEIN, Cass. *After rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152.
- UNITED KINGDON. One-in, two-out: statement of new regulation. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/collections/one-in-two-out-statement-of-new-regulation>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

3

Valter Shuenquener de Araujo

**Lei da Liberdade
Econômica.
Tendências e Desafios
no Novo Marco
Regulatório da
Livre Iniciativa**

Lei da Liberdade Econômica. Tendências e Desafios no Novo Marco Regulatório da Livre Iniciativa

Valter Shuenquener de Araujo⁶⁴

1. Uma Nova Forma de Pensar a Livre Iniciativa

Em 20 de setembro de 2019, a Medida Provisória (MP) nº 881/2019 foi convertida na Lei nº 13.874/2019, Lei de Liberdade Econômica, despontando como uma luz no fim do túnel em um período marcado por uma superposição e irracionalidade no controle estatal da atividade econômica e por índices pouco favoráveis na economia brasileira, marcados pelos níveis de desemprego elevados⁶⁵, o baixo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB)⁶⁶, os números crescentes de emigração provocados pela insatisfação com a economia brasileira e com o futuro do país⁶⁷, os custos de transação para o desempenho de uma atividade empreendedora em patamares desanimadores dentre outras circunstâncias adversas. Em 2017, o Brasil figurava na posição 120 de um total de 162 países no relatório de 2019 da Liberdade Econômica Mundial do Instituto Fraser. No item alusivo à área da regulação, o Brasil ocupa a penúltima pior posição⁶⁸. O ambiente de negócios não é bom. De acordo com o *Doing Business*, publicado anualmente pelo Banco Mundial e

64 Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Juiz Federal. Conselheiro do CNMP (2015-2020).

65 De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) divulgada pelo IBGE, a taxa de desemprego no Brasil foi de 11,8% no trimestre encerrado em agosto de 2019. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua. Nov. 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

66 Em 2018, o crescimento do PIB brasileiro foi de 1,1%. GAZETA DO POVO. PIB do Brasil: histórico e evolução em gráficos. 29 abr. 2019. Disponível em: <<https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

67 Em 2014, houve 12.520 declarações de registro de saída definitiva do país, número que se elevou para 23.149 em 2018. OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. Declarações de saída definitiva do Brasil já superam números de 2018. *Fundação Perseu Abramo*, 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2019/08/20/declaracoes-de-saida-definitiva-do-brasil-ja-superam-numeros-de-2019/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

68 GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; HALL, Joshua; MURPHY, Ryan. *Economic freedom of the World*. Canada: Fraser Institute, 2019. Disponível em: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2019.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

que estima as normas de um país que interferem nas atividades das empresas, o Brasil se encontra na 124^a de um total de 190 países⁶⁹.

Nesse contexto, e com o espírito de melhorar o desempenho da economia e o regime jurídico a que o empresariado brasileiro está submetido, as ideias nucleares do novo texto foram as de desburocratização, simplificação dos requisitos para o desempenho de uma atividade econômica e, sobretudo, a mudança de paradigma em relação ao modo como o Estado brasileiro encara a livre iniciativa. Em lugar de o particular ficar à mercê dos tradicionais abusos regulatórios estatais que inviabilizam o desempenho de grande parte das atividades econômicas, aposta-se em uma salutar inversão de valores amparada no princípio constitucional da livre iniciativa. Com a nova lei, há reforço da noção de que as restrições ao livre desempenho de atividades econômicas devem ser excepcionais, fundamentadas e, sobretudo, proporcionais⁷⁰. A livre iniciativa ganha um novo papel e assume um protagonismo ímpar e pioneiro na cultura jurídica brasileira. Prestigia-se, assim, o pensamento de George Stigler de que “o Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica na sociedade⁷¹”.

O surgimento desse novo marco regulatório se dá em um contexto em que o ordenamento jurídico brasileiro já protegia, com regulamentação detalhada, os mais diversos princípios da ordem econômica, tais como o meio ambiente, o consumidor, as empresas de pequeno porte e a função social da propriedade. A livre iniciativa estava esquecida e o empreendedor ainda sofria (e sofre), sobremaneira, com regras jurídicas que apenas tutelam os interesses de terceiros nas suas relações jurídicas. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “até 30 de abril de 2019, quando foi editada a Medida Provisória,

69 Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

70 Na definição de Rolf Stober, “a liberdade do indivíduo pode ser limitada apenas na medida em que seja indispensável ao interesse do bem comum”. No original: “darf die Freiheit des einzelnen nur soweit eingeschränkt werden, als es im Interesse des Gemeinwohls unabdingbar ist”. STOBER, Rolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. 10. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, 196. p. 93.

71 STIGLER, George J. A Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael (Orgs.). *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

deu-se origem à Lei 13.874/19, o princípio da 'livre iniciativa' era um dos que não dispunham de concretude no plano legal⁷².

A Lei da Liberdade Econômica surge em um cenário recheado dos mais variados preceitos normativos que, no afã de proteger, por exemplo, o consumidor ou o meio ambiente, acabam por impor deveres desproporcionais ao fornecedor de um produto ou serviço, sem que o empresariado tivesse, a seu favor, uma regra legal capaz de também tutelar a produção de riqueza.

A Lei nº 13.874 altera paradigmas e posiciona a livre iniciativa e a livre concorrência em um patamar mais elevado, abandonando a lógica de que o Estado deve consentir para que toda e qualquer atividade econômica seja explorada pelo particular. Uma lei em harmonia com o que se defende contemporaneamente na doutrina de André Saddy:

(...) a função basilar da defesa da livre concorrência não é reprimir práticas econômicas, e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço do desenvolvimento. (...) as restrições que possam ser criadas ao princípio da livre iniciativa têm caráter absolutamente excepcional e somente podem emergir das hipóteses expressamente previstas na Constituição ou implicitamente autorizadas por ela⁷³.

2. Tendências

A Lei nº 13.874 tem como principal virtude inaugurar algumas tendências positivas quanto ao modo como o Direito brasileiro deve organizar, regular e incentivar o desempenho de atividades econômicas.

Uma nítida tendência que surge com a aprovação do novo marco regulatório da liberdade econômica é a da crença (salutar) de que a criação de um ambiente normativo favorável para a economia e o empreendedorismo depende da alteração do regramento e da

72 COELHO, Fábio Ulhoa. Uma Lei Oportuna e Necessária. In: GOERGEN, Jerônimo (Org.). *Liberdade econômica. O Brasil livre para crescer*. Coletânea de artigos jurídicos, 2019. p. 28.

73 SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 95 e 105.

lógica tradicional das mais diversas disciplinas do Direito. Não foi por outra razão que a Lei nº 13.874 alterou regras alusivas ao Direito do Trabalho, Consumidor, Direito Civil, poder de polícia, dentre outras. Trata-se, assim, de uma mudança estrutural no Direito que impacta os seus mais variados ramos e institutos⁷⁴. Liberdade ampla para empreender é resultado que só pode ser alcançado quando o Direito Público e o Privado estão sintonizados. Mudanças estruturais no modelo regulatório da economia dependem, no dizer de Susan Rose-Ackerman, de “um esforço amplo e cooperativo dos economistas, advogados e cientistas políticos para reformar o direito administrativo⁷⁵”.

Nessa perspectiva, exsurge uma nova ideia de que o princípio da livre iniciativa justifica a criação de uma espécie de norma geral sobre a matéria capaz de interferir nos mais diversos campos do Direito e de produzir efeitos em relação a todos os entes da federação. Tal como ocorreu com a Lei nº 13.655 (LINDB), a existência de uma norma geral sobre determinado tema facilita o seu alcance horizontal e vertical. Horizontal, porque facilita a legitimação da reestruturação normativa de inúmeros setores do Direito (Trabalho, Consumidor, Civil, Administrativo etc.). Vertical, porque contribui para o convencimento de que a norma precisa alcançar os mais distintos entes da federação.

E essa nova abordagem implica outra tendência, qual seja a de concentração de competências nas mãos da União. É inegável que a Lei nº 13.874, a pretexto de regular matéria de Direito Econômico, em que há competência legislativa concorrente (art. 24, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB), deixou com a União competências que eram tradicionalmente objeto de preocupação dos municípios. O interesse local cede para o interesse nacional de tutela da livre iniciativa. Um passo importante para a estratégia estatal de

74 De acordo com Richard Posner, “leis penais, legislação de direitos civis, redefinição de distritos eleitorais, e outras regulações ‘não econômicas’ afetam o bem-estar econômico”. POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael (Orgs.). *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 71.

75 ROSE-ACKERMAN, Suse. Análise econômica progressista do direito - e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael (Orgs.). *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 249.

tutela desse princípio, mas que certamente originará conflitos por disputa de competências. Como exemplo deste risco, podemos lembrar que o art. 3º, §1º, incisos I e II, da Lei da Liberdade Econômica estipula que um ato do Poder Executivo federal ou uma resolução do CGSIM⁷⁶ disporá sobre a classificação de baixo risco, o que será observado por todos os entes da federação, ainda que não tenham aderido à REDESIM⁷⁷. Quanto à matéria, o novo preceito certamente originará questionamentos no que diz respeito à eventual ofensa à autonomia dos entes da federação, bem como acerca dos limites e possibilidades da expressão “Direito Econômico”.

Percebe-se, então, a tendência de proliferação de “super leis”. Leis que, diante do reconhecimento de que temas relevantes para a sociedade não podem depender da aprovação de 26 estados, do Distrito Federal e de 5.570 municípios, concentram competências na União para a criação de um ambiente normativo uniforme, previsível e mais simples. Um novo modo de se enxergar o federalismo brasileiro.

Uma característica que pode ser percebida na nova lei é a da sua aposta no governo digital e na tecnologia para a simplificação e eficiência. Exemplo dessa preocupação são as regras da lei que preveem a digitalização de documentos, tal como os seus arts. 10 e 18. Os documentos digitalizados de acordo com a legislação terão o mesmo valor probatório que o original.

Outra tendência que se inaugura com a Lei da Liberdade Econômica é a de contenção da edição de atos estatais arbitrários, desproporcionais e criadores de exigências descabidas, na medida em que serão considerados exemplos de abuso do poder regulatório. O art. 4º da Lei nº 13.874 prevê quais condutas da Administração Pública serão consideradas abusos do poder regulatório. A pioneira previsão deve ser elogiada e provocará estímulos positivos, especialmente no que se refere ao desenvolvimento de novas tecnologias. Merece destaque, nesse aspecto, o inciso IV do referido artigo, que considera abuso de poder regulatório redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias.

76 Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios.

77 Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios.

Uma marcante característica da Lei da Liberdade Econômica é a de estimular a inovação e as novas tecnologias, apoiando a existência de ambientes competitivos e orientados por uma regulação assimétrica. Aposta-se, em expressão suscitada por Reinhold Zippelius: “uma espécie de gestão experimental do futuro, para a qual todo o planejamento e toda a regulação são, por princípio, incompletos⁷⁸”. Nos termos do novo diploma, o Estado não deve proibir o ingresso de novos competidores nem impedir ou retardar a entrada de novas tecnologias. No dizer de André Saddy, “pela livre iniciativa, assegura-se a todos o direito de ingressarem no mercado, mas não se torna certo o direito de todos o fazerem sob iguais condições”.⁷⁹ Nesse contexto, há uma perspectiva de expansão da competição entre agentes econômicos submetidos aos mais variados regimes jurídicos, o que incrementa a complexidade da função regulatória. Um avanço necessário.

3. Desafios do Novo Marco Regulatório da Livre Iniciativa

Toda norma jurídica que altera drasticamente o modo como a sociedade se relaciona com o Estado se depara com desafios para a sua plena efetividade. Por mais que as novidades sejam boas, ninguém está preparado para perder poder, competências e para reestruturar, no curto espaço de tempo, o modo de pensar e agir da Administração Pública brasileira.

Nesse contexto, uma das novidades da Lei da Liberdade econômica, e que pode originar alguns desafios, é a dispensa de consentimento estatal prévio para o desempenho de atividades econômicas de baixo risco⁸⁰. Medida salutar que inverte a lógica perversa, até então predominante, de que o particular só pode realizar qualquer atividade econômica após o consentimento estatal. Agora, se a

78 ZIPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 467.

79 SADDY, op. cit., p. 90.

80 De acordo com o art. 3º, I, da Lei 13.874/2019, incumbe ao Poder Executivo federal dispor sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica. Por sua vez, o inciso III do mesmo artigo prevê que na hipótese de existência de legislação estadual, distrital ou municipal sobre a classificação de atividades de baixo risco, o ente federativo que editar ou tiver editado norma específica encaminhará notificação ao Ministério da Economia sobre a edição de sua norma. Estas atividades estão hoje listadas na Resolução CGSIM 51/2019.

atividade for de baixo risco, haverá dispensa do alvará para funcionamento, o que a lei denominou de ato público de liberação da atividade econômica. No caso da atividade de baixo risco, quem deve primordialmente controlar o empreendedor não é o Estado, senão o próprio consumidor, que evitará adquirir produtos e serviços de quem não atua com qualidade e eficiência.

A dispensa desse consentimento não gera, por outro lado, uma imunidade fiscalizatória ao longo do desempenho da atividade econômica. E, quanto a este tema, podemos ter, ao menos, duas dificuldades. A primeira, alusiva ao desafio de se fazer, em uma sociedade dinâmica e complexa como a atual, uma listagem de todas as atividades de baixo risco, o que torna imprescindível o caráter exemplificativo da enumeração. A segunda decorre do problema que pode surgir pelo fato de o empreendedor exercer sua atividade sem o alvará e depois ser surpreendido com uma fiscalização rigorosa com exigências antes desconhecidas⁸¹. Para mitigar este segundo problema, há o art. 23 da Lei nº 13.655 (LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)⁸², que exige a criação de uma regra de transição na hipótese de imposição de um novo dever.

Outro desafio a ser enfrentado na aplicação na nova lei diz respeito ao abuso do poder regulatório. A Lei da Liberdade Econômica enumera as condutas tidas como abuso do poder regulatório e estipula que a Administração Pública tem como dever evitá-lo. Ocorre que os abusos descritos ao longo dos incisos do art. 4º da referida lei podem ser resultantes não apenas da atuação do administrador, mas, também, de um órgão controlador (*v. g.*: Tribunal de Contas, Poder Judiciário, Ministério Público etc.). É que, em razão do que está previsto no art. 21 da LINDB⁸³, também o órgão

81 Vale a observação no sentido de que, mesmo quando se exigia o alvará para o início de uma atividade econômica, a fiscalização estatal durante o desempenho da atividade era, como regra, escassa e, quando ocorrida, o empreendedor também era frequentemente surpreendido com exigências desconhecidas.

82 Art. 23 – A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

83 Art. 21 – A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

controlador terá a função de regular/dispor sobre a solução para o caso concreto. Será que, por exemplo, o abuso do poder regulatório poderá decorrer de uma decisão judicial que invalida uma norma de Direito Econômico em um caso concreto e apresentar uma solução (consequência jurídica e/ou administrativa) que se encaixa em um dos perfis contidos nos incisos do art. 4º da Lei nº 13.874? Não se percebe qualquer razão para a negativa desse reconhecimento.

Sob outro enfoque, embora o *caput* do art. 4º da Lei da Liberdade Econômica não seja muito claro, o abuso do poder regulatório também deveria ser declarado caso tenha origem em um ato oriundo do Poder Legislativo. Além de o Legislador também se vincular à referida lei, uma lei local pode originar referido abuso, ao pretender regulamentar “norma pública pertencente à legislação” sobre a qual Lei nº 13.874 versa. Assim, um grande desafio a ser enfrentado será o de identificar as autoridades que podem praticar abuso do poder regulatório nas hipóteses do art. 4º da Lei da Liberdade Econômica.

Outra novidade merece atenção. A regra contida no art. 3º, inciso IX, da nova lei prevê a aprovação tácita do requerimento de edição de atos públicos de liberação de atividade econômica, ressalvados os casos legalmente previstos. Esta aceitação tácita, que interage com a presunção de boa-fé do particular realçada pela lei como princípio, ocorrerá se a Administração não decidir no prazo por ela fixado e informado ao particular. O problema é que a maioria dos entes da federação não possui regras muito claras sobre o prazo que a Administração tem para decidir sobre requerimentos de particulares, e isso pode esvaziar o propósito da previsão de aprovação tácita. Há o risco, que não é diminuto, de a Administração se comprometer em decidir por prazos muito longos, desproporcionais. O desafio aqui será, portanto, encontrar alguma solução para dar efetividade à regra da aprovação tácita, seja mediante a invocação da proporcionalidade ou através da aplicação subsidiária do art. 49 da Lei nº 9.784/99, que impõe o dever de decidir em um prazo certo⁸⁴.

Um adicional desafio decorre do art. 3º, IV, da Lei da Liberdade Econômica. O aludido preceito estipula que o particular terá direito

84 Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. Ao editar a Súmula 633, o STJ reconheceu a possibilidade de emprego subsidiário da Lei nº 9.784/99 naqueles casos em que o ente não possui lei específica sobre o tema.

de receber tratamento isonômico da Administração quanto às decisões sobre atos de liberação de atividade econômica. A regra é valiosa, pois vincula a Administração em relação a interpretações pretéritas sobre uma mesma situação, impedindo que se viole a isonomia. Por outro lado, a Administração não pode ser obrigada a repetir um ilícito. Se uma decisão anterior for considerada ilegal, o particular que se encontrar em situação idêntica não pode exigir que a Administração o beneficie da mesma forma. Não há direito à igualdade no ilícito (*Gleichheit im Unrecht*). O desafio será o de identificar quando a nova interpretação poderá impedir um tratamento isonômico, por se tratar de uma nova exigência de conformação à legalidade, e quando a nova orientação não poderá desprezar o entendimento anterior sobre o tema.

4. Conclusões

Inquestionavelmente, a Lei nº 13.874 representa um significativo avanço no processo civilizatório brasileiro, ao garantir que as pessoas tenham, como corolário da autonomia da vontade e do desenvolvimento da personalidade, o direito de empreender com regras mais simples, justas e proporcionais. Elogiável o esforço da União de assumir o protagonismo na indução da desburocratização e do estímulo à livre iniciativa.

Estamos diante de um novo marco regulatório que caminha junto e dialoga com leis modernas, como a LINDB, que são capazes de reconhecer a importância da tutela do indivíduo e não, apenas, os, muitas vezes, abstratos e imprecisos interesses da coletividade. E, no caso da livre iniciativa, o novo olhar para a tutela do cidadão produzirá riqueza e conseqüentemente a melhoria das condições gerais da coletividade.

Nas perspectivas cultural, sociológica, filosófica, econômica e jurídica, há um grande descompasso entre a realidade brasileira e o que a nova lei prevê. E, nessa altura, fica o maior receio de que as transformações positivas que decorrem da Lei da Liberdade Econômica originem um *backlash* fruto de uma desinformação sobre o alcance de seus dispositivos. Em lugar de maior liberdade, teríamos o indesejável efeito de novas leis e interpretações mais rigorosas e burocráticas, especialmente no âmbito local.

A profunda reestruturação da atividade econômica que a Lei nº 13.874 propõe, incentivando, por exemplo, a convivência de agentes econômicos em um ambiente de assimetria regulatória, certamente originará conflitos com aqueles habituados à lógica burocrática. É o que se espera de toda norma jurídica que acarreta alterações profundas nas relações de poder e econômicas, mas o tempo certamente mostrará que a novidade apresenta uma imagem melhor do que a do retrovisor.

5. Referências Bibliográficas

- COELHO, Fábio Ulhoa. Uma Lei Oportuna e Necessária. In: GOERGEN, Jerônimo (Org.). *Liberdade econômica. O Brasil livre para crescer*. Coletânea de artigos jurídicos, 2019. p. 28.
- GAZETA DO POVO. PIB do Brasil: histórico e evolução em gráficos. 29 abr. 2019. Disponível em: <<https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/>>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; HALL, Joshua; MURPHY, Ryan. *of the World*. Canada: Fraser Institute, 2019. Disponível em: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2019.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua. Nov. 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. Declarações de saída definitiva do Brasil já superam números de 2018. *Fundação Perseu Abramo*, 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2019/08/20/declaracoes-de-saida-definitiva-do-brasil-ja-superam-numeros-de-2019/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael (Orgs.). *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 71.
- ROSE-ACKERMAN, Suse. Análise econômica progressista do direito - e o novo direito administrativo. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael (Orgs.). *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 249.
- SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 95 e 105.
- STIGLER, George J. A Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael (Orgs.). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

STOBER, Rolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht. 10. Auflage*. Stuttgart: Kohlhammer, 196. p. 93.

THE WORLD BANK GROUP. *Doing business 2020*. Comparing business regulation in 190 economies. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ZIPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 467.

4

Natasha Schmitt Caccia Salinas

A AIR é Instrumento Adequado para Promover a Liberdade Econômica?

A AIR é Instrumento Adequado para Promover a Liberdade Econômica?

Natasha Schmitt Caccia Salinas

1. Introdução

A Análise de Impacto Regulatório (AIR), mecanismo processual que visa a conferir maior racionalidade à tomada de decisão administrativa, em menos de duas décadas, deixou de ser um mecanismo desconhecido para se tornar obrigatório para toda a Administração Pública federal brasileira.

A Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que se propõe a declarar direitos de liberdade econômica (doravante referida por “Lei de Liberdade Econômica”), exige a realização de AIR previamente à edição de todos os atos normativos editados pela Administração Pública federal direta e indireta que sejam de “interesse geral” de agentes econômicos e usuários de serviços públicos.

Antes da edição da Lei de Liberdade Econômica, a AIR já havia se tornado obrigatória para um segmento específico da Administração Pública federal – as agências reguladoras. A Lei n. 13.848/19, doravante referida como “Lei Geral das Agências reguladoras”, também obrigou a adoção de AIR para a edição de atos normativos de “interesse geral” dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Ambas as leis adotam redações semelhantes ao dispor sobre a AIR, deixando para o nível regulamentar a definição dos detalhes de operacionalização desse mecanismo. De início, tem-se a impressão de que a principal diferença entre ambos os estatutos legais reside no fato de que a Lei de Liberdade Econômica estende a obrigatoriedade da AIR, já prevista na Lei Geral das Agências Reguladoras, para todas as entidades da Administração Pública federal. No entanto, a inserção da AIR na Lei de Liberdade Econômica faz mais do que ampliar o escopo de aplicação da AIR. Para muitos, ela faz crer que a AIR é um mecanismo de promoção ou de proteção da liberdade dos agentes econômicos. Essa presunção, no entanto, ignora relevantes fatores contextuais e estruturais da AIR.

Em termos contextuais, a AIR surge para resolver problemas múltiplos e eventualmente conflitantes. A ideia de que a AIR é adotada apenas para conferir maior racionalidade ao processo decisório é incompleta. A AIR é também um mecanismo utilizado para promover controle político da burocracia e conferir legitimidade à ação regulatória, o que muito pouco tem a ver com o objetivo de promoção e proteção da liberdade econômica.

Além disso, ainda que a AIR seja principalmente adotada para produzir ações regulatórias mais racionais, isso não necessariamente pressupõe que a melhor escolha regulatória seja aquela que protege a liberdade econômica.

Para melhor compreender esses fenômenos, este texto estrutura-se em duas partes: na primeira, discorre-se sobre os fundamentos que a literatura traz para a adoção da AIR. Na segunda parte, analisam-se os motivos pelos quais a AIR, mesmo quando adotada exclusivamente para melhorar a qualidade regulatória por meio de decisões mais racionais, podem produzir resultados que limitam, em vez de protegerem, a liberdade econômica.

2. Os Fundamentos da AIR

A literatura aponta três motivos principais para a adoção da AIR antes de uma tomada de decisão: (i) incremento de racionalidade; (ii) controle político da burocracia; (iii) legitimidade.

AIR é um instrumento que tem como fundamento declarado o de aprimorar a qualidade da produção normativa. Por “qualidade”, entende-se não apenas a observância de critérios como clareza, precisão, generalidade e assertividade dos comandos legais, mas também o preenchimento de requisitos de racionalidade. Os atos normativos são, assim, avaliados não somente em razão de suas qualidades gramaticais e lógico-formais, mas sobretudo em função de suas virtudes pragmáticas e “teleológicas⁸⁵”.

A AIR se vale do modelo de decisão racional para descrever o processo de formação das leis⁸⁶. Os elementos tipicamente presentes

85 ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 37-38.

86 NEIMUN, M.; STAMBOUGH, S. Rational choice theory and the evaluation of public policy. *Political Studies*, v. 26, n. 3, p. 450, 1998.

em uma AIR são:⁸⁷ a) Definição de um problema; b) Elaboração de diferentes alternativas; c) Escolha de um método para a análise das alternativas; d) Análise das alternativas; e) Escolha da solução regulatória.

Toda decisão racional implica, portanto, a escolha da solução que seja mais adequada para a realização dos objetivos pretendidos pelo decisor. O decisor deve, ainda, escolher, dentre soluções alternativas, aquela que realiza esses objetivos da forma mais efetiva ou eficiente possível. Para que o decisor esteja apto a escolher a melhor opção, este deve dispor de informações que lhe permitam prever os impactos de cada alternativa.

Inexiste, no mundo, um modelo único de AIR, de modo que as metodologias adotadas para avaliar o impacto de cada alternativa podem variar de país para país⁸⁸. A análise de custo-benefício é o método quantitativo mais difundido, mas vários outros são admitidos, inclusive análises menos complexas e mais pragmáticas, a depender da natureza dos problemas e das características dos alvos regulatórios⁸⁹.

Mas a AIR não é utilizada apenas com o propósito de aprimorar a qualidade da produção normativa. A AIR é também entendida como um instrumento de controle político da burocracia. Parlamentares e governantes eleitos por vezes não dispõem de condições de legislar sobre questões tecnicamente intrincadas. Além disso, em decorrência de problemas de assimetria de informação, agentes políticos não possuem conhecimento suficiente para avaliar se as ações regulatórias da Administração Pública estão em concordância com os objetivos das políticas públicas a que devem servir⁹⁰.

87 RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, p. 926, 2005. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

88 RADAELLI, 2005, p. 926.

89 SHAPIRO, Sidney; SCROEDER, C. Beyond cost-benefit analysis: pragmatic reorientation. *Harvard Environmental Law Review*, v. 32, n. 2, p. 433-502, 2008.

90 HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. Rational delegation or helpless abdication? The relationship between Bureaucrats and Politicians In: *Deliberate discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy*. Cambridge University Press, 2002. p. 34-35. McCUBBINS, Mathew D; NOLL, Roger G; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 3, n. 2, p. 244, 1987.

Ao exigir que órgãos reguladores produzam normas por meio de AIR, agentes políticos podem, além de estimular a melhoria regulatória, controlar a atividade da produção normativa dos órgãos reguladores. A AIR obriga os administradores a expor com transparência os fundamentos de suas decisões, dificultando, assim, a tomada de decisão para atender interesses particularistas diversos daqueles defendidos pelos agentes políticos. Esse mecanismo de controle se torna ainda mais eficaz se a AIR, além de monitorada, puder ser revista pelos agentes políticos. Nos EUA, onde foi originalmente concebida nos anos 1970, a AIR é, antes de tudo, um importante instrumento de controle político da Administração exercido pela Presidência da República, que tem a prerrogativa de revisar atos normativos de grande impacto econômico⁹¹.

Além do uso político-estratégico da AIR, esta também exerce uma função legitimadora⁹², na medida que submete o ato normativo a um escrutínio mais amplo e obriga o seu formulador a explicitar e documentar os problemas e objetivos que motivaram a produção normativa. A AIR pode, deste modo, ser entendida como uma resposta ao suposto *déficit* democrático decorrente da delegação de poderes decisórios às agências.

Assim como esses três fundamentos da AIR podem complementar-se, eles podem também ser mutuamente excludentes. Quando a AIR é utilizada como instrumento de controle político, a racionalidade pode ser negligenciada. Os embates entre OMB (*Office of Management and Budget*) e agências reguladoras nos Estados Unidos confirmam essa possibilidade. Além disso, excesso de transparência pode prejudicar a racionalidade das decisões regulatórias nos casos em que o acesso a dados confidenciais for relevante para instruir a tomada de decisão do órgão regulador⁹³.

No caso brasileiro, a AIR foi introduzida sob o fundamento da racionalidade e, em menor grau, da legitimidade democrática. Isso

91 MORALL, J. An assessment of the US regulatory impact analysis programme In: OECD. Best practices in OECD countries. p. 71-87.

92 RADAELLI, 2005, p. 925.

93 COGLIANESE, Cary et al. Transparency and public participation in the rulemaking process. *The George Washington Law Review*, v. 77, p. 294-972, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 18 nov. 2019.

não significa, no entanto, que a AIR não possa ser deliberadamente utilizada para fins de controle político. Sob esta ótica, é importante frisar que a AIR da Lei Geral das Agências Reguladoras foi uma iniciativa do Poder Legislativo, ao passo que a AIR prevista na Lei de Liberdade Econômica foi uma iniciativa da Presidência da República. O Poder Legislativo e a Presidência da República, cada qual a seu modo, poderão utilizar a AIR para limitar a discricionariedade do poder executivo em prol de seus interesses. Contudo, foge do propósito deste artigo analisar o potencial de sucesso dessa empreitada.

3. AIR e a Promoção da Liberdade Econômica

A AIR é consagrada pela Lei n. 13.874/19 como instrumento de promoção e/ou proteção da liberdade econômica. Ainda que não declarada, há uma presunção de que as decisões administrativas conduzidas por meio de AIR serão, também, mais aptas a promover ou proteger a liberdade econômica. Essa presunção, no entanto, esbarra nas possíveis tensões apresentadas a seguir.

3.1 Tensões entre Racionalidade e Liberdade Econômica

Uma típica AIR requer a análise dos riscos, benefícios e custos de diferentes alternativas regulatórias. A expectativa é a de que a AIR promoverá maior racionalidade ao processo regulatório, já que a ação escolhida será aquela que soluciona os problemas e atinge os objetivos traçados com o menor custo possível.

A primeira observação a se fazer é a de que a AIR é um instrumento que subsidia o processo de regulação, e, portanto, de intervenção, da atividade econômica privada. Embora uma AIR típica deva ter a opção “não regular” como uma alternativa a ser seriamente considerada, esta raramente será escolhida quando houver evidências de que a não intervenção regulatória provoca sérios prejuízos à sociedade. Uma AIR conduzida adequadamente levará em consideração os custos dos prejuízos provocados pela não ação regulatória, que frequentemente são muito superiores aos custos de qualquer alternativa de ação regulatória. Nesse contexto, pode-se afirmar que a AIR poderá proteger agentes econômicos de uma intervenção mais custosa, mas raramente

garantirá uma não intervenção que protegeria em caráter absoluto sua liberdade econômica.

Cabe observar, nesse sentido, que a Lei de Liberdade Econômica previu a AIR para a edição de atos regulatórios, mas não para a sua revogação. As razões disso, ainda que não declaradas⁹⁴, parecem óbvias: os custos e prejuízos da revogação de um ato normativo podem ser muitos superiores a sua manutenção ou à edição de uma alternativa regulatória, de modo que não será do interesse de um governo que se paute pela agenda da desregulação⁹⁵ torná-los públicos. Nesse caso, a Lei nº 13.874/2019 promoverá a liberdade econômica justamente pela falta de AIR, e não por sua presença.

A segunda observação digna de nota é a de que a AIR pode desencorajar a Administração Pública a escolher estratégias regulatórias menos interventivas⁹⁶. A AIR não se revela muito eficaz, por exemplo, para avaliar custos de estratégias regulatórias que envolvam a participação ativa de agentes regulados no processo regulatório. O rigor técnico e o potencial preditivo da AIR diminuem à medida que uma ação regulatória pressupõe a colaboração entre agentes reguladores públicos e atores privados. Analisar os custos de uma ação regulatória em rede, por exemplo, pode se tornar uma tarefa impraticável. Além disso, estratégias regulatórias menos interventivas que aceitem, por exemplo, a participação de atores não estatais (e.g. autorreguladoras) no processo regulatório, requerem muitas vezes uma flexibilidade de ação regulatória incompatível com a AIR. A AIR é um processo demorado e rígido. Um regulador que se veja obrigado a utilizar uma AIR não elencará, portanto, como alternativas estratégias regulatórias que exijam permanentes

94 Em pedido de informações via sistema eletrônico de serviço de informação ao cidadão (Pedido e-sic n. 03006000285201935), o Ministério da Economia informou que não realizou análise de impacto regulatório para redigir o texto da Lei de Liberdade Econômica. O órgão afirmou apenas ter se inspirado em literatura econômica estrangeira para redigir o texto normativo, mas não apresentou as razões para as soluções legislativas adotadas. Agradecemos ao Prof. Dr. Danilo Tavares, da Universidade Federal de São Paulo – Unifesp, por compartilhar conosco essa resposta que recebeu do Ministério da Economia.

95 Este artigo foi redigido um pouco antes da edição do Decreto n. 10.139/2019, que determinou a revisão de todos os atos normativos da Administração Pública federal direta e indireta. A revisão implicará a revogação de todos os atos normativos atualmente vigentes e na edição dos atos revisados. A AIR não será exigida para a revogação desses atos, mas tão somente para a edição dos atos revisados.

96 BALDWIN, Robert. Better regulation: the search and the struggle. In: BALDWIN, Robert et al. (Eds.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ajustes e negociações constantes entre os atores que fazem parte de um mesmo espaço regulatório⁹⁷.

A AIR também não se revela muito eficaz para avaliar estratégias regulatórias alternativas ao comando e controle. Isso porque a análise do impacto regulatório *ex ante* dessas estratégias é particularmente difícil de ser realizada (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012)⁹⁸. É certamente mais fácil estimar o número de pessoas que agirão em conformidade com uma norma regulatória de comando e controle do que o número de pessoas que farão uso, por exemplo, de incentivos econômicos previstos em uma estratégia regulatória alternativa.

As tensões relatadas neste item revelam que a AIR é um mecanismo de melhoria regulatória que se adequa bem a esquemas regulatórios burocráticos, baseados em normas de comando e controle cuja implementação requer ação exclusivamente estatal. A AIR pode, portanto, representar um obstáculo para ações regulatórias menos interventivas e possivelmente mais protetivas da liberdade econômica.

3.2 Tensões entre Burocratas e Agentes Políticos

Burocratas assumem posições privilegiadas no processo de implementação das políticas públicas que lhes permitem agir de forma nem sempre alinhada com os interesses dos governantes e parlamentares eleitos⁹⁹. Burocratas podem, assim, fazer uso do conhecimento e das competências de que dispõem para agirem em benefício de interesses próprios ou das organizações a que pertencem¹⁰⁰, que poderão ou não coincidir com os interesses dos governantes eleitos e de seus constituintes. Para os propósitos deste artigo, deve-se reconhecer que burocratas podem conduzir uma AIR de forma distinta à esperada pelos agentes políticos.

Um interessante estudo realizado pelo Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ Reg), que examinou todas as AIR realizadas pelas agências

97 BALDWIN, 2010.

98 BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Understanding regulation: theory, strategy and practice. Oxford: Oxford University Press, 2012.

99 LIPSKY, M. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

100 HUBER, op. cit.

reguladoras federais até o presente ano, verificou que, em 94% dos casos, as agências reguladoras consideraram como alternativa regulatória a opção por “não fazer nada” (HOLPERIN, 2019)¹⁰¹. No entanto, em apenas 1% desses casos, essa foi a opção escolhida. Embora a opção pela manutenção do *status quo*, que caracteriza a opção “não fazer nada”, não seja necessariamente equivalente à opção não regulatória, em muitos casos há esta coincidência. Esse estudo revelou também que a grande maioria das AIR não faz uso de métodos quantitativos, como análise de custo-benefício, para analisar as alternativas regulatórias.

Duas conclusões podem ser extraídas desse estudo pioneiro. A primeira é a de que as agências reguladoras brasileiras possuem culturas favoráveis a uma ação regulatória mais interventiva. A alternativa não regulatória não é uma opção regulatória *de facto*, esteja ela ou não amparada em análises empíricas e quantitativas que permitam uma política baseada em evidências. Radaelli chama a atenção para o fato de que em diversos países a introdução da AIR não implicou numa mudança completa de paradigma de governança regulatória¹⁰². Para o autor¹⁰³, o contexto político influencia a forma como a AIR será utilizada em um determinado país. Esse contexto político, por sua vez, é determinado pelo tipo de burocracia, a capacidade do governo de processar conflitos redistributivos, as características das políticas públicas e o perfil dos burocratas que implementam políticas regulatórias. No Brasil, a AIR está a cargo de uma estrutura burocrática resistente a inovações administrativas que exijam menor presença estatal.

A segunda conclusão é a de que os órgãos reguladores têm uma tendência a adotar análises mais pragmáticas e menos racionais nas AIR que realizam. Isso se deve a problemas nas capacidades organizacionais dos órgãos reguladores, de lacunas legislativas

101 HOLPERIN, M. Projeto AIR. II Seminário do Projeto Regulação em Números, 2019.

102 RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, p. 924-943, 2005. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

103 RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, p. 924-943, 2005. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em: 14 nov. 2019. p. 927.

quanto à exigência obrigatória de análises quantitativas, mas também de resistências culturais à adoção de *benchmarkings* de AIR¹⁰⁴. Ao analisar a difusão da AIR no contexto brasileiro, Alketa Peci¹⁰⁵ já havia identificado que as especificidades do contexto burocrático e do processo de políticas públicas brasileiro podem afetar negativamente a adoção do instrumento no Brasil.

Disso conclui-se que qualquer prognóstico que se venha a fazer sobre a adoção da AIR deverá levar em consideração a cultura regulatória de um país¹⁰⁶ (MEINDINGER, 1987) e o comportamento dos burocratas em seu desenho institucional.

4. Considerações Finais

Neste artigo, procurou-se demonstrar que a AIR não é um instrumento *per se* de realização da liberdade econômica. Embora a obrigatoriedade da AIR seja um dos destaques da nova lei, diversos fatores poderão afastá-la dos objetivos a que se destina.

Isso ocorre, como visto, porque a AIR se baseia, antes de tudo, em evidências e métodos que quantificam os custos não apenas da ação, mas também da inércia, regulatória. A AIR torna, assim, evidente os custos da opção por não regular determinada atividade econômica que seja altamente prejudicial à sociedade.

A AIR é também vocacionada para estruturas governamentais rígidas e burocráticas, eliminando assim a possibilidade da adoção de espaços regulatórios¹⁰⁷ flexíveis, dinâmicos e frequentemente menos onerosos para agentes privados. Além disso, estratégias regulatórias alternativas ao comando e controle, supostamente mais vocacionadas à liberdade econômica, são difíceis de serem testadas, e desse modo escolhidas, por meio de AIR. Por fim, os sucessos e insucessos da AIR serão fortemente determinados pelo

104 RADAELLI, Claudio M. The diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, v. 43, p. 723-747, 2004.

105 PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *RAE*, v. 51, n. 4, p. 336-348, jul./ago. 2011.

106 MEINDINGER, E. Regulatory culture: a theoretical outline. *Law & Policy*, v. 9, n. 4, p. 355-386, 1987.

107 HANCHER, L; MORAN, M. Organizing regulatory space. In: BALDWIN, Robert et al. (Orgs). *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

contexto político-institucional no qual se inserem as entidades regulatórias brasileiras.

É certo que a AIR poderá salvaguardar interesses econômicos ao afastar o órgão regulador de uma ação regulatória excessivamente interventiva. É errôneo pensar, no entanto, que a AIR proteja agentes econômicos da regulação em si. Ao contrário, as tensões apresentadas neste artigo revelam que a AIR tem o potencial de produzir muito mais intervenção governamental do que o esperado.

5. Referências Bibliográficas

- ATIENZA, Manuel. *Contribución a uma teoria de la legislación*. Madri: Civitas, 1997.
- BALDWIN, Robert. Better regulation: the search and the struggle. In: BALDWIN, Robert et al. (Eds.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- COGLIANESE, Cary et al. Transparency and public participation in the rulemaking process. *The George Washington Law Review*, v. 77, p. 294-972, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha S. C. O Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 3, p. 402-430, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/24570>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- HANCHER, L; MORAN, M. *Organizing regulatory space*. In: BALDWIN, Robert et al. (Orgs.). *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HOLPERIN, M. Projeto AIR. II Seminário do Projeto Regulação em Números, 2019.
- HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. Rational delegation or helpless abdication? The relationship between Bureaucrats and Politicians In: *Deliberate discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy*. Cambridge University Press, 2002.
- LIPSKY, M. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 1980.
- MCCUBBINS, Mathew D; NOLL, Roger G; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 3, n. 2, p. 243-277, 1987.
- MEINDINGER, E. Regulatory culture: a theoretical outline. *Law & Policy*, v. 9, n. 4, p. 355-386, 1987.

- MORALL, J. An assessment of the US regulatory impact analysis programme In: OECD. *Best practices in OECD countries*. p. 71-87.
- NEIMUN, M.; STAMBOUGH, S. Rational choice theory and the evaluation of public policy. *Political Studies*, v. 26, n. 3, p. 449-465, 1998.
- PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *RAE*, v. 51, n. 4, p. 336-348, jul./ago. 2011.
- RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, p. 924-943, 2005. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- RADAELLI, Claudio M. The diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, v. 43, p. 723-747, 2004.
- RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert et al. (Eds.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SHAPIRO, Sidney; SCROEDER, C. Beyond cost-benefit analysis: pragmatic reorientation. *Harvard Environmental Law Review*, v. 32, n. 2, p. 433-502, 2008.

5

Patrícia Baptista

**Desafios da Lei
nº 13.874 para uma
Sociedade Viciada em
Estado: A Liberdade
Econômica como
via de Mão Dupla**

Desafios da Lei nº 13.874 para uma Sociedade Viciada em Estado: A Liberdade Econômica como via de Mão Dupla

Patrícia Baptista¹⁰⁸

No Brasil, o Estado precedeu à sociedade. Como reconhecido por Guerreiro Ramos, o Estado, por muito tempo, exerceu o “papel de sujeito do acontecer histórico-social”, não sendo possível reconhecer, no território brasileiro, a existência de autêntica sociedade capaz de condicioná-lo¹⁰⁹. Embora uma sociedade tenha em algum momento efetivamente surgido no país¹¹⁰, essa peculiaridade do processo de formação político-social do país mostrou-se decisiva e repercute ainda hoje¹¹¹.

O papel dominante que o Estado brasileiro sempre exerceu nos processos socioeconômicos gerou, pode-se dizer, uma relação de dependência da sociedade e, mais particularmente, dos agentes econômicos para com ele e sua burocracia. Os burocratas, por sua vez, com frequência, “se enxergam como mentores, tutores ou preceptores da nação e seus cidadãos¹¹²”. Nesse contexto, o processo de desenvolvimento econômico do país foi acentuadamente marcado por protecionismos e subsídios em detrimento do surgimento de um livre-mercado competitivo¹¹³.

Até hoje, é possível vislumbrar a relação paternalista que se desenvolveu entre o Estado e a sociedade brasileira¹¹⁴.

108 Professora Associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

109 RAMOS, Alberto Guerreiro. *O problema nacional do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1960. p. 26-27.

110 Ao ver de Guerreiro RAMOS pelo menos desde meados do século passado. *Ibid.*, p. 29.

111 CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *Brazil is not for amateurs: patterns of governance in the land of “jeitinho”*. U.S.: A. W. McEachern Xlibris Ed., 2002. p. 26.

112 *Ibid.*, p. 26.

113 *Ibid.*, p. 27.

114 Aplica-se aqui a ideia de *Estado babá* que tutela os seus cidadãos e, a pretexto de protegê-los (muitas vezes de si próprios), ceifa-lhes a liberdade: “[O] fato de políticos, burocratas e ativistas quererem bancar nossos país não é novidade. (...) Atualmente, nossas babás automeadas desenvolveram uma tirania de bem-estar sem valor que rebaixou a liberdade à mera aceitação (...)”. HARSANYI, David. *O estado babá: como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas cabeças-duras tentam infantilizar a sociedade*. Trad. Carla Werneck. Rio de Janeiro: Litter9, 2011. p. 3.

Em uma de suas primeiras entrevistas após o resultado da eleição presidencial de 2018, ainda como futuro ministro da Economia, o economista Paulo Guedes apontou a necessidade de unificação dos Ministérios da Economia e Indústria e Comércio. Para justificar essa decisão de reorganização administrativa, Guedes identificou o primeiro Ministério como uma “trincheira da Primeira Guerra Mundial”, em que, nas suas palavras, os industriais brasileiros “estão lá com arame farpado, lama, na trincheira, buraco, defendendo, às vezes, protecionismo, subsídios, desonerações setoriais. Coisas que prejudicam a indústria brasileira. Em vez de lutar por redução de impostos, simplificação de impostos e uma integração competitiva na economia internacional¹¹⁵”. A indústria brasileira nasceu e cresceu a partir do Estado e, ao que parece, jamais se desgrudou dele.

Como parte do projeto político-econômico que se afirma liberalizante da economia e que se sagrou vencedor na eleição de 2018, foi editada, em setembro de 2019, a Lei federal nº 13.874/2019, resultante da conversão da Medida Provisória nº 881, de autoria do Poder Executivo. A lei vem sendo reconhecida como a “lei da liberdade econômica” e se autoproclama como instituidora dos “direitos da liberdade econômica e estabelece garantias de livre mercado”.

Entretanto, considerando o relatado contexto histórico e social das relações entre o Estado e os agentes econômicos – que o jurista não pode ignorar –, vai ser necessário bem mais que as boas intenções do legislador para que a economia brasileira deixe as amarras da tutela estatal e caminhe mais entusiasmada na direção da livre iniciativa. Embora princípio fundamental da República (no art. 1º, IV, Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988), a livre iniciativa não desfruta, por essas bandas, de grande popularidade.

Claro que uma lei nova que assegure (i) “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, I), (ii) a aplicação meramente subsidiária das regras de direito empresarial, priorizando as disposições estipuladas

115 ALVES, Raoni; MATOSO, Filipe. Ministério da Economia unificará Fazenda, Planejamento e Indústria, diz Paulo Guedes. *G1*, 30 out. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/30/ministerio-da-economia-unificara-fazenda-planejamento-e-industria-diz-paulo-guedes.ghtml>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

pelos partes nos negócios jurídicos paritários (art. 3º, VIII) e (iii) o desenvolvimento, execução, operação ou comercialização de novas modalidades de produtos e serviços “quando as normas legais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico” (art. 3º, VI), dentre outras regras do gênero, é capaz de, por si própria, oferecer um nova retórica aos defensores da livre iniciativa. Aponta-se para o reforço do livre empreender, mais rápido e menos oneroso. E merece, nas palavras do meu colega André Cyrino¹¹⁶, uma *hermenêutica da boa vontade* para que as suas disposições tenham efetiva capacidade transformadora da tutela burocrato-paternalista das atividades econômicas.

Alguns aspectos, porém, impedem que se nutra um otimismo ufanista e romantizado quanto às possibilidades de transformação da realidade das relações Estado-empresendedor no país. É preciso um contraponto crítico das dificuldades que se vai enfrentar.

Em primeiro lugar, há que se ter presente que a liberdade econômica é uma estrada de mão dupla. Tanto o Estado deve querer sair da frente do empresário, como o empresário tem que querer se desprender do Estado. Nenhuma das duas mudanças, porém, parece fácil de alcançar.

Observe-se que a Lei nº 13.874 assegura, como direito da liberdade econômica do empresário, o dever de definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda (art. 3º, III).

Em 2018, uma greve de caminhoneiros – e *lockout* das empresas transportadoras, conforme a narrativa que se preferir¹¹⁷ –, levou o governo Michel Temer à edição das Leis nºs 13.703 e 13.713, ambas de agosto de 2018. A primeira, resultante da conversão da Medida Provisória nº 832, instituiu a *Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas*. Foi, de fato, fixado ali um tabelamento de preços dos fretes rodoviários, a ser materializado por resolução

116 Em palestra proferida, em 23 de outubro de 2019, no *II Fórum sobre Inovação no Direito Público*, promovido pelo Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ Reg., e realizado na Faculdade de Direito da UERJ.

117 MOTA, Camilla Veras. *Paralisação de caminhoneiros é um misto de greve e locaute, diz sociólogo do trabalho*. *BBC Brasil*, 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44256413>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

da agência reguladora do setor (a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). A segunda, resultante da conversão da Medida Provisória n.º 831, por sua vez, determinou a contratação direta pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) de cooperativas e associações de transportadores autônomos de cargas de, no mínimo, 30% (trinta por cento) da demanda anual de frete da Companhia. Tratou-se ali da imposição à empresa pública federal, sujeita por natureza ao regime privado da livre, de verdadeira reserva de mercado para cooperativas e transportadores autônomos de carga.

Note-se que, em julho de 2019, já no governo Bolsonaro – o mesmo que pariu a lei que ora se comenta – tabela de frete recém-editada pela ANTT acabou *suspensa* por “uma insatisfação em parcela significativa dos agentes de transporte”, nas palavras usadas pelo próprio Ministério da Infraestrutura¹¹⁸.

Temos aqui bons exemplos de como é – e provavelmente continuará sendo, em que pese a Lei nº 13.784 – dura a vida do defensor da liberdade econômica no país. De um lado, são os próprios agentes econômicos que apelam ao Estado para que ceife a liberdade econômica. Acostumados ao protecionismo, à tutela da burocracia, os agentes econômicos não hesitam sempre em reclamar mais Estado, embora às vezes lustrando o discurso em contrário. Do outro, os políticos da ocasião (e a burocracia habituada às práticas clientelistas) acedendo com facilidade a tais instâncias – quando não as capitaneiam eles próprios –, visto que não nutrem lá grande apreço mesmo por livre competição e riscos do negócio, cuja garantia, em último caso, na prática, lhes resulta em perda de poder.

Do ponto de vista da técnica jurídica, pouco parece haver a se fazer para gerar comportamentos diversos, pelo menos por parte

118 O Ministério da Infraestrutura solicitou formalmente à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que delibere sobre a suspensão cautelar da resolução que instituiu o novo piso mínimo para o frete do transporte rodoviário de cargas. Uma audiência extraordinária está marcada para as 18h desta segunda-feira (22/07) e uma nova rodada de reuniões com representantes do setor e do governo acontecerá nesta quarta (24/07). Em ofício encaminhado à agência, assinado pelo ministro Tarcísio Gomes de Freitas, é ressaltado que foi observada “uma insatisfação em parcela significativa dos agentes de transporte” e que “diferenças conceituais quanto ao valor do frete e o piso mínimo que pode repercutir na remuneração final dos caminhoneiros” devem ser novamente discutidas com a categoria. Disponível em: <<http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/8908-por-solicita%C3%A7%C3%A3o-do-minfra,-antt-deve-suspender-de-forma-cautelar-tabela-de-frete.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

dos agentes públicos envolvidos. Basta ver que as Leis nºs 13.703 e 13.713 têm a mesma hierarquia que a Lei nº 13.784, de tal forma que esta não tem como se sobrepor àquelas. Não bastasse isso, veja-se que o próprio art. 3º, III – aqui pinçado como exemplo dos obstáculos que a aplicação da lei enfrentará – ressalva a livre fixação de preços apenas para *mercados não regulados*.

Ora, se basta a vontade do legislador para regular um mercado – o que aparentemente ocorreu no caso do *transporte rodoviário de cargas* – e, considerando que o legislador tende, até mais do que o administrador, às ancestrais práticas clientelistas do Estado brasileiro, resulta, ao final, para o art. 3º, III, pouca utilidade prática. Daí não parece infundado o temor de que isso venha a se repetir com outros dos *direitos da liberdade econômica* assegurados.

Outro risco que não deve ser subestimado é o de sabotagem da lei pelos encarregados da sua interpretação e aplicação, a teor do exemplo do que vem ocorrendo com igualmente recente Lei nº 13.655, que introduziu normas de direito público na Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹¹⁹. O Estado encarregado de assegurar liberdade econômica não é apenas o Estado-administrador, mas também o Estado-juiz, o Estado-legislador, o Estado-controlador. Para que se desenvolva efetivamente um ambiente de liberdade econômica no país, todos devem estar comprometidos com a mesma agenda.

¹¹⁹ Para ilustrar o argumento, observe-se que o art. 28, introduzido na LINDB pela Lei nº 13.655, trata da limitação da responsabilidade do agente público que, a seu teor, “responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A intenção do legislador no caso, claramente, era limitar a responsabilidade pessoal do agente público, de modo a estimular a ação administrativa, e não a paralisia que decorre do temor do agente público ante a possibilidade de sua ampla responsabilização. Sucede que, na interpretação e aplicação da referida norma, o TCU não apenas tem, em diversos julgados, adotado um conceito sobremaneira amplo de *erro grosseiro* (v.g. Acórdão 2677/18, Acórdão 2860/18 e Acórdão 2924/18), como também ressaltou a possibilidade de responsabilização patrimonial do agente pelo prejuízo causado (Acórdão 2391/2018 Plenário: “O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da CRFB). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei nº 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito. (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler)”. Tais orientações da Corte de Contas restringem significativamente o alcance da norma e frustram em alguma medida a intenção do legislador. Afiguram-se, ainda, como meio de reafirmação do espaço de poder e competência dos agentes de controle, muitos dos quais enxergaram a nova lei como um instrumento de redução de seus poderes, argumento que será mais bem explorado a seguir.

Todavia, a racionalidade deste processo é frequentemente comprometida pela origem histórico-social acima relatada. Os agentes públicos encarregados de interagir com os agentes econômicos em todas as instâncias integram, sociologicamente, a mesma tradição. Dessa forma, a incorporação do discurso e das práticas da livre iniciativa e do livre mercado só se daria com o rompimento dessa tradição em favor da técnica (no caso, a da legalidade), o que somente se pode alcançar com um processo lento¹²⁰.

Não bastasse apenas isso, há que se lidar também com a relutância dos agentes públicos das mesmas diversas esferas (executiva, reguladora, judicial, controladora, legislativa) à autocontenção, a admitir a possibilidade de sua não intervenção. Como já dito, o respeito à liberdade dos agentes econômicos importa, em significativa parte dos casos, na não ação, o que, conseqüentemente, significa perda de espaço de poder. A adoção desse comportamento vai de encontro justamente ao comportamento natural dessas instâncias estatais, que é o de disputa fraticida de poder, colhendo-se daí, como resultado, sempre a hipertrofia do Estado, e não o contrário (expectativa que parece nutrir a Lei nº 13.784).

Enfim, a Lei nº 13.784 é bastante jovem e, espera-se, tenha longa vida pela frente. Em que pese pudesse ter sido mais do que foi ao final¹²¹ – e a previsão de possível insucesso de algumas de suas disposições –, em geral aponta na direção correta. A matéria, de qualquer sorte, não comporta a adoção de um raciocínio dogmático jurídico tradicional, em que se busca a compreensão das normas inseridas apenas no contexto do sistema jurídico. Qualquer avanço no trato jurídico do tema da liberdade econômica pressupõe uma

120 “A racionalização assume algumas peculiaridades na esfera da administração pública. Aí ela é uma questão eminentemente sociológica antes de ser de qualquer outra natureza. A racionalização na esfera da administração não se converte em mera aplicação do saber técnico na organização de atividades. É, principalmente, um processo de transformação do aparato estatal, que se opera a custa da diminuição (e até anulação) da eficácia da tradição, ou melhor, que implica a substituição de ‘folkways’ por ‘technoicways’” (RAMOS, 1950 *apud* BARIANI, 2010), p. 22-23, grifo nosso. SILVA, Alex Júnior Costa da. Guerreiro Ramos e Administração Pública no Brasil. TCC. Fundação Euclides da Cunha de Apoio Institucional à UFF, p. 13. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4626086/mod_folder/content/0/GuerreiroRamosAPBnoBrasil.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

121 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari et al. Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. *Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP/ Escola de Direito de SP - SBDP*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-de-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

compreensão mais ampla das origens históricas e do contexto sociológico em que o tema se desenvolve no Brasil, com o que espera ter contribuído este texto de reflexão. Sem isso, corre-se o risco da frustração e da irrelevância de um discurso desapegado do que de fato ocorre.

1. Referências Bibliográficas

- ALVES, Raoni; MATOSO, Filipe. Ministério da Economia unificará Fazenda, Planejamento e Indústria, diz Paulo Guedes. *G1*, 30 out. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/30/ministerio-da-economia-unificara-fazenda-planejamento-e-industria-diz-paulo-guedes.ghtml>>. Acesso em: 17 nov. 2019.
- CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *Brazil is not for amateurs: patterns of governance in the land of "jeitinho"*. U.S.: A. W. McEachern Xlibris Ed., 2002. p. 26.
- HARSANYI, David. *O estado babá: como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas cabeças-duras tentam infantilizar a sociedade*. Trad. Carla Werneck. Rio de Janeiro: Litter9, 2011. p. 3.
- MOTA, Camilla Veras. *Paralisação de caminhoneiros é um misto de greve e locaute, diz sociólogo do trabalho*. *BBC Brasil*, 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44256413>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- POR solicitação do MINFRA, ANTT deve suspender de forma cautelar tabela de frete. *Ministério da Infraestrutura*, 5 ago. 2019. Disponível em: <<http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/8908-por-solicita%C3%A7%C3%A3o-do-minfra,-antt-deve-suspender-de-forma-cautelar-tabela-de-frete.html>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- RAMOS, Alberto Guerreiro. *O problema nacional do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1960. p. 26-27.
- SILVA, Alex Júnior Costa da. Guerreiro Ramos e Administração Pública no Brasil. TCC. Fundação Euclides da Cunha de Apoio Institucional à UFF, p. 13. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4626086/mod_folder/content/0/GuerreiroRamosAPBnoBrasil.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari et al. Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. *Sociedade Brasileira de Direito Público - SDP/Escola de Direito de SP - SBDP*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.



ARTIGOS DOS DISCENTES

6

Bruno Guedes

Autonomia do Banco Central do Brasil: Justificativas e Perspectivas

Autonomia do Banco Central do Brasil: Justificativas e Perspectivas

Bruno Guedes¹²²

Resumo

Desde, pelo menos, o ano de 2003, o Brasil discute sobre a necessidade de se instituir um modelo de governança do Banco Central baseado em autonomia técnica e operacional. Passados mais de 15 anos do início desses debates, o governo empossado em 2019 parece estar decidido a levar essa mudança institucional adiante. Neste contexto, parece oportuna uma análise sobre o significado e as implicações de um Banco Central autônomo e o que isso pode gerar para o Brasil. Os propósitos desse artigo são (i) analisar trabalhos teóricos e empíricos sobre o tema para entender o que significa um Banco Central autônomo e o qual a relevância dessa autonomia para o desempenho econômico de um país; e (ii) analisar os projetos de lei sobre o tema que tramitam no Congresso Nacional para identificar seus méritos e potenciais falhas.

Palavras-chave: regulação, regulação financeira, liberdade econômica, autonomia do Banco Central.

1. Introdução

A discussão sobre a autonomia do Banco Central não é nova, nem no Brasil ou no mundo. Em momentos de crise e de alta inflação, a discussão retorna com mais força às agendas política, jurídica e econômica.

Em paralelo a essas discussões, tramitava desde 2003 o Projeto de Lei nº 32/2003, que confere mecanismos de fortalecimento e ampliação da autonomia do Banco Central. Com o início do novo governo, empossado em 2019, dois novos projetos de lei despontaram como candidatos ao marco institucional sobre a autonomia do Banco Central. Neste contexto, a análise das alterações propostas

¹²² Mestrando em Direito da Regulação, na Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Extensão em Fusões e Aquisições (Cross-border transactions - M&A Settings) na PUC/Rio. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Advogado em Schmidt, Valois, Miranda, Ferreira & Agel - Advogados.

pelos Projetos, à luz das finalidades e objetivos de uma autoridade monetária, se mostra oportuna.

O objetivo do texto pode ser traduzido na seguinte pergunta: os Projetos de Lei nº 32/2003, o Projeto de Lei Complementar do Senado nº 19/2019 e/ou o Projeto de Lei Complementar 112/2019 conferirão maior autonomia ao Banco Central? Para responder a essas perguntas, será, inicialmente, feita uma breve investigação sobre as razões de ser, os objetivos e as funções de uma autoridade monetária central. Após, se passará à análise do significado da autonomia de um banco central para, na sequência, apresentar algumas conclusões gerais extraídas de estudos empíricos sobre as consequências de se instituir uma autoridade monetária central e autônoma.

Por fim, será feita análise comparativa sobre o atual arcabouço jurídico do Banco Central para verificar, à luz das constatações anteriores, o seu nível de autonomia versus as propostas dos Projetos de Lei que tramitam no Congresso sobre o tema. Para concluir, será analisado se essas alterações podem, de fato, permitir um melhor cumprimento integral ou parcial das atividades do Banco Central, tomando como base as constatações empíricas verificadas.

2. Bancos Centrais

2.1 Funções e Objetivos

Enquanto a *moeda* surge da interação das forças de mercado, as *autoridades monetárias centrais* surgem da intervenção governamental¹²³. Notadamente, a primeira decorre da necessidade de se encontrar um instrumento para desenvolver o processo de trocas de excedentes, permitindo: (i) servir como unidade de referência; (ii) ser usado como meio de trocas e reserva de valor; (iii) viabilizar trocas fracionadas; e (iv) facilidade de transporte e armazenamento¹²⁴.

As autoridades centrais, por sua vez, teriam surgido, primariamente, como emissor monopolista de moedas, sendo que, desta

¹²³ SENNA, José Júlio. *Política monetária: ideias, experiências e evolução*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 97.

¹²⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 432.

prerrogativa, decorreriam suas demais funções¹²⁵. Neste contexto, o regime monopolista de emissão da moeda pode ser justificado por duas razões:¹²⁶ (i) *monopólio técnico*¹²⁷: para haver estabilidade na preservação do valor da moeda, é preciso haver controle sobre a sua emissão, uma vez que, enquanto o valor de mercado de uma moeda for superior a seu custo de produção, em tese, haverá incentivos para a continuidade de emissão de moedas independentes; e (ii) *externalidades*: considerando ser um meio de trocas e uma unidade de referência, a ausência de uniformidade entre moedas de emissores impede sua ampla aceitação, de modo que transacionar com a moeda emitida por um determinado agente pode gerar impactos em um terceiro que venha a recebê-la.

Não obstante, a partir do momento em que uma instituição tem o monopólio da emissão de moedas, passa a existir uma tendência à centralização de recursos neste órgão, que passa a funcionar como *depositário das reservas do sistema*. Desta posição privilegiada, surge a capacidade de controlar a oferta de crédito do sistema, conferindo à autoridade monetária central a função de *condutora da política monetária*. Além disso, por essas particularidades e pelo fato de a atividade financeira se caracterizar pelo descompasso temporal¹²⁸, a *fidúcia*¹²⁹ se traduz como elemento fundamental da atividade. Assim, a autoridade monetária tem a função de *estabilização financeira*, que pode ser caracterizada pela preservação na confiança de que as obrigações financeiras serão cumpridas, evitando, assim, demanda massiva por recursos depositados, gerando, assim, problemas de liquidez¹³⁰. Esta função, por sua vez, é, em grande medida, desempenhada pelo papel de *emprestador de última instância*, isto é, emprestando recursos às instituições financeiras solventes que enfrentem problemas de liquidez¹³¹ – o que alguns entendem

125 SMITH, Vera C. *The rationale of central banking and the free banking alternative, foreword by Ieland Yeager*. Indianapolis: Liberty Fund, 1990. p. 167. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/1413>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

126 SENNA, op. cit., p. 102.

127 Ibid.

128 PINHEIRO, op. cit., p. 449.

129 PORTO, Antônio José Maristrello. Regulação financeira no Brasil. In: Sérgio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. V. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 87.

130 BLINDER, Alan S. How central should the central bank be? *Journal of Economic Literature*, v. 48, n. 1, mar. 2010.

131 PINHEIRO, op. cit., p. 467.

ser seu papel distintivo¹³². Porém, ao socorrer as instituições com problemas de liquidez, a autoridade monetária central pode gerar incentivos para que as instituições assumam riscos desnecessários, ou que não tomariam em outras circunstâncias (o chamado *risco moral*), o que justifica a atuação da autoridade monetária central atue como supervisora, fiscalizadora e reguladora das instituições financeiras. Isto não quer dizer, no entanto, que as justificativas para a regulação financeira se esgotem aí. Não mesmo.

Na verdade, sendo o mercado financeiro “o cérebro de todo o sistema econômico, o *locus* central de tomada de decisão: se ele falhar, não apenas os lucros do setor serão menores, mas a performance de todo o sistema econômico pode ser afetado¹³³”. Com isso:

os mercados financeiros se mostram marcadamente distintos de outros mercados; sendo que as falhas de mercado são mais passíveis de serem nocivas a esses mercados; e que existem formas de intervenção governamental que não apenas farão com que esses mercados funcionem melhor, mas também promoverão uma melhora em todo o sistema econômico¹³⁴.

As razões para a intervenção regulatória do Estado na atividade financeira podem ser de ordem macroeconômica (manutenção do poder de compra da moeda) ou microeconômica (assegurar eficiência e equilíbrio do mercado)¹³⁵, sendo possível resumir os principais motivos pelas quais o Estado regula atividade bancária: (i) proteger o consumidor; (ii) garantir a eficiência do mercado pela redução de custos de transação; e (iii) evitar competição predatória¹³⁶.

132 BLINDER, op. cit., p. 4.

133 “the ‘brain’ of the entire economic system, the central locus of decisionmaking: if they fail, not only will the sector’s profits be lower than they would otherwise have been, but the performance of the entire economic system may be impaired”. STIGLITZ, Joseph E. The role of the state in financial markets. *The World Bank Economic Review*, v. 7, supl. 1, p. 19-52.

134 “financial markets are markedly different from other markets; that market failures are likely to be more pervasive in these markets; and that there exist forms of government intervention that will not only make these markets function better but will also improve the performance of the economy”. Ibid.

135 PINHEIRO, op. cit., p. 449.

136 SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancária – Navegando mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001. p. 90.

Neste contexto, pode-se dizer que, após complexo e tortuoso processo evolutivo, os bancos centrais assumiram as funções de: (i) emissor monopolista de moeda; (ii) depositário de reservas do sistema; (iii) prestador de última instância; (iv) supervisor e regulador da atividade financeira; (v) condutor da política monetária; e (vi) estabilização financeira.

Destas funções, passou-se a condensar os propósitos da autoridade monetária central em dois principais objetivos: (i) garantir estabilidade monetária; e (ii) conferir estabilidade financeira¹³⁷. Importa notar que ambos os objetivos têm natureza restritiva, impondo limites aos operadores e agentes públicos e privados do sistema financeiro, o que acaba por trazer conflitos entre objetivos e instrumentos utilizados pelas autoridades monetárias¹³⁸.

Neste contexto e com tais propósitos, durante muito tempo, no Brasil¹³⁹ e no mundo¹⁴⁰, a atuação dos bancos centrais ao redor do mundo focou precipuamente no controle da inflação. No entanto, com a alteração das dinâmicas do mercado e do contexto econômico-financeiro de um país, os objetivos de um banco central também podem variar¹⁴¹.

A forma como um banco central busca seus objetivos depende de seu desenho institucional. Por sua vez, ao se desenhar um banco central, três elementos devem ser especificados, notadamente: (i) seus objetivos, metas e propósitos; (ii) os recursos e instrumentos disponíveis e restrições à atuação; (iii) deveres e compromissos¹⁴². Esses elementos, por sua vez, podem se desdobrar em doze dimensões, quais sejam: delimitação e escopo do mandato legal do banco; escolha e identificação dos objetivos de longo-prazo; definição do nível potencial de influência de políticas de curto-prazo na atuação

137 CAPIE, Forrest Central Banking In: CASSIS, Youssef; SCHENK, Catherine; GROSSMAN, Richard. *The Oxford handbook of banking and financial history*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1.

138 NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 258.

139 SCHYMURA, Luiz Guilherme. Regulação e aspectos institucionais brasileiros. In: Sérgio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. V. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 273.

140 DOW, Sheila C. The relationship between central banks and governments: what are central banks for? In: GOODHART, C., GABOR, D., VESTERGAARD, J., Ertürk, I. (Eds.). *Central banking at a crossroads: Europe and beyond*. London: Anthem Press, 2014. p. 229.

141 Ibid.

142 REIS, Ricardo. *Central bank design*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 27, n. 4, p. 17-44, 2013. p. 18.

do banco; escolha das características e atribuições do “banqueiro central”; escopo das limitações de atuação como fonte de recursos; nível e forma de interação com autoridades fiscais; definição da variedades de ativos que podem ser detidos e emitidos pelo banco; forma de incidência de juros sobre reservas; nível de comprometimento com anúncios e direcionamentos ao mercado; definição de regras de transparência; escolha de canais de comunicação; e formas de *accountability*¹⁴³.

Apesar das possibilidades de desenhos institucionais para endereçar cada uma dessas dimensões, uma discussão recorrente, no Brasil e no mundo, refere-se à necessidade e à suficiência de se conferir autonomia e/ou independência à autoridade monetária central para viabilizar a consecução de seus objetivos. Primeiramente, é oportuno conceituar e caracterizar as expressões autonomia e independência para, na sequência, indicar como se dá a operacionalização desses conceitos na prática e quais as consequências decorrentes de sua(s) instituição(ões).

2.2 Independência e Autonomia do Banco Central

A independência de um banco central se traduz pela blindagem da autoridade monetária da instrumentalização da política monetária pelo poder político vigente¹⁴⁴ em interesses de natureza estranha ao mandato legal da instituição. Uma distinção comumente feita pela literatura¹⁴⁵, no entanto, relaciona *autonomia* à liberdade operacional, enquanto *independência* teria a ver com a ausência de restrições institucionais.

Essa distinção, por outro lado, se assemelha àquela feita por Fischer¹⁴⁶, ao separar “independência objetiva” (quando o banco estabelece livremente seus próprios objetivos) da “independência instrumental” (quando o banco escolhe os instrumentos a serem utilizados na busca por seus objetivos), sendo que apenas o segundo seria desejável nas democracias modernas.

¹⁴³ Ibid., p. 37.

¹⁴⁴ FRIEDMAN, Milton *apud* CAPIE, Forrest. Op. cit., p. 19.

¹⁴⁵ LYBEK, Tonny Central Bank autonomy, accountability, and governance: conceptual framework. *Russian and East European Finance and Trade*, v. 35, n. 6, p. 7-44, 1999.

¹⁴⁶ FISCHER, Stanley. Central-bank independence revisited. *The American Economic Review*, v. 85, n. 2, p. 201-206, 1995 p. 202.

Há, por outro lado, quem entenda pela adequação de uma divisão conceitual quadrupla¹⁴⁷ sobre os tipos de autonomia que podem ser atribuídos à autoridade monetária central, quais sejam: (i) autonomia objetiva (*goal autonomy*), caracterizada pela atribuição ao banco central de autoridade legal suficiente para determinar seu objetivo primário, à luz do texto legal em vigor; (ii) autonomia de metas (*target autonomy*), que permite à autoridade monetária determinar metas concretas objetivas a serem alcançadas pelo banco na condução de sua política monetária e na busca de seus objetivos pré-estabelecidos (como, por exemplo, percentual da inflação a ser perseguido ou valor da taxa básica de juros); (iii) autonomia instrumental (*instrument autonomy*), consiste na autoridade individual do banco central de escolher os instrumentos econômicos que julgar adequados na busca por seus objetivos; e (iv) autonomia limitada ou inexistente (*limited or no autonomy*), cuja definição entende-se como sendo autoexplicativa.

Neste contexto, *goal e target autonomies* são tidos como níveis relativamente altos de autonomia¹⁴⁸. Por outro lado, a autonomia instrumental permitiria a redução dos riscos de manipulação da política monetária no curto-prazo, mas, para produzir resultados no longo-prazo, seria necessário um compromisso institucional mais duradouro com a autonomia conferida à autoridade monetária central.

No entanto, como é possível intuir, definir efetivamente as condições necessárias e suficientes para a caracterização de autonomia e os elementos necessários para aferir o nível dessa autonomia num país é extremamente difícil e objeto de larga discussão¹⁴⁹. Não obstante,

147 LYBEK, op. cit., p. 3-4.

148 Ibid.

149 ALESINA, Alberto; SUMMERS, Lawrence. Central bank independence and macroeconomic performance: some comparative evidence. *Journal of Money, Credit and Banking*, v. 25, p. 151-62, 1993. Há dois pontos centrais de pesquisa, o primeiro busca delimitar a independência do Banco Central em alguns países, utilizando uma média alcançada em pesquisas empíricas realizadas que abordam a relação do banco central (e a frequência de contato) com o governo, seu procedimento de designação e destituição de membros e papel governamental no conselho do banco central, ao mesmo tempo comparando a média de independência dos bancos centrais com seu impacto na independência política (leia-se a possibilidade do Banco Central estipular suas próprias políticas sem sofrer influência governamental) e independência econômica (leia-se a possibilidade de estabelecer as medidas econômicas sem interferência governamental). O segundo cenário busca relacionar os dados obtidos sobre a independência do Banco Central com a média e variação dos índices de inflação, crescimento do PIB, crescimento *per capita*, desemprego, e taxas de juros dos mesmos países, no intuito de mensurar o desempenho econômico no período entre 1955 a 1988.

diversas pesquisas comungam da divisão analítica¹⁵⁰ entre independência política e independência econômica¹⁵¹, apesar de os elementos caracterizadores desses tipos de independência também variarem conforme o estudo, uma análise de ordem jurídica da independência da autoridade monetária acaba sendo recorrente¹⁵², com especial foco em:¹⁵³ (i) processos de nomeação e destituição das autoridades monetárias; (ii) existência e duração de mandatos das autoridades monetárias; (iii) existência e quantidade de autoridades governamentais na composição dos órgãos decisórios do banco central e sua influência; (iv) existência de objetivos e finalidades legais definidos; (v) submissão a regras específicas quanto aos instrumentos para a consecução de seus objetivos; e (vi) nível de facilidade de o governo se financiar às custas do banco central (sendo este um dos principais aspectos de mensuração da independência econômica de um banco central)¹⁵⁴.

Os estudos sobre o tema parecem apontar para algumas conclusões, em especial que: (i) a forma e escopo da autonomia conferida à autoridade monetária é relevante para o sucesso da política monetária; (ii) há relação entre autonomia da autoridade monetária e preservação do valor da moeda; (iii) o alinhamento de incentivos e objetivos entre instituições políticas é fundamental para conferir sustentabilidade e efetividade às decisões do banco central; (iv) *per se*, a autonomia do banco central não garante crescimento contínuo e sustentável do país, dependendo de alinhamento entre política monetária e política fiscal (significa, ainda, que a estabilidade monetária não implica em estabilidade financeira);¹⁵⁵ (v) a efetividade de um modelo específico de autonomia depende do contexto político-econômico do país no momento da instituição do modelo,

150 EIJFFINGER, S.C.W.; DE HAAN, Jakob. The political economy of central bank independence. *Special Papers in International Economics*, Princeton, n. 19, p. 22, 1996. Os autores comparam o desempenho de bancos centrais independentes já existentes, com seu possível impacto na inflação e tentativa de comprovação de possível vínculo entre a independência de bancos centrais com o crescimento econômico e outros impactos econômicos (sendo eles juros, déficits e créditos concedidos pelos bancos centrais) em seus respectivos países. Neste estudo, foram utilizados, como meio de avaliação de independência do banco central, o sistema político de cada país (em especial, sua instabilidade), tomando como base alguns índices de independência já desenvolvidos por diferentes autores.

151 Tomadas no sentido de "autonomia" acima descrito.

152 ALESINA, op. cit., p. 153.

153 EIJFFINGER, op. cit., p. 24.

154 ALESINA, op. cit., p. 153.

155 CAPIE, op. cit., p. 4.

bem como do nível de *accountability* e de freios e contrapesos da autoridade,¹⁵⁶ e (vi) em alguns casos, o nível de autonomia do banco central pode incentivar a adoção de níveis insuficientes de supervisão, fiscalização e regulação da atividade financeira.

Em suma, é possível dizer que conferir juridicamente autonomia a uma autoridade central pode, sim, viabilizar uma preservação do valor da moeda, em especial nos países em desenvolvimento e com sistemas políticos fragmentados e polarizados¹⁵⁷. No entanto, para que apresente sustentabilidade e eficiência, é preciso haver coordenação com as autoridades fiscais e comprometimento da classe política com os objetivos do banco central. Em especial, deve-se lembrar que, possivelmente, a aprovação de uma nova norma não resultará nos objetivos estipulados se uma das razões para que um país faça reformas institucionais e regulatórias for o descumprimento, a flexibilização e relativização por conveniência, ou a burla sistemática das regras vigentes¹⁵⁸.

Diante dessas análises, torna-se oportuno verificar o marco normativo do Banco Central do Brasil, suas atribuições e objetivos, para, à luz dos estudos analisados, avaliar se (e qual tipo de) autonomia pode conferir maior capacidade para a consecução dos objetivos legais do Banco Central.

156 KEEFER, Philip. STASAVAGE, David. Bureaucratic delegation and political institutions: when are independent central banks irrelevant? *World Bank Policy Research Working Papers*, n. 2356, fev. 2001. p. 30. Os autores analisaram a independência de bancos centrais em 72 países durante o período de 1950 a 1989 (calculando o índice de independência através do tempo de mandato dos diretores, limites para o empréstimo ao governo e procedimento de resolução de conflitos entre o governo e banco central), com o objetivo de mensurar seu impacto na inflação em países desenvolvidos e em desenvolvimento, além de comparar os dados obtidos com os efeitos dos sistemas de freios e contrapesos e interferência política de cada país (calculado através de índices estipulados sobre as limitações governamentais, quantidade de pessoas com poder de veto e influência de diferentes partidos políticos).

157 DE HAAN, Jakob; EIJJFINGER, Sylvester C. W. The politics of central bank independence. *CentER Discussion Paper Series*, n. 4, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2887931>>. Acesso em: 18 nov. 2019. O estudo analisa diferentes estudos empíricos sobre bancos centrais independentes (e suas "qualidades", leia-se: conservadorismo, instrumentos de independência e nível de sujeição à interferência política), com seu respectivo impacto na inflação e no vínculo na estabilidade econômica do país. Além disso, foram analisadas metodologias de diferentes estudos que compreendem diferentes conceitos de independência do banco central, alterados após as crises econômicas mundiais. Além disso, os autores buscam verificar se e como houve uma mudança nas dinâmicas interferências políticas, analisando situações concretas dos países selecionados.

158 Conforme: ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon; QUERUBIN, Pablo; ROBINSON, James A. When does policy reform work? The case of central bank independence. *Brookings Papers on Economic Activity*, v. 39, n. 1, p. 351-429. Neste contexto, atente-se à possibilidade de *seesaw effect* - "quando a reforma política é (parcialmente) eficaz, pode levar a uma deterioração em outros componentes (não reformados) da política, a fim de satisfazer as demandas subjacentes aos políticos - um fenômeno que chamamos de efeito gangorra".

3. A Questão da Autonomia do Banco Central do Brasil

3.1 Contexto Jurídico e Fático

No Brasil, após o desfecho do impasse de várias décadas sobre a instituição de uma autoridade monetária com vocação para assegurar a estabilidade da moeda, o Banco Central foi formalmente instituído em 1964, sendo que, após brevíssimo tempo atuando de forma independente, passou a ser subserviente¹⁵⁹ – a afirmação do General Costa e Silva de que o presidente era o guardião da moeda, e não a autoridade monetária, ilustra bem a concepção governamental sobre o papel do Banco Central à época¹⁶⁰.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) confere alguns contornos mínimos ao Banco Central, notadamente: (i) exerce a competência da União na emissão monopolista de moeda (art. 164); (ii) prestador exclusivo para instituições financeiras, sendo vedada o repasse ao Tesouro Nacional (artigo 164, parágrafo 1º); (iii) pode atuar no mercado aberto pela compra e venda de títulos por ele emitidos (art. 164, parágrafo 2º); (iv) será a depositária dos recursos da União disponíveis em caixa; e (v) terá seu presidente escolhido nomeado pelo presidente da república após aprovação do senado federal (art. 52, II, d) c/c art. 84, XIV).

Além disso, é importante notar que:

o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Conforme o art. 192 da CRFB.)

Não obstante, a Lei nº 4.595/1964 dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho

159 FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 389.

160 SENNA, op. cit., p. 458.

Monetário Nacional e, dentre outras providências, estabelece, em seus artigos 10 e 11, as competências do Banco Central do Brasil como: emitir moeda-papel e moeda metálica em caráter monopolista; executar os serviços do meio-circulante; determinar o recolhimento e assegurar a manutenção dos recolhimentos compulsórios e os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras; realizar operações de redesconto e empréstimos a instituições financeiras bancárias; exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; efetuar o controle dos capitais estrangeiros; ser depositário das reservas oficiais; exercer a fiscalização e regulação das instituições financeiras, desempenhando permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem; buscar o funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos; efetuar compra e venda de títulos de sociedades de economia mista e empresas do Estado; emitir títulos de responsabilidade própria, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Neste contexto, as funções do Banco Central, além de abrangerem as funções tradicionais supracitadas, também abrangem outros aspectos, como a transação de títulos de estatais ou a busca pelo equilíbrio do balanço de pagamentos, que não são tradicionalmente relacionados às funções das autoridades monetárias. De forma mais objetiva:

o Banco Central tem por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Consórcio; a gestão do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e dos serviços do meio circulante. (Regimento interno do Banco Central do Brasil, artigo 2º)

Porém, a atuação do Banco Central encontra, legalmente, limites políticos na sua atuação, destacando-se:¹⁶¹ (i) o fato de não

161 PELLEGRINI, Josué A. *Autonomia do banco central*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2004. p. 29.

haver mandato fixo para os dirigentes; (ii) a influência exercida pelo Conselho Monetário Nacional (órgão tipicamente político, considerando sua composição e forma de indicação), nos termos da legislação em vigor; (iii) a abrangência de competências, muitas vezes conflitante com as atribuições legais; e (iv) a falta de coordenação política entre banco central e autoridades fiscais pode ser causa de obstáculos no desenvolvimento do Banco Central – muito embora a vedação de empréstimos ao Tesouro ser uma forma de conformar, em parte, esse aspecto¹⁶².

Ao assumir a forma de autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda (agora Ministério da Economia), fica evidente que o Banco Central não é uma agência administrativa independente¹⁶³. Neste contexto, é oportuno que se lembre que a autonomia decisória é elemento distintivo¹⁶⁴ das agências reguladoras, centradas nas ideias¹⁶⁵ de (i) estabilidade regulatória e (ii) credibilidade regulatória. Não obstante, ambas as ideias também servem, *mutatis mutandis*, de justificativas para o argumento pela autonomia do Banco Central¹⁶⁶ (sendo, por outro lado, os argumentos de déficit democrático e de *accountability* os mais utilizados em sentido contrário)¹⁶⁷.

3.2 Autonomia do Banco Central: Análise dos Projetos de Lei e suas Perspectivas

Como visto, a discussão sobre a adequação de conferir autonomia ao Banco Central é bastante rica e controversa, além de relativamente antiga. No Brasil, era o Projeto de Lei nº 32 de abril de 2003 aquele que parecia tramitar com maiores condições de aprovação. Todavia, o governo empossado em 2019 tem outros dois projetos que despontaram com o objetivo de conferir maior autonomia ao Banco

162 SCAFF, Fernando Facury. SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Anotações ao artigo 164 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1749.

163 MOREIRA, Egon Bockmann. Agência administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 93-112, out. 1999. p. 110.

164 GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 119.

165 MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 239.

166 FORDER, James. Central bank independence – conceptual clarifications and interim assessment *Oxford Economic Papers*, v. 50, n. 3, p. 307-334, 1 jul. 1998.

167 PELLEGRINI, op. cit., p. 33.

Central, quais sejam: o Projeto de Lei Complementar nº 112/2019, em tramitação na Câmara dos Deputados e o Projeto de Lei Complementar nº 19/2019, iniciado e tramitando no âmbito do Senado Federal. Pretende-se, aqui, fazer breve análise de cada um dos projetos, a fim de indicar seus méritos e os possíveis pontos conflituosos.

O Projeto de Lei nº 32/2003 traz dispositivos com objetivos claros de alinhamento ao conceito de autonomia do Banco Central. Destaca-se, nesse contexto, (i) a definição específica dos objetivos a serem perseguidos pelo Banco Central (a defesa da moeda nacional e a estabilidade econômica, conforme sugestão de art. 4º); (ii) definição específica de competências para (a) formular e executar a política monetária, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, (b) regular a execução de serviços de sistemas de pagamentos, inclusive estabelecendo requisitos e condições mínimas aplicáveis a seus integrantes; e (c) regular a CRFB, o funcionamento e a fiscalização das instituições financeiras (conforme sugestão de artigo 5º); (iii) a fixação de mandato de dirigentes por prazos fixos, sendo de 4 anos para o presidentes e de 7 anos para os membros da diretoria (conforme artigo 7º); (iv) possibilidade de exoneração apenas em casos de “desempenho insuficiente”, perda de reputação ilibada ou incapacidade física de exercício de suas funções; e (v) retira determinadas limitações instrumentais fixadas na Lei nº 9.069/1995.

As medidas propostas, neste contexto, têm o objetivo de conferir maior capacidade para que o Banco Central desenvolver suas atividades de condutor da política monetária e de estabilizador financeiro. Isto porque as demais funções tradicionais de emissor monopolista, depositário de recursos do sistema, prestador de última instância e regulador estão preservadas.

Relembrando que a autonomia de um Banco Central depende dos (i) tipos de processos de nomeação e destituição das autoridades monetárias; da (ii) existência e duração de mandatos das autoridades monetárias; da (iii) existência e quantidade de autoridades governamentais na composição dos órgãos decisórios do banco central e sua influência; da (iv) existência de objetivos e finalidades legais definidos; da (v) submissão a regras específicas quanto aos instrumentos para a consecução de seus objetivos; e de (vi) nível

de facilidade de o governo se financiar às custas do banco central (sendo este um dos principais aspectos de mensuração da independência econômica de um banco central), algumas considerações sobre o Projeto de Lei são oportunas.

Inicialmente, percebe-se a instituição de mandato fixo, por prazo determinado e com hipóteses restritas de exoneração dos cargos de gestão da autoridade monetária. No entanto, a falta de definição sobre o conceito de “desempenho satisfatório” pode ser problemática, considerando que o desenvolvimento das atividades de um banco central não ocorre num vácuo e, conseqüentemente, nem todo desempenho econômico começa e termina na política monetária de um país¹⁶⁸.

Por outro lado, a definição clara dos objetivos a serem perseguidos pelo Banco Central, de alguma forma, permite maior nível de segurança para avaliações de desempenho, bem como confere segurança ao delimitar as finalidades de sua atuação. Esse aspecto, como visto, é relevante para assegurar a existência de autonomia e, principalmente, sua funcionalidade, auxiliando os processos de *accountability*¹⁶⁹. Além disso, a exclusão das amarras instrumentais decorrentes da Lei do Plano Real e da redução da submissão do Banco Central ao Conselho Monetário Nacional permitem uma maior consistência da chamada “autonomia instrumental”.

O Projeto de Lei do Senado nº 19/2019, por sua vez, é bastante objetivo em sua redação e dispõe expressamente sobre “a nomeação e demissão do Presidente e dos Diretores do Banco Central do Brasil”. O objetivo deste projeto é conferir “autonomia formal ao Banco Central do Brasil para que execute suas atividades essenciais ao país sem sofrer pressões políticas”, com a finalidade última de “levar à redução das expectativas inflacionárias e dos prêmios de risco inflacionários de longo prazo” e, com isso, “levar a taxa básica de juros a um patamar menor e juros reais menores, melhorando o ambiente dos negócios, gerando círculo virtuoso na economia brasileira¹⁷⁰”.

168 CAPPÍE, op. cit., p. 3.

169 LYBEK, op. cit., p. 24.

170 Conforme: Justificação do Projeto de Lei do Senado nº 19/2019, de autoria do Senador Plínio Valério.

Em seus seis artigos, este projeto determina que a diretoria do Banco Central será formada por oito diretores e um presidente, indicados pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal. Apesar de o Projeto de Lei do Senado nº 119/2019 não mencionar expressamente sobre a “autonomia” do Banco Central, em nenhuma de suas acepções, buscou-se conferir maior segurança aos mandatários da instituição nos termos do art. 2º, III do Projeto de Lei do Senado, que estipulou um rol taxativo para as hipóteses de perda de mandato dos membros da diretoria, quais sejam: (i) condenação criminal transitada em julgado; (ii) pedido de dispensa motivado; e (iii) demissão por iniciativa do Presidente da República, com exposição de motivos e justificação, devidamente aprovada pelo Senado Federal, condicionado ao exercício do direito de defesa pelo mandatário.

Além disso, o Projeto de Lei do Senado também estabelece em seis meses o período de “quarentena” dos dirigentes, com o objetivo de impedir o uso de informações privilegiadas sobre o setor financeiro por ex-dirigentes. Por fim, ele propõe a prestação de contas semestral, mediante a apresentação, ao Senado Federal, dos relatórios de inflação e análises sobre a estabilidade financeira do país, justificando as decisões tomadas durante o período. Esta última, uma clara tentativa de estabelecer mecanismos de *accountability* para o exercício desses cargos.

O Projeto de Lei Complementar nº 112/2019, por sua vez, parece mais robusto e abrangente que os outros dois projetos. Inicialmente, o projeto de lei é taxativo ao determinar “sobre a sua autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira e sobre os mandatos de seus dirigentes”, além de estabelecer com clareza como objetivo fundamental do Banco Central a estabilidade de preços, além da função de zelar pela estabilidade financeira. Ademais, fica estabelecida a conceituação do Banco Central como “autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e pela estabilidade durante seus mandatos”. Percebe-se, nesse contexto, uma grande preocupação com a descrição das dimensões de autonomia que se pretende conferir

ao Banco Central. Além disso, deve-se notar a expressa referência à ausência de vinculação do Banco a qualquer Ministério, algo que auxilia na blindagem política do órgão.

Ao contrário do Projeto de Lei do Senado nº 19/2019, portanto, o Projeto de Lei Complementar nº 112/2019 prestigia a não coincidência dos mandatos dos diretores, com o objetivo de conferir ainda maior blindagem aos diretores contra influências políticas relacionadas a ciclos eleitorais¹⁷¹, além de permitir maior oxigenação dos quadros de diretoria. Outro aspecto relevante do Projeto de Lei Complementar nº 112/2019 consiste na impossibilidade de os membros da Diretoria serem passíveis de responsabilização por atos praticados no exercício de suas atribuições que, segundo a Exposição de Motivos, tem o propósito de conferir “a serenidade necessária para a adoção de medidas voltadas à manutenção da estabilidade monetária e financeira, em especial em cenários de crise”.

Não obstante, ainda permanece uma certa vagueza quanto às hipóteses de destituição dos dirigentes da autoridade monetária, em caso de insuficiência de performance, da mesma forma que os demais projetos. Apesar de vagueza dos textos jurídicos ser natural, deve-se atentar, nos casos de descrição das hipóteses de demissão, que sejam estabelecidos critérios objetivos e de simples operacionalização. O mérito, no presente caso, parece atribuir ao Conselho Monetário Nacional a prerrogativa exclusiva de requerer tal exoneração, em vez de incumbi-la ao Presidente da República, o que pode significar, na prática, uma maior possibilidade de blindagem política da instituição.

4. Considerações Finais

A presente análise procurou apresentar uma breve explicação dos objetivos e funções dos bancos centrais na literatura econômica, dentre as quais cinco principais funções foram identificadas. A partir da definição da razão de ser da autoridade monetária, passou-se a analisar a recorrente discussão sobre a relevância de conferir autonomia e/ou independência a esta instituição. Neste contexto,

171 Conforme: Exposição de Motivos EMI nº 00025/2019 BACEN ME.

apresentou-se as distinções entre os termos e alguns elementos necessários para sua verificação.

Com estas premissas, foi feita uma análise do arcabouço legal brasileiro, verificando que, apesar de possuir certa autonomia instrumental, diversos elementos fundamentais à autonomia efetiva do Banco Central são preteridos pela legislação em vigor, em especial com relação à nomeação e exoneração de dirigentes. Seguindo a tendência mundial, o Brasil também discute, há décadas, a necessidade de se conferir autonomia ao Banco Central, sendo que, ao que parece¹⁷², essa mudança institucional deve ocorrer em breve.

Após analisar as principais alterações propostas pelos Projetos de Lei analisados, de fato, parece que a aprovação de algum desses projetos significará um maior nível de autonomia ao Banco Central, sendo que a proposta constante do Projeto de Lei Complementar nº 112/2019 parece a mais robusta e abrangente, à medida em que: (i) esclarece com maior nível de detalhe os objetivos a serem perseguidos pela instituição; (ii) estabelece expressamente a autonomia operacional, técnica, administrativa e financeira, (iii) estabelece mandatos escalonados, reduzindo a possibilidade de homogeneidade nos perfis dos mandatários do Banco Central; (iv) determina a ausência de vinculação a qualquer Ministério de Estado, sem qualquer tipo de submissão ou subordinação. Os outros projetos, no entanto, são mais sucintos e vagos – muito embora haja uma perigosa vagueza quanto às hipóteses de destituição dos dirigentes da autoridade monetária, em caso de insuficiência de performance. Além disso, o Projeto de Lei Complementar nº 112/2019 trata da prestação de contas ao Tribunal de Contas da União (TCU), o que pode limitar, de alguma maneira, a atuação efetivamente autônoma do Banco Central, uma vez que os casos de extrapolação de funções pelo TCU já vêm sendo fartamente documentados¹⁷³.

172 Conforme: SENADO NOTÍCIAS. Autonomia do Banco Central está na pauta da CAE. 18 OUT. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/18/autonomia-do-banco-central-esta-na-pauta-da-cae>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

173 JORDÃO, Eduardo Ferreira. A expansão do TCU para dentro de entidades controladas. *JOTA*, 17 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/a-expansao-do-tcu-para-dentro-de-entidades-controladas-17072019>>. Acesso em: 18 nov. 2019.; e RIBEIRO, Maurício Portugal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal! *JOTA*, 31 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tcu-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Portanto, em resposta à primeira pergunta formulada no início desse texto, afirma-se que, sim, a aprovação de algum dos projetos de lei atualmente tramitando no Congresso é passível de conferir maior autonomia ao Banco Central do Brasil. Por outro lado, respondendo à segunda pergunta de pesquisa desse trabalho: a pesquisa empírica relevante sugere que o instituto da autonomia do Banco Central não tem, por si só, a capacidade de conferir estabilidade monetária e financeira ao país, dependendo de diversos fatores, muitos dele relacionados ao comportamento dos políticos e à efetividade dos mecanismos de *accountability*.

Diante destas possibilidades, lembre-se que a vasta pesquisa sobre o tema reforça que a autonomia do Banco Central possivelmente terá grande relação com eventual redução da inflação. No entanto, alguns aspectos devem ser ressaltados: a autonomia da autoridade monetária, *per se*, não garantirá, no longo prazo, o cumprimento dos objetivos determinados pela legislação proposta, isto é: de estabilidade monetária e de equilíbrio financeiro. Como visto, não existe relação direta entre autonomia e sustentabilidade financeira, além de estabilidade monetária não implicar necessariamente em equilíbrio financeiro¹⁷⁴.

Ademais, o sucesso da legislação depende, e muito, de outros fatores, principalmente de ordem política (quase cultural). Em especial, deve-se atentar ao chamado *seesaw effect*, que consiste na percepção de que, quando determinadas reformas legais são feitas sem a alteração do equilíbrio político, é possível que os políticos no poder tentem utilizar outros instrumentos para atingir aos seus objetivos pessoais anteriores à reforma¹⁷⁵. Portanto, a reforma legislativa pode, sim, surtir efeitos positivos em curto-prazo. Porém, a autonomia do Banco Central, *per se*, não é a solução definitiva para os problemas de estabilidade monetária e econômica do país.

5. Referências Bibliográficas

ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon; QUERUBIN, Pablo; ROBINSON, James A. When does policy reform work? The case of central bank independence. *Brookings Papers on Economic Activity*, v. 39, n. 1, p. 351-429.

¹⁷⁴ ALESINA, op. cit., p. 159.

¹⁷⁵ ACEMOGLU, op. cit., p. 358.

- ALESINA, Alberto; SUMMERS, Lawrence. Central bank independence and macroeconomic performance: some comparative evidence. *Journal of Money, Credit and Banking*, v. 25, p. 151-62, 1993.
- BLINDER, Alan S. How central should the central bank be? *Journal of Economic Literature*, v. 48, n. 1, mar. 2010.
- CAPIE, Forrest Central Banking In: CASSIS, Youssef; SCHENK, Catherine; GROSSMAN, Richard. *The Oxford handbook of banking and financial history*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- DE HAAN, Jakob; EIJFFINGER, Sylvester C. W. The politics of central bank independence. *Center Discussion Paper Series*, n. 4, 20 dez. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2887931>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- DOW, Sheila C. The relationship between central banks and governments: what are central banks for? In: GOODHART, C., GABOR, D., VESTERGAARD, J.; Ertürk, I. (Eds.) *Central banking at a crossroads: Europe and beyond*. London: Anthem Press, 2014. p. 229.
- EIJFFINGER, S.C.W.; DE HAAN. Jakob. The political economy of central bank independence. *Special Papers in International Economics*, Princeton, n. 19, p. 22, 1996.
- FISCHER, Stanley. Central-bank independence revisited. *The American Economic Review*, v. 85, n. 2, p. 201-206, 1995.
- FORDER, James. Central bank independence - conceptual clarifications and interim assessment *Oxford Economic Papers*, v. 50, n. 3, p. 307-334, 1º jul. 1998.
- FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. A expansão do TCU para dentro de entidades controladas. *JOTA*, 17 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-expansao-do-tcu-para-dentro-de-entidades-controladas-17072019>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- KEEFER, Philip. STASAVAGE, David. Bureaucratic delegation and political institutions: when are independent central banks irrelevant? *World Bank Policy Research Working Papers*, n. 2356, fev. 2001.
- LYBEK, Tonny Central Bank autonomy, accountability, and governance: conceptual framework. *Russian and East European Finance and Trade*, v. 35, n. 6, p. 7-44, 1999.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agência administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 93-112, out. 1999.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

- PELLEGRINI, Josué A. *Autonomia do banco central*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2004.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Regulação financeira no Brasil. In: Sérgio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. V. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- REIS, Ricardo. *Central bank design*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 27, n. 4, p. 17-44, 2013.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal! *JOTA*, 31 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tcu-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancária – Navegando mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001.
- SENADO NOTÍCIAS. Autonomia do Banco Central está na pauta da CAE. 18 out. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/18/autonomia-do-banco-central-esta-na-pauta-da-cae>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- SCAFF, Fernando Facury. SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Anotações ao artigo 164 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHYMURA, Luiz Guilherme. Regulação e aspectos institucionais brasileiros. In: Sérgio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. V. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- SENNA, José Júlio. *Política monetária: ideias, experiências e evolução*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- SMITH, Vera C *The rationale of central banking and the free banking alternative, foreword by Ieland Yeager* Indianapolis: Liberty Fund, 1990. p. 167. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/1413>>. Acesso em: 9 jan. 2019.
- STIGLITZ, Joseph E. The role of the state in financial markets. *The World Bank Economic Review*, v. 7, supl. 1, p. 19-52.

7

Daniela Juliano Silva

***Govtech* à Brasileira:
O Plano Nacional de
Internet das Coisas
e o Cadastro Base
do Cidadão**

Govtech à Brasileira: O Plano Nacional de Internet das Coisas e o Cadastro Base do Cidadão

Daniela Juliano Silva¹⁷⁶

Resumo

O presente estudo pretende um olhar sobre as inovações tecnológicas e sua influência na Administração Pública brasileira, bem como os eventuais impactos na relação com os administrados. Em especial, tem-se por objeto de análise o Decreto nº 9.854/2019, que institui o denominado “Plano Nacional de Internet das Coisas”, bem como sob o Decreto nº 10.046/2019, que institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Em paralelo, desenvolve-se uma reflexão acerca do grande volume de dados em circulação, em um cenário de recorrentes violações e ofensas ao direito à privacidade e as responsabilidades do governo brasileiro como garantidor desse direito. A construção do artigo em referência objetiva, portanto, uma avaliação desse cenário, sob o qual coexistem a inovação e a intimidade e assinalam para um futuro pautado na razoabilidade, de modo que não se impeça a novidade e não se ofendam liberdades individuais. A desburocratização é uma demanda antiga da Administração Pública brasileira, todavia, a construção de um governo tecnológico (*GovTech*) não pode se fazer às custas de direitos caros aos cidadãos.

Palavras-chave: tecnologias disruptivas, administração pública digital, *Govtech*, privacidade.

1. Introdução

“A disseminação e o uso massivo de Internet das Coisas (do inglês, *Internet of Things - IoT*) irá transformar a economia e o dia a dia da população de maneira tão ou mais impactante do

176 Doutora e Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Professora convidada da FGV Direito Rio (LL.M *Compliance*) e Professora Assistente na UNESA. Coordenadora da linha de pesquisa “Tributação e Novas Tecnologias” no Laboratório Empresa e Direitos Humanos da Universidade Federal Fluminense (LEDH.uff). Advogada. (Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4620285328081573>>.). Email: danjulsil@yahoo.com.

que robótica avançada, tecnologias *Cloud*, e até mesmo do que a internet móvel.” É com essa afirmação que se inaugura o estudo intitulado “Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil”, publicado em novembro de 2017 e conduzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC). Em citado documento, encontram-se mapeados os desafios tecnológicos, econômicos, jurídicos e regulatórios do tema no contexto brasileiro, bem como um intrincado projeto de condução que pretende a cristalização do desenvolvimento do país em bases mais sustentáveis. Tal plano de ação coaduna-se com alguns itens presentes na Declaração da *Internet of Things* (Junho, 2017), adotados pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), pertencente à Organização das Nações Unidas (ONU), que relacionou a *IoT* como ferramenta para se alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030 – PNUD/ONU). Em uma lista de dez atividades principais, reconhece-se a necessidade de implementação da *IoT* no contexto urbano, de modo a promover a aplicação de tecnologias de informação e comunicação, criando cidades e comunidades mais inteligentes e sustentáveis e governos mais ágeis.

No desenvolvimento do presente estudo, desenrola-se a necessidade de buscar uma conceituação pontual do que venha a se entender por “Internet das Coisas”, no que coaduna-se com o pensamento de Maximiliano Martinhão, ao alertar para o fato de que a *IoT* é muito mais que uma geladeira capaz de “detectar que o leite acabou e o incluir como item na lista de compras da semana”. Segundo referido autor, a *IoT* “é a progressiva automatização de setores inteiros da economia e da vida social com base na comunicação máquina-máquina: logística, agricultura, transporte de pessoas, saúde, produção industrial e muitos outros. Para isso, é necessário um ambiente favorável ao acesso de um número cada vez maior de dispositivos¹⁷⁷”.

As aplicações da *IoT* são as mais diversas possíveis e já tem impactado o dia a dia das pessoas, das empresas e sociedade como

177 MARTINHÃO, Maximiliano. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

um todo, transformando o mundo, nas palavras de Freitas Dias¹⁷⁸, em um *smart world*¹⁷⁹. Esse autor apresenta um panorama de aplicação da IoT que engloba dez frentes de atuação, sendo: bens de consumo, *eHealth*, transporte inteligente, distribuição de energia, casas inteligentes, distribuição e logística, segurança pública, indústria e manufatura, gestão da agricultura e dos recursos naturais e cidades inteligentes.

Todo o cenário até então descrito serviu de pano de fundo para a promulgação, em 25 de junho do corrente ano, do Decreto nº 9.854, que “institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas”. O plano brasileiro para a IoT é enxuto e conta com onze (11) artigos, baseando-se na “livre concorrência e na livre circulação de dados, observadas as diretrizes de segurança da informação e de proteção de dados pessoais”. Tal Plano indica os ambientes priorizados para aplicações de soluções de IoT, que incluirão, “no mínimo, os ambientes de saúde, de cidades, de indústrias e rural”. O citado Plano conta também com um rol de objetivos, dentre os quais “melhorar a qualidade de vida das pessoas e promover ganhos de eficiência nos serviços, por meio da implementação de soluções de IoT”.

Ainda mais recente, em 9 de outubro deste ano, promulga-se o Decreto nº 10.046, a tratar da constituição do Cadastro Base do Cidadão e Comitê Central de Governança de Dados. Citada norma tem por finalidade (art. 1º, inciso I a V) a simplificação da oferta de serviços públicos, a orientação e otimização, a formulação, a implementação, a avaliação e o monitoramento de políticas públicas, possibilitar a análise das condições de acesso e manutenção de benefícios sociais e fiscais, promover a melhoria da qualidade e da fidedignidade dos dados custodiados pela administração pública federal e aumentar a qualidade e a eficiência das operações internas da administração pública federal.

178 FREITAS DIAS, R. R. *Internet das coisas sem mistérios: uma nova inteligência para os negócios*. São Paulo: Netpress Books, 2016.

179 Segundo Mônica Mancini (2017), “o *smart world* permite que a computação se torne ‘invisível’ aos olhos do usuário, por meio da relação entre homem e máquina, tornando um mundo mais eficiente e eficaz”.

Nesse contexto, interessa ao presente estudo refletir acerca da construção de uma agenda de inovação e tecnologia no setor público brasileiro, à qual se apelidou de *GovTech*. Não é de hoje que a Administração Pública brasileira pretende se desburocratizar. Resta refletir se, ao longo desse processo de reinvenção e disrupção, o cidadão estará protegido. Nesta medida, torna-se necessário refletir como a conectividade, o uso de sensores inteligentes e a capacidade de processamento e armazenamento de dados servirá para a construção do processo de modernização da Administração Pública brasileira. A condução e o desenvolvimento da IoT no país certamente exigirá o esforço de vários atores, públicos e privados, e o cumprimento de certos requisitos, dentre os quais se destacam: a “existência de vontade política”, um “sistema coordenado de governança inteligente local”, um “núcleo multidisciplinar de gestores públicos capacitados de forma permanente”, um “sistema ativo de escuta ao cidadão”, bem como a obrigação de “prover acesso do cidadão às informações geradas por IoT¹⁸⁰”.

Feitos esses apontamentos gerais, reconhece-se que o presente artigo deve se desenvolver levando em conta dois momentos. Em um primeiro momento, tratar-se-á de descortinar a terminologia afeta ao tema, enfrentando termos usuais, tais como, “*big data*”, “tecnologias disruptivas” e, mesmo, as dificuldades conceituais da própria IoT. Em um segundo momento, trata-se de buscar uma reflexão acerca dos desafios e dificuldades da construção de um Governo Tecnológico (*GovTech*) em um sistema notoriamente burocratizado. Nesta empreitada, em termos metodológicos, partir-se-á de um método indutivo e histórico, tendo, como técnica de pesquisa, o referencial bibliográfico presente nas lições de Freitas Dias, Mancini e Magrani. Por fim, um olhar mais apurado sobre os desdobramentos da legislação que instituiu a IoT no Brasil e o Cadastro Base do Cidadão também serão foco de reflexão, contribuindo para o reconhecimento de tão importante discussão no cenário jurídico de nosso país.

180 BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil. Nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

2. O Cenário Disruptivo

Pensar o universo das novas tecnologias no Brasil é, especialmente, se deparar com incongruências. É lidar essencialmente com utopias, em uma realidade distópica. É, acima de tudo, lidar com atemporalidades. O Brasil ora enfrenta questões do século XVIII (a exemplo das questões afetas ao saneamento básico), ora se lança para o futuro, estabelecendo diretivas de um *Plano Nacional de Internet das Coisas* (Decreto nº 9.854/2019).

Ademais essas dissonâncias neste primeiro momento, é oportuno traçar os principais conceitos que envolvem a temática, ao mesmo tempo em que se revela o cenário e o contexto de desenvolvimento da matéria. É preciso reconhecer seu desenvolvimento e nascedouro nos inúmeros avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, o que usualmente se denomina por “Tecnologias da Informação e Comunicação”, as TIC.

Conforme muito bem contextualizado por Gimenez, o cenário de desenvolvimento tecnológico leva a uma outra percepção de sociedade e, por consequência, no contexto em estudo, alimenta um novo caminho para se pensar o desenvolvimento da relação Administração x administrados:

Vivemos um período em que os avanços tecnológicos nos possibilitam formas de comunicação sem precedentes, e que modelos autoritários, centralizados, homogeneizantes vão sendo substituídos por formas descentralizadas, heterogeneizantes, plurais e democráticas de relacionamento¹⁸¹.

As TIC são instrumentos que fazem essa verdadeira ponte na construção de um cotidiano social mais confortável, com mais bem-estar e felicidade, nos mais diferentes espaços (doméstico, trabalho, saúde, segurança, transporte)¹⁸². Nessa esteira, há de se concluir, preliminarmente, que não existe nenhum setor da sociedade, seja

181 GIMENEZ, T. A formação de professores de inglês: desafios da próxima década. Southern EFL Teacher's Association Conference. Florianópolis, 2000.

182 BRIGGS, A.; BURKE, P. *Uma história, social da mídia: de Gutemberg à internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

urbano ou rural, que não experimente algum tipo de transformação em razão de sua influência.

Duarte dá o tom desse influxo, afirmando:

Parte-se da reflexão de que a sociedade contemporânea é construída com base nas tecnologias de informação, responsáveis tanto pelos produtos característicos da época – sejam eles independentes (como softwares), parte de produtos tecnológicos (de veículos a eletrodomésticos) ou *commodities* (alimentos geneticamente modificados) – quanto pelos processos de fabricação e gerenciamento de produção, distribuição e venda dos produtos¹⁸³.

A Administração Pública brasileira, notoriamente burocratizada, não fica fora da influência dessas mudanças, afirmando Eduardo Magrani (2018, p. 19) que, “a tecnologia está mudando rapidamente a maneira como interagimos com o mundo à nossa volta” e contextualiza:

As palavras *tecnologia* e *inovação* são, hoje, correntes e intimamente relacionadas aos ambientes digitais. Observamos isso ao analisar a forma e os espaços nos quais esses termos surgem tanto na imprensa quanto na linguagem usual. Por exemplo, muitos jornais e revistas têm seções de tecnologia especificamente para tratar dos assuntos relativos ao mundo digital e, especialmente, à internet, com um forte vínculo com o conceito de inovação.

O uso corrente desses dois termos está voltado para as tecnologias de informação e comunicação consideradas “alta tecnologia” ou “tecnologia de ponta”, espelhando as tecnologias mais avançadas atreladas à ideia de “inovação”. Também está ligada a essa percepção, além dos exemplos dos computadores e da internet, a utilização de energia nuclear, nanotecnologia, biotecnologia etc¹⁸⁴.

É nesse cenário que despontam as denominadas “Tecnologias disruptivas”, termo cunhado por Clayton Christensen como sendo

183 DUARTE, F. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 213.

184 MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. p. 28.

o “Produto ou serviço que cria um novo mercado e desestabiliza os concorrentes que antes o dominavam. É geralmente algo mais simples, mais barato do que o que já existe, ou algo capaz de atender um público que antes não tinha acesso ao mercado¹⁸⁵”. Não são poucos os exemplos de tecnologias disruptivas, desde os mais clássicos, como os CD’s em relação aos disquetes e pen-drives, os discos de vinil frente ao MP3, o telégrafo e o telefone, como os mais atuais, como o *Uber*, *Cabify* e os serviços de streaming de vídeo (*Viki*, *TED*, *Netflix*, *Spotify*). Cite-se, até mesmo, o universo das “criptomoedas” (*bitcoin*) e dos “criptoativos” (*utility token*, *security token*).

A relação Administração x Administrados está francamente influenciada por essa disrupção, não só redesenhando o papel do próprio Estado como regulador, mas também reconfigurando os traços da cidadania, por meio da inovação dos processos, de forma que sejam mais rápidos, diretos e ininterruptos. A quantidade de informações advindas dessa relação constrói uma rede cujas linhas carregam uma fragilidade que pode colocar em risco princípios e direitos caros às liberdades individuais. Cabe ao Estado não ser mais um agente ofensor dessas garantias.

Com o desenvolvimento da computação móvel e, em especial, com a crescente popularização da internet, fomos deixando “rastros dos nossos percursos pelo cotidiano¹⁸⁶”, verdadeiras “pegadas”, que dizem muito sobre nossas preferências, rotinas e personalidades. A essa quantidade inimaginável de dados (volume crescente e alta velocidade)¹⁸⁷, denominou-se *big data*. Muitas são as possibilidades e perspectivas de sua conceituação, mas é inegável que existe um espaço de familiaridade generalizada com o termo, como muito bem explicitado por Hannes Grassegger e Mikael Krogerus:

Qualquer pessoa que não tenha passado os últimos cinco anos vivendo em outro planeta estará familiarizada com o termo *big data*. *Big data* significa, em essência, que tudo o que fazemos, tanto on-line

185 CHRISTENSEN, Clayton. *O dilema da inovação*. São Paulo: M.Books, 2011.

186 LEMOS, André. *Cibercultura e mobilidade: a era da conexão*. XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/r1465-1.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2018.

187 Segundo Magrani (2018, p. 22), “a primeira propriedade envolvendo *big data* consiste no volume crescente de dados. Pesquisa recente da Cisco estima que, nos próximos anos, a medida em *gigabytes* será superada e o cálculo da quantidade de dados será feito na ordem *zettabyte* e até em *yottabyte*”.

como offline, deixa vestígios digitais. Cada compra que fazemos com nossos cartões, cada busca que digitamos no Google, cada movimento que fazemos quando nosso telefone celular está em nosso bolso, cada *like* é armazenado. Especialmente cada *like*. Durante muito tempo, não era inteiramente claro o uso que esses dados poderiam ter – exceto, talvez, que poderíamos encontrar anúncios de remédios para hipertensão logo após termos pesquisado no Google “reduzir a pressão arterial”¹⁸⁸.

Lima e Calazans¹⁸⁹, atentam para a quantidade inimaginável de dados produzidos e como tal realidade impacta as relações, nos seguintes termos:

A quantidade de dados do nosso mundo está explodindo. Empresas capturam trilhões de bytes de informações sobre seus clientes, fornecedores e funcionários, e milhões de sensores conectados estão sendo inseridos no mundo físico em aparelhos como celulares e automóveis, percebendo, criando e comunicando dados. Indivíduos com *smartphones* e em sites de redes sociais continuarão incrementando crescimento exponencial. *Big data* – grandes poços de dados que podem ser capturados, comunicados, agregados, armazenados e analisados – é agora parte de cada setor e função da economia global¹⁹⁰.

E refletem acerca das consequências desse panorama nos seguintes termos:

Ao utilizar a internet para comparar preços de produtos de diferentes, ler notícias em jornais, se informar sobre doenças, pesquisar locais para suas próximas férias, realizar *check-in* num restaurante ou simplesmente para trocar e-mails, um usuário comum está fornecendo rastros digitalizados que, quando interpretados, podem gerar um perfil complexo de suas

188 GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. The data that turned the world upside down. *Motherboard*, 28 jan. 2017.

189 *apud* MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad. *Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

190 MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad. *Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

preferências, hábitos e até planos para o futuro. A partir da leitura das atividades citadas, é possível compreender, por exemplo, quais são os assuntos de maior interesse desse usuário, como está sua saúde atualmente, qual sua disponibilidade de gastos para viagens, qual o seu tipo de comida preferido, enfim, um diagnóstico bastante detalhado e personalizado¹⁹¹.

Maike Wile dos Santos vai além e conclui que o “*big data* é mais que um emaranhado de dados, pois é essencialmente relacional¹⁹²”. E acrescenta: “precisamos compreender que o *big data* somos nós¹⁹³”. Tratar as questões sob essa perspectiva ganha um tom confessional, especialmente tendo por referência as relações entre Administração Pública e Administrados e é nesse sentido que ganha extrema relevância as reflexões de Rebecca Lemov, que diretamente inspiraram Santos ao afirmar: “*big data is people!*” A autora, em tom de verdadeiro manifesto, chama atenção para a necessidade do reconhecimento de que “a soma do fluxo de nossos cliques não é uma medida objetiva de quem somos, mas, sim, um retrato pessoal de nossas esperanças e desejos¹⁹⁴”. Nessa medida, o “*big data*”, em verdade, é “pequeno, pessoal e verdadeiramente humano¹⁹⁵”.

A perspectiva lançada pela autora nos interessa diretamente, na medida que o foco do presente trabalho é a relação Administração Pública x Administrados, francamente impactada pela inovação tecnológica e pelo uso indiscriminado de dados. Racionalmente,

191 LIMA, Cecília Almeida Rodrigues; CALAZANS, Janaina de Holanda Costa. Pegadas digitais: “Big data” e informação estratégica sobre o consumidor. SimSocial – Simpósio em tecnologias digitais e sociabilidade. Salvador, 2013. Disponível em: <file:///D:/Documentos/ARTIGOS%202018/BIG%20DATA.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

192 SANTOS, Maike Wile dos. O big data somos nós: a humanidade de nossos dados. *Jota*, 16 mar. 2017.

193 E pondera: “Dizer que o *big data* somos nós tem dois sentidos: o primeiro, ele é constituído por nossas ações – nossos *likes*, nossos *clicks*, nosso comportamento; o segundo, ele influencia a maneira como construímos nossa identidade – e se torna mais relevante conforme as fronteiras entre o real e o virtual vão se tornando mais tênues – e deixando de existir. A ideia de autodeterminação informativa, princípio basilar em matéria de proteção de dados, é justamente empoderar as pessoas em relação aos seus próprios dados. É intuitivo imaginar um conjunto de dados como algo objetivo, frio, sem qualquer humanidade. O *big data* não é nada disso. Se as pessoas tivessem consciência de que os dados coletados são constituídos pelo que elas são, talvez não abrissem mão deles tão facilmente” (SANTOS, op. cit.).

194 Tradução livre do original: “The sum of our clickstreams is not an objective measure of who we are, but a personal portrait of our hopes and desires.”

195 LEMOV, Rebecca. Big Data is people! *AEON*. Disponível em: <<https://aemon.co/essays/why-big-data-is-actually-small-personal-and-very-human>>. Acesso em: 10 out. 2018.

a autora lança seu olhar sobre o controle desses dados, seu uso indiscriminado e seus reais controladores, pontificando:

Em um recente relatório sobre “*big data*”, a Casa Branca concluiu: “a trajetória tecnológica, todavia, é clara: cada vez mais e mais dados serão gerados sobre indivíduos e permanecerão sob o controle de outros.” Ao se tentar entender as ramificações da trajetória do “*big data*”, argumento: mais uma vez, é necessário ter em mente que os dados não só são gerados sobre os indivíduos, mas também *feito de* indivíduos. É um dado humano¹⁹⁶ (grifo no original)¹⁹⁷.

O trecho acima trasladado conhece os influxos do tema. Fala do número incalculável de dados gerados, a responsabilidade dos usuários na produção desses dados que, no fim das contas, são de propriedade dos grandes “barões dos dados” (Facebook, Google, Amazon, Apple e Microsoft)¹⁹⁸, que têm, repetidamente, falhado na proteção dos mesmos. Os riscos de tais falhas levam à reflexão do capítulo seguinte, a despeito do direito de personalidade e as ofensas ao nome, à honra, imagem e intimidade.

Nesses termos, há de se concluir, preliminarmente, que, acima de tudo, deve prevalecer a razoabilidade e a ponderação, em especial nas questões que envolverem as inovações tecnológicas que hoje inundam a vida do cidadão. Em outras palavras, o impulso rumo à construção de uma Administração Pública digital deve se pautar na proporcionalidade, onde haja equilíbrio que se faça conviver a inovação, a transparência e a proteção das liberdades dos cidadãos.

Sob essa perspectiva e feitas as devidas contextualizações no presente tópico a respeito do cenário das inovações tecnológicas, ocupa-se, na sequência do que tem sido feito pela Administração Pública brasileira, em termos de construção de um governo tecnológico.

¹⁹⁶ LEMOV, op. cit., p. 21.

¹⁹⁷ Tradução livre do original: “A recent White House report on ‘big data’ concluded: ‘The technological trajectory, however, is clear: more and more data will be generated about individuals and will persist under the control of others.’ When trying to understand the ramifications of this big-data trajectory, I argue, it is necessary again to bear in mind that the data is not only generated about individuals but also *made out of* individuals. It is human data”.

¹⁹⁸ Do inglês *data barons*, segundo artigo: GILES, Martin Giles. It’s time to rein in the data barons. *MIT Review*, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/611425/its-time-to-rein-in-the-data-barons/>>. Acesso em: 27 set. 2018.

3. GovTech: a Administração Pública Digital

Segundo a organização BrazilLab:

O termo *GovTech* é derivado de outros modelos que são tendência de mercado. Como, por exemplo, *FinTech* (combinação do setor financeiro com novas tecnologias) e *EduTech* (soluções disruptivas no setor da educação). Extrai-se daí um conceito básico de que as *GovTechs* promovem a transformação por meio da união entre tecnologia e demandas governamentais.

Pensar a conexão entre governo e tecnologia é usualmente pensar o universo das denominadas “cidades inteligentes” (do termo em inglês *smart cities*¹⁹⁹) e de governos desburocratizados. Pensar esse contexto na realidade brasileira significa se deparar com incongruências e enfrentar vários problemas. Em um Brasil desigual, vasto e diverso, é necessário reconhecer problemas estruturais, tais como o fato de que o próprio acesso à internet não chega a muitos²⁰⁰.

Necessário reconhecer o papel das cidades como “formadas e formadoras da diversidade, atratoras e dispersoras de valores que nelas se transformam”²⁰¹ e, portanto, como o espaço catalisador desses influxos.

Uma “cidade inteligente²⁰²”, por sua vez, conforme excepcional lição de Komninos²⁰³, seria um ambiente de aprendizado e

199 Fala-se na atualidade em *Smart Sustainable Cities - SSC*.

200 Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) (IBGE, 2018), 54,8 milhões de pessoas não usam internet no Brasil. Perceba-se: “Nos 17,7 milhões domicílios onde não houve utilização da internet no período de referência da pesquisa, os motivos indicados pelos entrevistados foram: falta de interesse em acessar a internet (34,9%), serviço de acesso à internet era caro (28,7%), nenhum morador sabia usar a internet (22,0%), serviço de acesso à internet não estar disponível na área do domicílio (7,5%) e equipamento eletrônico para acessar a internet ser caro (3,7%)”.

201 DUARTE, op. cit., p. 216.

202 Nesta oportunidade, chama-se atenção para uma questão terminológica: a diferença entre “cidades inteligentes” e “cidades digitais”, donde se extrai a seguinte lição: “Por vezes confundidos, esses conceitos se diferenciam pelo o grau e a natureza da capacidade que uma cidade tem de se relacionar com as tecnologias digitais. A cidade digital funciona como uma “extensão virtual” da cidade, por meio da disponibilização de infraestrutura e serviços a partir das TIC. A *smart city*, por sua vez, compreende o uso de sistemas urbanos inteligentes. Além disso, considera-se que tais sistemas devem ser capazes de gerar dados que servirão para informar os tomadores de decisão e, consequentemente, abastecer políticas públicas baseadas em evidências”. (MACAYA, Javiera F. Medina. Panorama setorial da internet. Smart cities: tecnologias de informação e comunicação e o desenvolvimento de cidades mais sustentáveis e resilientes. *Smart cities*, ano 9, n. 12, p. 14, set. 2017. Disponível em: <https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.)

203 KOMNINOS, Nicos. *Intelligent cities: innovation, knowledge systems and digital spaces*. London: Routledge, 2002.

inovação, em dois níveis: o real e o virtual. Nesse sentido, em nível real, a inteligência estaria conectada à comunicação e à interação institucional de uma comunidade de pessoas para seu aprendizado, para a experimentação, para o conhecimento e para o desenvolvimento tecnológico. Em nível virtual, é a capacidade dessa mesma comunidade de gerir o conhecimento, difundir tecnologia e se comunicar, por meio de uma interação digital²⁰⁴. E conclui, em uma tradução livre:

Com ajuda de tecnologias da informação e da comunicação, qualquer ilha de inovação pode ser transformada em uma comunidade inteligente. Cidades inteligentes também evidenciam uma característica emergente das cidades, como centros de conhecimento, gestão de informação, tecnologia e inovação²⁰⁵.

Francisco²⁰⁶, por sua vez, alerta para a dificuldade de se chegar a uma definição geral do que se entenda por “cidades inteligentes”, ainda que, segundo suas reflexões, o termo seja utilizado de modo bastante “naturalizado”. Atenta para o efeito prático da utilização desse conceito e como as cidades se apressam em se autodenominarem como “inteligentes²⁰⁷”. De modo a apresentar uma perspectiva plausível de “cidades inteligentes”, o autor lança mão de projeto de pesquisa apresentado no workshop “Cidades Inteligentes e *Big Data*”, realizado pela Fundação Getúlio Vargas em Maio de 2015, donde se tem:

204 No original: “*In this sense, an intelligent city is an environment of learning and innovation, on real and virtual levels: At the real level, intelligence is linked to communication and institutional interaction of a community of people for learning, experimentation, knowledge, and technological development. At the virtual level, it is the capacity of the same community for knowledge management, technology diffusion and communication based on digital interaction*” (KOMNINOS, Nicos. *Intelligent cities: innovation, knowledge systems and digital spaces*. London: Routledge, 2002. p. 12).

205 No original: “*With the help of information and communication technologies, any innovation island may be transformed into an intelligent community. Intelligent cities also highlight the emerging character of cities as centres of knowledge, information management, technology, and innovation*” (Ibid.).

206 FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. Dando ouvidos aos dispositivos: como resolver controvérsias em um debate sobre cidades inteligentes. *Anais do II Encontro Internacional Tecnologia, Comunicação e Ciência Cognitiva*, v. 2, n. 1, 2016.

207 Nesse ponto, em especial, Francisco (2016, p. 4), cita como exemplo a cidade do Rio de Janeiro, afirmando: “A atual gestão da Prefeitura do Rio de Janeiro, por exemplo, não hesita em divulgar a obtenção do prêmio de *World Smart City*, em 2013, pelo Centro de Operações do Rio, a central de atendimento 1746 e o projeto do Porto Maravilha. Esse tipo de propaganda, por sua vez, atrai o interesse de empresas interessadas para investir em desenvolvimento tecnológico na cidade”.

No século XXI, com a difusão da internet e dos dispositivos móveis, surge a possibilidade de um novo salto qualitativo que vai permitir o desenvolvimento das cidades inteligentes. A utilização de tecnologia permite o uso mais racional dos recursos oferecidos. Os governos têm um papel importante na transformação de cidades em cidades inteligentes. As ações de governo nesta área se concentram em favorecer a abertura de suas bases de dados e promover o engajamento da sociedade para a busca de soluções participativas. Neste sentido, a difusão de dispositivos móveis e a universalização dos serviços de comunicação transformam a população de grandes cidades, em agentes ativos que podem cooperar na solução de problemas²⁰⁸.

Sob esse viés, fica fácil perceber o peso prático que se deve dar às reflexões que envolvem a perspectiva de uma “cidade inteligente”. Pensar em uma cidade adjetivada como “inteligente”, é pensar em lógicas de participação social e cidadania ativa. É, de fato, pensar em inclusão. É pensar a relação Administração Pública x Administrados sob o viés dialógico e não monológico²⁰⁹. É o reconhecimento da dita “Administração Pública consensual”, assentada no consenso e na harmonização, sendo, conforme lição de Patrícia Baptista:

Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o Direito Administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de laboração comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima de concerto²¹⁰.

208 FRANCISCO, op. cit., p. 4-5.

209 É a lição de Nicole Belloubet-Frier e Gérard Timsit, (*apud* OLIVEIRA, 2009, p. 319), nos seguintes termos: “(...) alude-se à figura de um Estado ‘que conduz sua ação pública segundo outros princípios, favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma’ (...) aponta-se para o surgimento de uma Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com uma Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”.

210 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 172.

Percebe-se no desenvolvimento de todo este raciocínio o quanto a relação entre os cidadãos e o poder público deverá ser o mais próxima possível, de modo que a implementação de políticas urbanas e tecnológicas não se afaste da realidade e das peculiaridades de cada cidade, o que acaba por gerar políticas vazias e sem qualquer sentido. É esse o ponto prático de se pensar as “cidades inteligentes”. Sob o ponto de vista de sua eficiência e das soluções que, de fato, serão capazes de mudar realidades, trazer bem-estar, proporcionar inclusão. Cidades que não se sustentam financeira ou administrativamente não dialogam com seus municípios e direitos não se realizam.

As políticas de inovação foram definitivamente incorporadas às agendas governamentais dos países desenvolvidos nos anos 1990. Os avanços na área da TIC e sua difusão para diferentes segmentos produtivos propiciaram rápido crescimento, impactando os fluxos internacionais de investimentos e acelerando a expansão do setor de serviços e das atividades intensivas em conhecimento. Novas frentes de expansão tecnológica intensificaram um processo de rápida internacionalização produtiva e financeira, impulsionando mudanças no conteúdo e abrangência das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento industrial e tecnológico.

No Brasil, desde a década de 1950, os principais marcos das políticas para o desenvolvimento tecnológico no país, levaram em conta diretrizes contidas em planos e programas de governo com vistas ao desenvolvimento econômico²¹¹. Em estudo intitulado “Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil”, a englobar o período que vai de 1955 ao início da década de 1970, Giselda Barroso Guedes de Araújo ressaltou:

A marca principal dos planos formulados nos últimos 20 anos é a menção explícita a uma política de ciência e tecnologia e sua efetivação através da criação de bases físicas, institucionais e financeiras. Merece referência a ênfase dada à capacitação do País para adaptar e criar tecnologia própria, de forma a reduzir a dependência das fontes externas.

211 ARAÚJO, Giselda Barroso Guedes de. “Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil”. In: *Revista Administração Empresas*, vol. 17, n. 6, São Paulo, nov./dez. 1977.

Nesse particular, teríamos entrado em uma fase de maior grau de institucionalização da ciência, em que a política científica estaria atendendo às demandas reais do sistema. Não resta dúvida que, se nos restringíssemos somente a esse aspecto da questão, estaria havendo uma compatibilidade entre as políticas implícitas e explícitas com vistas à concretização de um projeto nacional²¹².

E conclui, em reflexão atualíssima:

No entanto, podemos indagar, como Rattner, *se a mera formulação de planos indicaria uma política realista para ciência e tecnologia. Ou seja, se estes não ficariam ao nível de declarações retóricas, sem efetiva implementação*. Nesse caso, não caberia falar em política, mas em intenções.

Certamente, a questão de uma política científica e tecnológica para o Brasil não se resume somente a esse aspecto da questão. *Sua melhor elucidação deveria considerar o papel da comunidade científica, do setor produtivo e, ainda, as relações entre ciência e sociedade no Brasil* (grifo nosso).

O trecho acima trasladado, de atualidade que choca, reforça a batalha enfrentada pelo Brasil em termos de construção de sua política científica e tecnológica, em um espaço de meras intenções e falta de proximidade e conexão com sua própria sociedade. No cenário atual de crise política e financeira, as políticas que privilegiavam a ciência e a tecnologia parecem de preocupação secundária, quando deveriam, em verdade, serem tratadas como uma questão estrutural. Há, portanto, um verdadeiro abismo entre as cidades que projetamos e as cidades que temos.

De todo modo, ao se pensar as “cidades inteligentes”, deixando-se de lado as dificuldades reais e conceituais, lançando-se a seu universo de possibilidades, tendo em mente o que delas se espera, constrói-se uma perspectiva voltada especialmente ao desenvolvimento sustentável e a uma vida melhor nas cidades. Daí, partir-se da seguinte perspectiva:

212 ARAÚJO, Op. Cit., p. 98.

Por sua vez, o conceito de *smart cities* extrapola o oferecimento de serviços aos cidadãos por meio do uso de TIC. *De maneira mais ampla, visam possibilitar uma vida melhor na cidade.* Além de oferecer serviços de forma mais rápida, eficiente e com maior capilaridade para os cidadãos, as *smart cities devem considerar e equilibrar as diferentes perspectivas sobre os problemas locais a partir de visão integrada e multidimensional, rompendo a ideia de silos presentes na gestão da cidade.* Além disso, a tomada de decisão para o enfrentamento aos desafios locais deve considerar os dados gerados pelas diversas aplicações e sensores da cidade, que possibilitam ações mais rápidas e assertivas (grifo nosso)²¹³.

Em outras palavras:

Em suma, apesar da diversidade de definições de *smart cities*, os seguintes pontos comuns foram identificados por pesquisadores da área: (i) uso de TIC na cidade; (ii) presença de infraestrutura física e de rede; (iii) melhor prestação de serviços à população; (iv) combinação, integração e interconexão de sistemas e infraestruturas, de modo a permitir o desenvolvimento social, cultural, econômico e ambiental; e (v) uma visão de um futuro melhor²¹⁴.

Percebe-se, neste momento, agregando todo o conteúdo deste tópico, que pensar a construção de um governo digital acaba por convergir para a perspectiva de concretização de “cidades inteligentes” (*smart cities*), o que leva em conta pensar em soluções para os problemas urbanos (segurança, trânsito, lixo, prestação de serviços, dentre outros) por meio do uso das TIC. Essas tecnologias proveem uma “rede de aparelhos interconectados que são capazes de agregar e analisar dados para melhorar nosso entendimento sobre o comportamento de ecossistemas de cidades complexas. As TIC também compõem os principais meios de

213 MACAYA, op. cit.

214 GIL-GARCIA, J. R.; PARDO, T. A.; NAM, T. What makes a city smart? Identifying core components and proposing an integrative and comprehensive conceptualization. *Information Polity*, v. 20, n. 1, p. 61-87, 2015.

disseminação dos serviços urbanos para melhorar a qualidade de vida dos moradores de uma cidade. Além disso, nas áreas urbanas, o uso de TIC e de conjuntos de dados coletados podem ajudar a identificar onde e como mudanças comportamentais poderiam aumentar a sustentabilidade da cidade, retroalimentando a tomada de decisão e auxiliando na melhoria da qualidade dos serviços²¹⁵”.

Projetar e apostar nas cidades inteligentes exige compromisso dos agentes públicos (e também privados) na construção de uma agenda inclusiva, de modo que possa levar em consideração a diversidade de agentes e as diferentes realidades das cidades. Além disso, não basta incorporar as TIC nos serviços urbanos existentes. O desafio é ainda maior. É necessário considerar a interoperabilidade desses serviços, bem como seu devido monitoramento. O progresso das iniciativas de construção das “cidades inteligentes” é um processo a longo prazo, o que pode não coincidir com as urgências públicas. Será preciso um consistente sistema de indicadores de desempenho (os *KPI*, do inglês, *key performance indicators*)²¹⁶, referenciais que não só podem melhorar a interoperabilidade dos serviços urbanos, mas também ajudar a mensurar e monitorar a jornada de uma cidade para se tornar uma cidade inteligente.

Feitas as devidas contextualizações no presente tópico acerca das “cidades inteligentes”, parte-se, na sequência para a análise da denominada IoT, como instrumento de projeção dessas conexões, em uma realidade de hiperconectividade.

215 BUETI, Maria Cristina. Panorama setorial da internet. As TIC e a urbanização sustentável. *Smart cities*, ano 9, n. 12, set. 2017. Disponível em: <https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

216 Segundo excepcional lição de Maria Cristina Bueti (2017, p. 11), a respeito desse indicador: “Esse conjunto internacional de KPI para SSC é o primeiro de seu tipo e pode ser usado para avaliar quão bem-sucedidas são as cidades em alcançar seus objetivos de cidade inteligente e sustentável. Os KPI também podem ajudar cada cidade a identificar as áreas que precisam de melhorias na implementação dos KPI. Embora espere-se que esses KPI atendam todas as cidades inteligentes aspirantes, é reconhecido que os recursos específicos de uma cidade e sua capacidade de coletar os dados para os KPI podem variar e, portanto, podem influenciar o nível de sucesso obtido, isto é, os próprios KPI. No entanto, o desenvolvimento desses indicadores tem sido um movimento revolucionário e pode facilmente formar a base para as políticas e estratégias nacionais de *smart city* e, talvez, até mesmo uma legislação internacional no futuro”.

4. A Internet das Coisas: Expectativa x Realidade

Partindo-se da lição de Mônica Mancini, apreende-se desde logo:

A Internet das Coisas proporciona aos objetos do dia a dia, com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à internet. Essa conexão viabilizará controlar remotamente os objetos, e acessá-los como provedores de serviços, e se tornarão objetos inteligentes ou *smart objects*. Os objetos inteligentes possuem capacidade de comunicação e processamento aliados a sensores. Atualmente, não só computadores convencionais estão conectados à internet, como também uma grande heterogeneidade de equipamentos, tais como TVs, laptops, geladeira, fogão, eletrodomésticos, automóveis, smartphones, entre outros. Nesse novo cenário, a pluralidade é crescente e previsões indicam que mais de 50 bilhões de dispositivos estarão conectados até 2020. Com o uso dos objetos inteligentes, será possível detectar seu contexto, controlá-lo, viabilizar troca de informações uns com os outros, acessar serviços da internet e interagir com as pessoas. Em paralelo, uma gama de novas possibilidades de aplicações surge, como, por exemplo, cidades inteligentes (*smart cities*); saúde (*smart healthcare*); casas inteligentes (*smart home*) e desafios emergem (regulamentações, segurança, padronizações). Essas novas habilidades dos objetos inteligentes gerarão um grande número de oportunidades de pesquisas e projetos no âmbito acadêmico e empresarial²¹⁷.

No trecho acima trasladado, é possível perceber as possibilidades e promessas da dita IoT, não só por representar uma verdadeira revolução tecnológica, mas, especialmente, por apresentar a possibilidade de uma transformação radical em nossas estruturas econômicas e sociais, alterando substancialmente nosso modo de vida.

217 MANCINI, Mônica. Internet das coisas: história, conceitos, aplicações e desafios. 2017. Disponível em: <<https://pmisp.org.br/documents/acervo-arquivos/241-internet-das-coisas-historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/file>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

É também usualmente muito vívida na descrição da IoT a ideia de conectividade (participação) presente no núcleo de entendimento de seus significados. Eduardo Magrani vai além e reforça a perspectiva da “hiperconectividade”²¹⁸ quando o assunto é a IoT, alimentada por um contexto no qual se tem um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados. Estaria nessa característica seu grande trunfo e, também, seus freios, de modo a se buscar o permanente equilíbrio entre a evolução tecnológica e a proteção de dados.

Encontrar um conceito para a IoT não é tarefa das mais fáceis, não existindo um consenso quanto a isso. De modo genérico, percebe-se a ideia de objetos conectados a uma rede de comunicações (especialmente, à internet), de modo a facilitar ações cotidianas. Na lição de Olga Cavalli, “o que hoje é chamado de IoT (*internet of things*) é um conjunto de tecnologias e protocolos associados que permitem que objetos se conectem a uma rede de comunicações e são identificados e controlados através desta conexão de rede²¹⁹”.

Atzori et al. apresentam um conceito mais técnico de IoT, afirmando:

A ideia básica desse conceito é a presença generalizada à nossa volta de uma variedade de coisas ou objetos – como *tags* de identificação por radiofrequência (RFID), sensores, atuadores, telefones celulares, etc. – que, por meio de esquemas de endereçamento exclusivos, são capazes para interagir uns com os outros e cooperar com outros objetos para alcançar objetivos comuns²²⁰”.

218 Segundo lição de Eduardo Magrani (2018, p. 21): “O termo *hiperconectividade* foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo hiperconectividade está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-human*, H2H) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M), valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação.”

219 CAVALLI, Olga. *Internet das coisas e inovação na América Latina*. 2016.

220 ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. *The internet of things: a survey. Computer Networks*, 2010.

A aposta no potencial e nas capacidades da IoT é alta e exatamente nessa perspectiva que o Brasil apresentou um plano denominado “Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil” (2017), liderado pelo BNDES, em parceria com o MCTIC. O estudo teve o objetivo de propor um plano estratégico de ação para o país em IoT e encontra-se dividido em quatro grandes fases: diagnóstico geral e aspiração para o Brasil; seleção de verticais e horizontais; aprofundamento e elaboração de plano de ação (2018 – 2022) e; suporte à implementação.

Quatro verticais foram priorizadas no estudo, sendo: IoT em cidades, IoT em saúde, IoT Rural e IoT Indústria. Apesar da IoT em cidades, o plano em questão objetiva: “Elevar a qualidade de vida nas cidades por meio da adoção de tecnologias e práticas que viabilizem a gestão integrada dos serviços para o cidadão e a melhoria da mobilidade, segurança pública e uso recursos.”

Em um intrincado projeto, desenha as competências tecnológicas necessárias para se tirar do papel o plano de IoT para o Brasil. Destacam-se quatro “camadas”: (i) camada de dispositivos; (ii) camada de conectividade; (iii) camada de suporte à aplicação e; (iv) camada de segurança. Na dita “camada de dispositivos, reconhecem-se as tecnologias que deverão ser colocadas à disposição para o desenvolvimento de IoT, em especial, a autonomia energética e o sensoriamento, uma vez que a existência de sensores é a base da IoT. Em termos de “camada de conectividade”, destacam-se redes sem fio especializadas e conectividade fixa, com infraestrutura básica de rede. Para a “camada de suporte à aplicação” destaca-se a necessidade de se ter uma “visão computacional” (uso de algoritmos para a detecção de padrões em imagens), bem como a organização e tratamento de dados em alto volume. Por fim, para a “camada de segurança”, ganham destaque o desenvolvimento de mecanismos de segurança, com um robusto sistema de segurança de redes, com a prevenção de ataques de negação de serviço. O armazenamento de informação e os sistemas de acreditação também ganham relevância nessa camada.

É necessário um choque de realidade. Nunca estivemos tão conectados, mas é indispensável reconhecer que falta um longo caminho para que as tecnologias necessárias à concretização das

camadas acima pontuadas sejam devidamente implementadas. É preciso vontade política e recursos financeiros, pessoal especializado e uma estrutura em muitas partes desse imenso país, inexistentes. Necessário ainda identificar e mapear a grande massa que ainda segue desconectada.

O Plano de Ação de IoT para o Brasil foi, de fato, um primeiro passo em relação a um futuro mais competitivo, com mais qualidade de vida para a população. Exigirá uma construção colaborativa não só dos agentes públicos, mas de atores privados e da população diretamente comprometida com suas realidades. O progresso da pauta IoT no Brasil se fez premente, na medida que, segundo projeções, promoverá um impacto econômico na ordem de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) de nosso país, com a expectativa de surgimento de novos negócios.

O governo brasileiro, ciente desse impacto, promulga, portanto, em 25 de junho de 2019, o Decreto nº 9.854, a tratar do Plano Nacional de Internet das Coisas, a indicar, como ambientes priorizados para aplicações de soluções de IoT, os ambientes de saúde, de cidades, de indústrias e rural, seguindo as tendências pontuadas no Plano anteriormente elaborado pelo BNDES. A dificuldade citada de se conceituar a IoT, parece não ter sido um problema, vez que o art. 2º de referido Decreto a considera como “a infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade”.

O Plano Nacional de Internet das Coisas também apresenta um rol de temas que integrarão o plano de ação destinado a identificar soluções em matéria de: ciência, tecnologia e inovação; inserção internacional; educação e capacitação profissional; infraestrutura de conectividade e interoperabilidade; regulação, segurança e privacidade; viabilidade econômica (art. 5º). Estabeleceu-se, ainda, projetos mobilizadores com o objetivo de facilitar a implementação do Plano Nacional de Internet das Coisas, a serem coordenados pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, sendo: I – Plataformas de Inovação em Internet das Coisas; II – Centros de Competência para Tecnologias Habilitadoras em Internet das

Coisas; e III – Observatório Nacional para o Acompanhamento da Transformação Digital (art. 6º). Uma *Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas – Câmara IoT* será o órgão de assessoramento destinado a acompanhar a implementação do Plano Nacional de Internet das Coisas. O momento é o de acompanhar a evolução e a maturidade do Brasil no desenvolvimento do tema.

5. Cadastro Base do Cidadão: Para se Garantir Direitos é Preciso Abrir Mão de Direitos?

Com peculiar sagacidade, alerta Bittar:

Com efeito, a ascensão à era da informação – alcançada graças ao extraordinário avanço das técnicas de comunicação – se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem, de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, através dos diferentes sistemas de registros e de informações postos à disposição do mundo negocial²²¹.

Diante do fluxo contínuo de informações (e com previsão de aumento crescente com a IoT), faz-se premente que as reflexões a respeito do presente trabalho levem em consideração a proteção dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros. Assim sendo:

Garantir a privacidade do usuário traz consigo o questionamento acerca da legitimidade do titular dos dados pessoais quanto à proteção dos mesmos contra qualquer ingerência externa. Tal legitimação se dá, a partir do conjunto dos seus dados, como nome, características físicas, idade, gostos e preferências, que constroem sua personalidade, sendo estas informações a identificação de uma determinada pessoa. Disso se depreende a visão de mundo

221 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

de cada indivíduo, relacionando-o com o seu meio exterior e possibilitando a construção de novos conceitos do mundo e de si²²².

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) deixa claro em seu art. 5º, incisos X e XII, a proteção da privacidade e de dados, sendo invioláveis a intimidade e prevalecendo o sigilo de dados. No cenário de desenvolvimento do aparato legislativo de proteção dos dados e da privacidade, cite-se, ainda, o instituto do *Habeas data* (art. 5º, LXXII, CF/88), a Lei nº 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo), a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), Lei nº 12.965/14 (o Marco Civil da Internet). Mesmo com esse aparato legislativo, o Brasil se ressentia de possuir uma legislação específica a respeito da proteção de dados pessoais, de modo a acompanhar o cenário mundial (GPDR – *General Data Protection Regulation*, com diretivas da União Europeia), com a crescente onda de exploração de dados por empresas e os cada vez mais comuns vazamentos dos mesmos.

Nesse cenário (e com considerável atraso se comparado a outros países da própria América do Sul), no dia 14 de agosto de 2018, foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei nº 13.709, a regulamentar o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais. Considera-se “dado pessoal”, nos termos de referida norma, a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (inciso I, art. 5º) e por “dado pessoal sensível”, o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (inciso II, art. 5º).

A lei supra traz mudanças relevantes para o avanço da IOT no país, haja vista que nem empresas nem o governo brasileiro poderão ter acesso a qualquer dado pessoal sem a expressa anuência de seu titular, de tal modo que, em seu artigo 1º, deixa claro seu compromisso em primar pela proteção dos direitos fundamentais

222 ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 9, n. 1, p. 209-226, jan./abr. 2014.

de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ao que se refere a transferência de dados pessoais, a inteligência de seu art. 33 e seus incisos sobre a permissão para transferência de dados para outro país. Nessa medida, destacam-se duas hipóteses: quando o país ou organismo internacional de destino tiverem grau de proteção de dados pessoais que se adequem aos ditames da Lei nº 13.709/2018. E, no caso de empresa que receber os dados, que a mesma garanta e cumpra os mesmos princípios estabelecidos pela lei pátria.

A promulgação da Lei nº 13.709/2018 é decerto de suma importância para o cenário atual, a demonstrar o nível de seriedade e importância do país na proteção das liberdades, de modo a servir como instrumento a permear relações mais transparentes e menos abusivas. Ainda é cedo para quaisquer conclusões a respeito de sua efetividade e seu papel na construção de um governo digital, não só pelo fato de sua vigência ter sido prorrogada algumas vezes, mas também em razão do Decreto nº 10.079, publicado em 9 de Outubro de 2019.

Citado Decreto, que institui o denominado “Cadastro Base do Cidadão”, visa a estabelecer diretrizes para compartilhamento de dados entre órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Citada norma traz em seu bojo um verdadeiro glossário de termos, englobando, para seus fins, os conceitos de “atributos biográficos”, “atributos biométricos” e “atributos genéticos”. Para efeitos de “atributos biográficos”, tem-se os “dados de pessoa natural relativos aos fatos da sua vida, tais como nome civil ou social, data de nascimento, filiação, naturalidade, nacionalidade, sexo, estado civil, grupo familiar, endereço e vínculos empregatícios” (art. 2º, inciso I).

A formação do cadastro base tem por finalidade: I – simplificar a oferta de serviços públicos; II – orientar e otimizar a formulação, a implementação, a avaliação e o monitoramento de políticas públicas; III – possibilitar a análise das condições de acesso e manutenção de benefícios sociais e fiscais; IV – promover a melhoria da qualidade e da fidedignidade dos dados custodiados pela administração pública

federal; e V – aumentar a qualidade e a eficiência das operações internas da administração pública federal. Ainda que o propósito da lei seja louvável, há de se refletir acerca de certas nuances, tais como a conceituação de “atributos genéticos”, que, “inicialmente” não deverão ser levados em consideração para fins de cadastramento (§ 6º, art. 18).

Na construção de um governo digital, a abordagem brasileira parece se focar em um primeiro momento na coleta de dados, sob o argumento de que, com os mesmos, será possível uma arquitetura mais adequada de políticas públicas. O risco é o tratamento de certos dados, tais como filiação partidária, endereço e vínculos empregatícios, que facilmente podem ser utilizados de forma discriminatória.

Ante todas essas possibilidades, reforce-se, desde sempre, a perspectiva real de privacidade que deve ser alimentada, segundo nobre lição de Marcel Leonardi ao afirmar:

Isso significa que não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária²²³.

Reitere-se assim, o compromisso dos governos digitais para com a proteção de seus cidadãos.

Diante desse cenário, não pode ser ignorada a preocupação que se deve ter com a segurança e proteção dos dados, dando-se centralidade às premissas assentadas na Lei nº 13.709/2018 (LGPD), a demonstrar o nível de seriedade e importância do país na proteção das liberdades, de modo a servir como instrumento a permear relações mais transparentes e menos abusivas. Ainda é cedo para quaisquer conclusões a respeito da coexistência da LGPD e do Decreto que cria o Cadastro Base do Cidadão. Há um longo caminho a ser percorrido, vez que existe não só uma questão estrutural a ser enfrentada, de modo a se ampliar o acesso à internet nas regiões mais remotas do nosso país e à população mais humilde, mas também do compromisso dos governos para com liberdades individuais.

223 LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.

6. Considerações Finais

O presente estudo pretendeu um olhar sobre os rumos da Administração Pública brasileira que, como não poderia deixar de ser, sofre os influxos da revolução provocada pela inovação tecnológica. Em todo o mundo, a cada dia, não faltam notícias do uso da tecnologia para tornar a vida nas cidades mais sustentável e aumentar o bem-estar da população. As ditas “cidades inteligentes”, seus principais conceitos e referenciais, suas perspectivas para o futuro, bem como o uso da IoT como instrumento de implementação desse modelo foram temas enfrentados neste trabalho.

Pensar em “cidades inteligentes” é, acima de tudo, pensar nas cidades que queremos viver. Falar em “cidades inteligentes” é ter por referencial os moradores dessas cidades e, em nome deles, se lançar em busca de soluções para a construção de um espaço mais sustentável e com mais qualidade de vida. Não se pode, em nenhuma circunstância, pensar nos projetos das *smart cities*, com objetivos dissociados dos ideais de seus cidadãos e distantes das estruturas postas à disposição. Na prática, a preocupação em se construir cidades inteligentes (ou melhor, “governos inteligentes”) não tem como premissa se alcançar objetivos de uma agenda internacional (ODS 11 da ONU, por exemplo) e, sim, a de tornar agradável a experiência de se viver em cidades cada vez mais povoadas e cada vez mais intransitáveis, poluídas e violentas. A urgência do tema e a necessidade de desburocratizar uma Administração pública sacramentalmente burocrática também não pode servir de pretexto para atropelos e condutas desrespeitosas.

Muito tem-se dito acerca do impacto econômico da IoT tanto na economia mundial (estima-se que será algo em torno de 3,9 a 11,1 trilhões por ano em 2025, significando 11% da economia mundial) e mesmo na economia brasileira (a projeção é de que a IoT movimento 10% do PIB brasileiro). Decerto que é necessário reconhecer que a IoT traz maior conveniência, melhores produtos e serviços e, portanto, criará cada vez mais oportunidades de projetos às empresas. A tecnologia digital é, de fato, parte da estratégia não só empresarial, mas também governamental, impulsionando novos modelos de gestão e de negócios. Se faz

urgente enxergar no avanço tecnológico uma fonte de vantagem competitiva, devidamente alimentada pela coesão entre atores públicos e privados. Nessas bases, com as ferramentas adequadas e com projetos eficazes, será palpável coordenar e conectar os recursos necessários para criar realidades atrativas para as cidades, não só pelo aspecto econômico, mas também social. Nesse cenário, o Decreto que institui o Plano Nacional de Internet das Coisas ganha centralidade.

A tentativa de se construir políticas públicas com o máximo de efetividade, o que gerará coleta de dados, não poderá abrir espaço para ofensas ao direito à privacidade. Não se pretende aqui rejeitar as novas tecnologias e todas as benesses que as mesmas agregam ao dia a dia de seus usuários. O que precisa ser preservado como núcleo imutável são os direitos à intimidade e à privacidade, que gravitam na noção de dignidade da pessoa humana.

Como insistentemente tem-se repetido, há um longo caminho a ser percorrido, vez que existem questões estruturais a serem enfrentadas, de modo a se ampliar o acesso à internet nas regiões mais remotas do nosso país e à população mais humilde. Nos encontramos bem no centro de toda essa evolução (tecnológica e legislativa) que, focada na relação entre homem e máquina, deve buscar, acima de tudo, transformar o mundo em um lugar melhor para se viver. É acompanhar e ver.

7. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Giselda Barroso Guedes de. Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil. *Revista Administração Empresas*, v. 17, n. 6, São Paulo, nov./dez. 1977.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 9, n. 1, p. 209-226, jan./abr. 2014.
- ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. The internet of things: a survey. *Computer Networks*, 2010.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

- BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil. Nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- BRIGGS, A.; BURKE, P. *Uma história, social da mídia: de Gutemberg à internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- BUETI, Maria Cristina. Panorama setorial da internet. As TIC e a urbanização sustentável. *Smart cities*, ano 9, n. 12, set. 2017. Disponível em: <https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- CAVALLI, Olga. *Internet das coisas e inovação na América Latina*. 2016.
- CHRISTENSEN, Clayton. *O dilema da inovação*. São Paulo: M. Books, 2011.
- DUARTE, F. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. Dando ouvidos aos dispositivos: como resolver controvérsias em um debate sobre cidades inteligentes. *Anais do II Encontro Internacional Tecnologia, Comunicação e Ciência Cognitiva*, v. 2, n. 1, 2016.
- FREITAS DIAS, R. R. *Internet das coisas sem mistérios: uma nova inteligência para os negócios*. São Paulo: Netpress Books, 2016.
- GIL-GARCIA, J. R.; PARDO, T. A.; NAM, T. What makes a city smart? Identifying core components and proposing an integrative and comprehensive conceptualization. *Information Polity*, v. 20, n. 1, p. 61-87, 2015.
- GILES, Martin Giles. It's time to rein in the data barons. *MIT Review*, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/611425/its-time-to-rein-in-the-data-barons/>>. Acesso em: 27 set. 2018.
- GIMENEZ, T. A formação de professores de inglês: desafios da próxima década. Southern EFL Teacher's Association Conference. Florianópolis, 2000.
- GRASSEGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. The data that turned the world upside down. *Motherboard*, 28 jan. 2017.
- KOMNINOS, Nicos. *Intelligent cities: innovation, knowledge systems and digital spaces*. London: Routledge, 2002.
- LEMONS, André. Cibercultura e mobilidade: a era da conexão. XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/r1465-1.pdf>>. Acesso em: 3 de out. 2018.
- LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEMONS, André. Cibercultura e mobilidade: a era da conexão. XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/r1465-1.pdf>>. Acesso em: 3 de out. 2018.
- LEMOV, Rebecca. Big Data is people! *AEON*. Disponível em: <<https://aeon.co/essays/why-big-data-is-actually-small-personal-and-very-human>>. Acesso em: 10 out. 2018.

- LIMA, Cecília Almeida Rodrigues; CALAZANS, Janaina de Holanda Costa. Pegadas digitais: “Big data” e informação estratégica sobre o consumidor. SimSocial – Simpósio em tecnologias digitais e sociabilidade. Salvador, 2013. Disponível em: <file:///D:/Documentos/ARTIGOS%202018/BIG%20DATA.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.
- MACAYA, Javiera F. Medina. Panorama setorial da internet. Smart cities: tecnologias de informação e comunicação e o desenvolvimento de cidades mais sustentáveis e resilientes. *Smart cities*, ano 9, n. 12, set. 2017. Disponível em: <https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.
- MANCINI, Mônica. Internet das coisas: história, conceitos, aplicações e desafios. 2017. Disponível em: <<https://pmisp.org.br/documents/acervo-arquivos/241-internet-das-coisas-historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/file>>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad. *Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.
- MARTINHÃO. Maximiliano. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.
- OLIVEIRA. Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, dez./jan. 2009, p. 303-322.
- PEREZ-LUÑO. Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedade tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2012.
- SANTOS, Maíke Wile dos. O big data somos nós: a humanidade de nossos dados. *Jota*, 16 mar. 2017.

8

Dante Tomaz

O Acordo de Cooperação da Nova Lei das Agências Reguladoras: Uma Visão à Luz da Constituição da República

O Acordo de Cooperação da Nova Lei das Agências Reguladoras: Uma Visão à Luz da Constituição da República

Dante Tomaz²²⁴

Resumo

O presente trabalho almeja analisar o acordo de cooperação entre agências reguladoras federais, estaduais, distritais e municipais previsto nos arts. 34 e 35 do novo marco legal das agências reguladoras (Lei federal nº 13.848/19). Para tanto, em um primeiro momento, expõe-se os principais aspectos constitucionais do princípio federativo, da Federação brasileira e da regulação estatal. Posteriormente, nos valem do instrumental teórico prévio para comentar as disposições do novo marco legal.

Palavras-chave: federação; federalismo cooperativo; ordem econômica; regulação; agências reguladoras.

1. Introdução

A Lei federal nº 13.848/2019 trouxe o novo marco legal das agências reguladoras existentes no âmbito da União. Dentre as novas previsões, lançaremos luzes sobre o contido nos arts. 34 e 35, que inovaram na ordem jurídica ao regulamentar a figura do acordo de cooperação entre as agências reguladoras federais, estaduais, distritais e municipais.

O tema suscita instigantes debates pela proeminência que confere às autarquias especiais federais em detrimento das agências dos demais entes, o que provoca dúvidas se a sua instituição seria ou não compatível com o modelo de Estado federal instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

A forma federativa de Estado é uma cláusula pétrea da CRFB/1988 e fundamento na República. As violações à autonomia

²²⁴ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela FGV/RJ. Procurador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

dos estados e municípios, portanto, trata-se de um assunto que merece atenção devido ao *status* constitucional do princípio federativo e, igualmente, pelas implicações práticas relevantes que podem surgir a partir do advento da nova lei.

Analisar os contornos jurídicos da cooperação entre as agências reguladoras dos diversos entes federados, buscando, em um primeiro momento, analisar sua constitucionalidade e, em um segundo momento, fixar seus limites concretos de forma a respeitar a autonomia dos entes infranacionais e atingir o máximo grau de eficiência, trata-se de um dever que se impõe a todos os profissionais do direito que pretendem estudar o novo marco legal das agências reguladoras.

Para tanto, o presente artigo será dividido em duas partes distintas e complementares, com vistas à melhor compreensão do tema.

Antes de adentrar na apresentação das partes da obra, cabe tecer algumas notas de natureza metodológica. A análise efetuada se dará marcadamente no plano descritivo e, em menor grau, prescritivo de medidas que entendemos potencialmente positivas. O foco do trabalho se centrará quase que totalmente sobre aspectos do direito positivo e não sobre questões empíricas das agências reguladoras ou mesmo do modelo federativo, assunto riquíssimo, mas que não cabe no estreito escopo do presente estudo.

Passando agora para a apresentação do plano de trabalho, a primeira parte versará sobre o conceito de federação, especialmente sobre o modelo federal instituído na CRFB/1988, bem como analisaremos a atividade de regulação da economia a partir de seus contornos constitucionais.

Estabelecidas as premissas teóricas e normativas do princípio federativo no Brasil e do modelo jurídico pátrio da regulação, passaremos, no momento seguinte, à discussão sobre os contornos jurídicos do acordo de cooperação previsto na nova lei das agências reguladoras (Lei federal nº 3.848/19). A tese é de que o instituto, oferecendo algum grau de risco à autonomia dos entes infranacionais, pode ser positivo para o atingimento de uma regulação mais eficiente e trata-se de um legítimo instrumento de cooperação.

Por fim, concluímos o presente trabalho com uma exposição sintética sobre os principais pontos abordados no artigo. Com isso, almeja-se contribuir para o (ainda) incipiente debate sobre as mudanças promovidas pela nova lei, sempre com a preocupação de assegurar o fortalecimento da Federação brasileira e a eficiência no modelo regulatório.

2. Noções Introdutórias sobre a Federação e a Regulação na Constituição da República

2.1 O Estado Federal Brasileiro

O Brasil adota, desde o advento da República em 15 de novembro de 1889, a forma de Estado denominada “federação”. O legislador constituinte da atual Carta Constitucional conferiu grande importância ao federalismo, entendido como o conjunto de ideias que estabelece as diretrizes gerais do modelo de Estado federal²²⁵, enunciado a forma federativa de Estado como a primeira cláusula pétreia listada pelo art. 60, § 4º, da CRFB/88²²⁶.

Cristiano Franco Martins²²⁷ divide o fenômeno federalista em três dimensões, quais sejam: a dimensão valorativa, a dimensão principiológica e a dimensão material. A primeira se caracterizaria pela federação enquanto valor ideológico de respeito aos entes infranacionais. A segunda seria o princípio federativo, ou seja, a federação como norma jurídica dentro de um ordenamento jurídico específico. A terceira seria a forma de Estado adotada em um país, em outras palavras, o Estado federal como oposto ao modelo de Estado unitário, que foi adotado no Brasil pela Constituição Imperial de 1824.

Em seu artigo, Martins²²⁸ afirma que “o federalismo é valor que se assenta sob qualquer forma de Estado, embora, evidentemente, encontre na Federação o ambiente mais propício à sua realização”.

225 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 293.

226 Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado.

227 MARTINS, Cristiano Franco. Princípio federativo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-36, 2008.

228 *Ibid.*, p. 2.

sendo possível existirem Estados unitários que valorizem mais o valor federalismo do que Federações meramente semânticas.

Ora, certo é que a Constituição da República adotou a forma federativa de Estado como cláusula pétrea expressa, o que não significa, em absoluto, que o valor federalismo ou que o princípio federativo não tenha sido igualmente valorizado pela Constituição. Acontece que, enquanto a forma federativa de Estado possui o caráter de regra, as outras dimensões do fenômeno federalista adotam o caráter de princípio²²⁹, sendo passíveis de ponderação em abstrato.

Tratando da dimensão descritiva da Federação brasileira como forma de Estado, podemos afirmar, nos valendo da doutrina tradicional, que ela possui como elementos tipificadores a (i) descentralização política ou repartição constitucional de competências, a (ii) participação da vontade dos estados-membros na vontade nacional por meio do Senado Federal, o (iii) poder de autoconstituição dos estados-membros e a (iv) existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis²³⁰.

Quanto à sua origem, a Federação brasileira pode ser classificada como de caráter centrífugo, pois se formou a partir da desagregação do Estado unitário previsto na Constituição do Império do Brasil de 1824. Segundo Gustavo Sampaio Telles Ferreira²³¹, o laço federativo desenhado pela Constituição de 1891 converteu o centralismo dominante em uma Federação com elevado grau de autonomia, “como se transformações puramente dogmáticas restassem capazes de alterar a história sem a devida mutação dos padrões culturais informadores da sociedade brasileira de então”.

Outra questão que provoca controvérsia é se a CRFB/1988 teria adotado um modelo dual ou cooperativo de federação. Conforme ensina Luís Alberto de Fisher Awazu²³², o federalismo dual seria aquele em que existiria uma rígida divisão de competências

229 Para um maior aprofundamento da distinção entre princípios e regras, ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999.

230 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 67-71.

231 FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo constitucional e reforma federativa: Poder local e cidade-Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 14.

232 BARACHO, José Alfredo apud AWAZU, Luís Alberto de Fisher. *O federalismo brasileiro e o desenvolvimento nacional. A cooperação como elemento de equilíbrio na federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.

estanques entre o poder central e os estados-membros, enquanto o federalismo cooperativo teria como traço distintivo uma maior cooperação entre o poder central e os entes federados.

A CRFB/1988, de acordo com a doutrina majoritária, adota o modelo de federalismo cooperativo em vez do federalismo de competências rigidamente divididas, o que seria a regra no Brasil desde, ao menos, a Constituição de 1934²³³. A opção adotada pelas seguintes Constituições brasileiras desde a Carta de 1934 seria positiva pois, segundo Baracho, o federalismo cooperativo, ainda que sem solucionar todos os males do modelo federal de Estado, trata-se da melhor forma de desenvolver a ordem federativa no direito²³⁴.

Desenvolver as melhores formas de cooperação entre os distintos entes federados, portanto, torna-se uma exigência para maximização da eficiência estatal e da correta realização dos objetivos do Poder Público. A necessidade de cooperação torna-se ainda mais evidente quando verificamos o caráter materialmente assimétrico da Federação brasileira²³⁵, em que a realidade econômica e social dos entes torna muito difícil para a quase totalidade deles a sua própria subsistência com seus próprios recursos.

Outra particularidade brasileira, que reforça o dever de cooperação, é o fato de que o Brasil, ao menos a partir do advento da CRFB/1988, passou a conferir o *status* de ente federado aos municípios. A federação de dois níveis, também chamada de dual por parcela da doutrina²³⁶, era o modelo consagrado no país em que a forma federativa de Estado foi criada, os Estados Unidos da América, e, também, em todas as Constituições republicanas do Brasil até então.

A CRFB/1988 inovou na ordem jurídica nacional e internacional²³⁷ ao estabelecer uma Federação em que os municípios ostentam a

233 FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 70.

234 AWAZU, op. cit., p. 30-32.

235 Ibid.

236 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 236-237.

237 Para um estudo da posição dos entes locais à luz do direito comparado: FABRIZ, Daury César; FERREIRA, Cláudio Fernandes. O município na estrutura federativa brasileira: um estudo comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, [S.l.], n. 41, p. 103-127, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1230>>. Acesso em: 10 out. 2019.

condição de ente federado autônomo²³⁸, fato que gera uma necessidade maior de integração entre os três níveis do Poder Público para que a atividade estatal seja eficiente, especialmente diante da difícil condição financeira dos estados e municípios.

Um dos caminhos para revitalizar a Federação brasileira passa, portanto, por suprir as falhas dos entes infranacionais através do incremento da sua capacidade operacional e financeira, no que a cooperação e o trabalho conjunto entre os entes podem ajudar.

O art. 23 da CRFB/1988 estabelece uma grande quantidade de competências comuns entre os três níveis federados, o que impõe alguma ordem de coordenação entre eles. Para tanto, o parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que deveria ser editada uma lei complementar para tratar das relações federativas.

No campo do direito econômico, o que abarca a atividade de regulação da Economia, não há uma norma geral de cooperação, de modo que a cooperação entre os distintos entes deve se dar à luz dos dispositivos constitucionais e das normas ordinárias. A Lei (ordinária) federal nº 13.848/2019 trouxe a figura do “acordo de cooperação” entre as agências reguladoras federais, estaduais, distritais e municipais, o que ajuda a operacionalizar a integração interfederativa.

No próximo capítulo, analisaremos especificamente as questões constitucionais relacionadas com o novo marco legal das agências reguladoras federais. Contudo, antes disso, será fundamental delinear os aspectos constitucionais da função reguladora do Estado brasileiro conforme delineado na CRFB/1988.

2.2 A Função Regulatória do Estado na Constituição da República de 1988

A atividade regulatória é um dos mecanismos de intervenção do Estado no domínio econômico previsto na CRFB/1988²³⁹. Para que os cidadãos tenham acesso a uma Administração Pública eficiente,

²³⁸ CRFB/88, Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

²³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 487.

dando concretude ao art. 37, *caput*, da CRFB, a atuação coordenada entre os distintos níveis da Federação se faz necessária.

Antes de analisar a atuação entre os entes federados, é importante, e a isso o presente capítulo se dedica, saber que, conforme leciona Gustavo Binbenbom, “os arts. 170, 173 e 174 da Constituição brasileira concedem ao Estado razoável margem empírica de apreciação para a escolha de instrumentos adequados de regulação à ordenação das diversas atividades econômicas²⁴⁰”. Entenda-se: o Estado deve optar pelos mecanismos de intervenção na ordem econômica colocados à disposição pela CRFB/1988 para atingir os fins socialmente relevantes a que está constitucionalmente obrigado a perseguir.

A adequada compreensão do tema impõe dedicar breves linhas sobre o tratamento constitucional do direito constitucional econômico e, mais especificamente, sobre a atividade de regulação da economia.

Desde a década de 1980, com especial aceleração a partir da de 1990²⁴¹, o Estado brasileiro tem feito, com algumas oscilações, a opção por um papel predominantemente regulador em detrimento da intervenção direta na economia²⁴². Luís Roberto Barroso, em obra específica sobre as agências reguladoras e sua adequação ao ordenamento constitucional brasileiro, demonstra de que maneira as reformas constitucionais efetuadas na década de noventa mudaram a feição da ordem constitucional econômica da CRFB/1988²⁴³.

A função reguladora do Estado está expressamente prevista no *caput* do art. 174 da CRFB, ao passo que a intervenção direta

240 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163.

241 MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=51266&p=16>. Acesso em: 14 set. 2019.

242 “De um lado, tem-se a circunstância histórica de a emergência e fortalecimento do papel regulatório estatal coincidir com os processos de redução da intervenção estatal direta na economia, favorecendo a confusão entre privatização e regulação, como se àquela correspondesse, sempre, um processo de desregulação.” MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=64263>>. Acesso em: 14 set. 2019.

243 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 56, ano 2002. Disponível também em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MII007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 14 set. 2019.

do Estado na economia encontra-se de forma direta no art. 173 da CRFB/1988 e, de forma indireta, nos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, da CRFB/1988, estes últimos incluídos pelo poder constituinte derivado reformador (emendas constitucionais número oito e nove de 1995).

Os novos dispositivos passaram a estabelecer, respectivamente, a necessidade de criação de agências reguladoras para os setores de telecomunicações (papel exercido pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL) e do petróleo (papel exercido pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP), introduzindo a figura das agências reguladoras no direito constitucional positivo em importantes setores econômicos.

Sendo a atividade regulatória figura de *status* constitucional desde, no mínimo, a promulgação da Carta de 1988 (art. 174), posição reforçada pelas precitadas emendas constitucionais de número oito e nove de 1995, além de prática consagrada por, no mínimo, três décadas de experiência, o presente trabalho se fundamenta no pressuposto da constitucionalidade do atual Estado administrativo²⁴⁴ existente no Brasil, cuja prática se centra em grande medida na regulação.

A regulação pode ser conceituada, conforme didática definição proposta por Rafael Oliveira, como equivalente ao “condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia²⁴⁵”. Portanto, o Estado, ao regular, busca dirigir a ação de setores da economia, sejam eles serviços públicos concedidos (ANP regula o setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS regula o setor de saúde) ou atividades econômicas em sentido estrito (o setor audiovisual é regulado pela Agência Nacional do Cinema – ANCINE).

Muito se discute na doutrina acerca da existência ou não de uma preferência da regulação frente às demais formas de atuação

244 “Estado Administrativo: aquele cuja ação deve ser de acordo com o Direito Administrativo, o direito da Administração Pública.” BOCKMANN MOREIRA, Egon. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 153-179, ago. 2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>>. Acesso em: 14 set. 2019.

245 OLIVEIRA, op. cit., p. 491.

na ordem econômica, como a ação direta ou o planejamento. Para a parcela da doutrina que advoga pela existência do princípio da subsidiariedade²⁴⁶, haveria uma necessária gradação entre planejamento, regulação e intervenção direta, devendo ser adotada primeiro a medida menos restritiva e, apenas no caso de ineficiência dessa, medidas mais restritivas da liberdade econômica.

O referido princípio vem sendo alvo de críticas de parcela expressiva da doutrina, destacando-se, dentre os críticos, José Vicente Santos de Mendonça, que, em linhas gerais e à luz da razão pública e do pragmatismo, compreende a defesa da existência desse princípio como uma tomada de posição ideológica de caráter liberal, sem que o legislador constituinte tenha feito essa opção. Ou seja: a subsidiariedade seria uma diretriz política de organização do Estado e não uma norma (princípio) constitucional²⁴⁷.

A despeito da celeuma acadêmica, perfilhamo-nos ao entendimento de que o que existe é uma opção fungível²⁴⁸ entre as distintas formas de intervenção no domínio econômico fornecidas ao Poder Público pela Constituição, que, à luz dos valores constitucionais e dotado de certa discricionariedade, poderá escolher sobre como e quando intervir na economia.

A fungibilidade entre as distintas formas de intervenção do Estado não é absoluta, contudo, o princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁴⁹, deve ser sempre um primeiro passo antes do legislador e/ou administrador optar pela intervenção no domínio econômico.

246 “Princípio da subsidiariedade consistiria na ideia de que “o Estado só pode atuar como agente econômico quando for absolutamente necessário, em face da impossibilidade de os interesses públicos em jogo poderem ser atendidos pela iniciativa privada, e essa atuação (repise-se, com as exceções dos serviços e monopólios públicos) não pode excluir a atuação em igualdade de condições com a iniciativa privada”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 122.

247 Para a imprescindível explicação completa da posição do autor, ver: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 224-250.

248 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fungibilidade da atuação direta do Estado na economia com a regulação e o fomento. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 9-21, out./dez. 2016.

249 ÁVILA, op. cit., p. 151-179.

O que se deve exigir é que toda intervenção do Estado na ordem econômica seja precedida de uma análise casuística dos valores constitucionais envolvidos no caso em concreto. Como ressalta Binenbojm, “o Estado Democrático de Direito é um Estado de ponderação²⁵⁰”, logo a verdadeira vinculação do Estado ao direito não se dá exclusivamente através das leis formais, mas, em verdade, pela atuação conforme os valores constitucionais.

A CRFB/1988 adota princípios de matrizes ideológicas distintas, o que permite grande flexibilidade nas escolhas da política majoritária para guiar a conduta da Administração Pública, desde que os limites mínimos estabelecidos na ordem constitucional sejam respeitados²⁵¹.

Em suma: a regulação é um mecanismo constitucionalmente legítimo de intervenção na economia, que vem sendo utilizado cada vez mais pelo Poder Público pátrio como mecanismo de atuação estatal na ordem econômica, o que se coaduna com o caráter compromissório e plural da CRFB/1988.

Dentre seu âmbito de competência, cada ente pode escolher, respeitados os parâmetros constitucionais, quais modelos de relação com os agentes privados e com o mercado serão adotados. Contudo, questões de ordem prática e aspectos técnicos impõe que determinadas matérias sejam tratadas em conjunto por diversas unidades da Federação.

A integração entre os entes federativos para fins de intervenção no domínio econômico carecia de regulamentação legal de âmbito generalista, sendo regulamentado, via de regra, pelas leis setoriais de cada setor econômico ou pelas leis de instituição de agências reguladoras específicas. A situação se alterou com a promulgação da Lei federal nº 13.848/19, que trouxe o novo marco legal das agências reguladoras.

250 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 108.

251 Para uma visão ampla sobre a relação, por vezes tensa, entre constitucionalismo e democracia. Ver: BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, p. 4, IV, da CF/88. *REDE (IBDP)*, v. 10, p. 1-43, 2007. Disponível em: <<https://rbrandao.adv.br/wp-content/uploads/2017/05/DFs.-Cláusulas-Petreas-e-Democracia-uma-proposta-d-e-justificacao-e-aplicacao-do-art-60-4-da-CF88.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

3. Federação, Regulação e o Acordo de Cooperação entre Agências Reguladoras Previsto na Lei Federal nº 13.848/2019

3.1 O Princípio Federativo como Instrumento de Eficiência da Regulação

Apresentadas nos capítulos anteriores as características gerais do princípio federativo e da função regulatória do Estado na CRFB/1988, cabe agora jogar luzes sobre as relações entre a Federação brasileira e a atividade regulatória do Estado, especialmente diante da edição da nova Lei das agências reguladoras, que trouxe importantes mudanças no assunto.

Como já ressaltado, a Federação brasileira segue o modelo definido pela doutrina constitucionalista como cooperativo, em que cabem aos diferentes níveis federativos atuarem em conjunto para a consecução dos objetivos determinados pelo poder constituinte. O sistema federativo pátrio também se destaca pela característica única de possuir três níveis, o que gera uma demanda por cooperação ainda maior.

A relação entre federalismo e regulação não é tema novo na doutrina, apesar de ainda relativamente pouco explorado²⁵². Contudo, a complexidade atual das atividades econômicas e os impactos nacionais e internacionais das atividades econômicas contemporâneas impõe que seja dada maior atenção ao assunto.

A CRFB, em seu art. 241, estabelece que:

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

²⁵² Como exemplos de obras sobre a relação entre federação e regulação que influenciaram o presente estudo, conferir: VIEIRA, Marcelo Palladino Machado. A federação na perspectiva regulatória: em busca de uma cooperação eficiente. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; e LISBOA, Letícia, Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-473.

Logo, indene de dúvidas que o próprio legislador constituinte derivado (a redação atual veio com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998), percebendo a realidade complexa existente já naquela época, passou a prever de forma expressa a necessidade de atuação conjugada dos entes federativos na consecução dos objetivos constitucionalmente relevantes, especialmente no que tange aos serviços públicos.

Ocorre que tal necessidade se aplica também às demais formas de atuação do Estado brasileiro na economia. Portanto, a necessidade de cooperação entre os entes federativos estabelecida no art. 241 da CRFB/1988, de forma expressa quanto aos serviços públicos, exsurge igualmente quando o Estado atuar regulando a atividade econômica, seja quando praticada por particulares ou mesmo pelo Poder Público, de forma direta ou por meio de parceiros privados.

Gustavo Binenbojm²⁵³ defende que o direito público como um todo passe por um giro democrático-constitucional, consistente no filtro dos valores constitucionais pelo qual todos os institutos devem ser lidos, e por um giro pragmático, entendido como a imposição da superação de posições de caráter fundacional na aplicação do direito em favor de uma postura contextual e empirista.

Aplicando os ensinamentos acima delineados à relação entre o princípio federativo e a regulação, Vieira defende a necessidade de um giro pragmático da Federação brasileira, em que:

libertando-se de um saudosismo de uma federação meramente dualista, busca incremento e estreitamento da relação entre os entes federais, a partir de uma visão realista das melhores capacidades institucionais de cada ente, sem, evidentemente, excluí-los, mas em viés de coordenação e inclusão²⁵⁴.

Segundo o autor, o princípio federativo não deveria ser entendido como um valor em si mesmo, mas, sim, como um verdadeiro instrumento para o atingimento dos objetivos constitucionalmente colocados a cargo do Poder Público. A gestão eficiente da regulação

²⁵³ BINENBOJM, op. cit.

²⁵⁴ VIEIRA, op. cit., p. 468.

seria o objetivo maior da função regulatória, e o seu atingimento demandaria uma maior predominância, em cada caso específico, da entidade dotada de maiores capacidades institucionais para entrega dos melhores resultados em concreto²⁵⁵.

Alinhados com o posicionamento acima esposto, entendemos que as capacidades institucionais de cada ente da Federação devem ser levadas em consideração para estabelecer a regulação dos setores econômicos. O dinamismo do mundo moderno e a exigência constitucional de uma Administração Pública eficiente impõe que instrumentos ágeis sejam utilizados na atividade regulatória.

A determinação constitucional de eficiência na gestão pública torna imperativo que o princípio federativo não seja visto como um fim em si mesmo, mas como verdadeiro instrumento de melhoria da Administração Pública. A integração entre as agências reguladoras permite que cada uma delas, de acordo com suas capacidades institucionais²⁵⁶, contribua para o aperfeiçoamento da atividade regulatória. Afinal, a melhor resposta diante de uma realidade econômica decorrerá, inúmeras vezes, do colóquio contínuo entre os diversos entes da Federação.

O acordo de cooperação entre as agências reguladoras dos distintos níveis, portanto, se caracteriza como uma excelente novidade à luz do princípio federativo e do desenho institucional da Federação brasileira. Regulação e federação se conectam e trabalham juntas pelos mesmos objetivos constitucionais.

3.2 O Acordo de Cooperação Previsto no Novo Marco Legal das Agências Reguladoras Federais: Uma Análise à Luz da Crfb/1988

O novo marco legal das agências reguladoras trouxe uma série de novidades ao ambiente regulatório brasileiro. Exigências mais rígidas para nomeação de diretores, tentativa de reduzir a influência política no juízo técnico, novos procedimentos, integração com

²⁵⁵ Ibid., p. 451-473.

²⁵⁶ Para uma visão do tema "capacidades institucionais" sob a ótica da interpretação constitucional, ver: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

órgãos de defesa da concorrência e do meio ambiente, enfim, inúmeras inovações surgem nos cinquenta e três artigos da lei.

Dentre elas, abordaremos agora os aspectos constitucionalmente controvertidos do assim denominado “acordo de cooperação” entre agências federais, estaduais, distritais e municipais, previsto nos arts. 34 e 35 da Lei federal nº 13.848/19. Para tanto, algumas ponderações iniciais são necessárias.

Dado o caráter recente da norma objeto de estudo, cuja publicação ocorreu em junho de 2019 e o início da vigência em setembro do mesmo ano²⁵⁷, a produção acadêmica disponível é ínfima e os dados empíricos provavelmente inexistentes. A análise então centrar-se-á em aspectos teóricos e na análise descritiva do texto legal, para tentar descobrir quais são as normas jurídicas aptas a serem extraídas do texto da nova lei²⁵⁸.

Também é mister destacar que a nova lei veio em conjunto com uma série de inovações legislativas, tais como a nova Lei das Estatais (Lei federal nº 13.303/16), as alterações da LINDB (Lei federal nº 13.655/18) e a recentíssima Lei da Liberdade Econômica (Lei federal nº 13.874/19), ponto ressaltado pela doutrina que já se aventurou no assunto²⁵⁹.

Todas as alterações em um curto espaço de tempo indicam que a sociedade brasileira, de modo geral, vem optando por mudanças na gestão pública e na relação do Estado com a economia e cabe aos profissionais do direito, sempre com respeito aos princípios e valores constitucionais, interpretar as novas normas legais de forma a maximizar a eficiência na gestão pública e auxiliar na promoção do crescimento econômico e desenvolvimento social.

Ao lado da questão axiológica do sistema em que o novo marco legal das agências reguladoras está inserido, cabe retomar um aspecto prévio de natureza formal com potencial para, em tese, eivar de inconstitucionalidade a nova lei e, por tabela, o acordo de cooperação.

257 Ressalte-se que o presente artigo foi formulado entre setembro e outubro de 2019.

258 Para uma explicação mais detalhada sobre o processo de concretização das normas. Ver: SARLET, op. cit., p. 214/215; ou GARCIA, Emerson. *Interpretação constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

259 FORTINI, Cristiana; Farjardo, Gabriel. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. *Consultor Jurídico*, 17 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>>. Acesso em: 4 out. 2019.

Questiona-se se a regulamentação da cooperação federativa em matéria de regulação por meio de uma lei ordinária não se caracterizaria como uma burla ao art. 23, parágrafo único, da CRFB/1988, que exige lei complementar para tratar da cooperação entre os entes da Federação. A resposta negativa se impõe.

Os princípios constitucionais hermenêuticos da unidade e da concordância prática²⁶⁰ devem ser sempre lembrados pelos operadores do direito no momento de aplicar a CRFB/1988. O primeiro impõe que a Constituição seja interpretada como um conjunto harmônico e o segundo que o exegeta tente interpretar o texto constitucional de forma a, na medida do possível, não afastar totalmente nenhuma norma no processo de aplicação dos dispositivos constitucionais.

O art. 241 da CRFB/1988 serve de fundamento jurídico positivo para afastar a necessidade de lei complementar para regular a cooperação entre agências reguladoras, ao estabelecer que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados”.

O dispositivo permite concluir que, quando o Poder Público atuar regulando a atividade econômica, seja ela praticada pelos particulares ou pelo próprio Estado, diretamente ou indiretamente, a cooperação federativa trata-se simultaneamente de uma necessidade e uma imposição do princípio da eficiência. Além disso, o art. 241 utiliza apenas o termo “lei”, sem exigir a edição de lei complementar, o que torna legítimo que lei ordinária discipline a matéria referente à cooperação de agências reguladoras.

Superada a questão da possível inconstitucionalidade formal da nova Lei, cabe adentrar na análise material do expressamente disposto no texto legal.

O art. 34, *caput*, da Lei federal nº 13.848/19²⁶¹ passou a prever o “acordo de cooperação” como o instrumento padrão pelo qual

²⁶⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 439-442.

²⁶¹ Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

as agências federais listadas na lei²⁶², deverão se articular com as estaduais, distritais e municipais a partir da sua entrada em vigor, salvo no que se refere ao Sistema Único de Saúde (SUS). A restrição imposta ao SUS se justifica pela especialidade do sistema, que é regido por um arcabouço normativo próprio²⁶³.

O direcionamento apenas às agências reguladoras citadas no art. 2º demonstra que o novo marco legal das agências reguladoras possui caráter predominantemente federal e não nacional. Ou seja: aplica-se exclusivamente para o Governo federal, não adentrando na seara das unidades federativas.

Nem poderia ser diferente. As prerrogativas de autogoverno, autoadministração e auto-organização são elementos mínimos da autonomia dos entes federados²⁶⁴, tornando quaisquer obrigações de organização e funcionamento criadas por lei federal potencialmente inconstitucional.

O parágrafo primeiro do art. 34²⁶⁵ estabelece a vedação pre-emptória de delegação de competências normativas. Em nosso entender, o dispositivo merece críticas, pois ignora a possibilidade de que as agências de determinados entes federativos possam ter melhores condições ou maior *know-how* em circunstâncias específicas. Teria sido melhor que fosse possível a delegação de alguma competência normativa, desde que respeitados parâmetros mínimos determinados pela agência federal delegante.

O princípio federativo confere maior peso à crítica ora formulada, pois os entes federativos devem ser autônomos e independentes entre si. A nova lei restringiu demasiadamente as possibilidades de cooperação entre os três níveis da Federação brasileira, o que demanda uma interpretação restritiva da vedação imposta. Por

262 Art. 2º. Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

263 Lei federal nº 8.080/90 e Lei federal nº 8.142/90.

264 SOUZA NETO, op. cit., p. 303.

265 § 1º É vedada a delegação de competências normativas.

exemplo: a mera aplicação de índices ou fórmulas pelas agências delegatárias não deve constituir ilegalidade, desde que previamente fixados pela agência federal delegante.

Raciocínio similar foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.568, cujo objeto tratava-se de seara totalmente distinta da regulação econômica, mas cuja fundamentação demonstra, surpreendentemente, similitude com a discussão que ora se coloca.

A referida ADI nº 4.568 analisou a constitucionalidade de o Congresso Nacional delegar ao Poder Executivo a fixação do salário mínimo conforme parâmetros pré-estabelecidos, o que violaria o art. 7º, inciso IV da CRFB/1988²⁶⁶. O STF entendeu que a mera aplicação de índices ou fórmulas, desde que definidos previamente pela autoridade competente, não configura delegação. Exatamente o parâmetro defendemos para verificar a licitude ou não do exercício de competências normativas por entes regionais ou locais.

Prosseguindo com a análise da lei, os parágrafos segundo e sexto do art. 34²⁶⁷ da nova Lei das Agências devem ser examinados em conjunto devido à similitude normativa e teleológica extraível de ambos. A similitude normativa transparece do fato de que os dois obrigam a Administração Pública federal a verificar o preenchimento de requisitos legais pelas congêneres infranacionais antes da celebração de acordo de cooperação.

A similitude teleológica, por sua vez, se dá em virtude de a finalidade maior almejada pelos dispositivos sob análise ser o fortalecimento institucional do sistema regulatório pátrio, o que ocorrerá com a melhoria do nível das agências reguladoras estaduais, distritais e municipais.

266 Art. 7º, IV: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família (...).

267 § 2º A descentralização de que trata o *caput* será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.

Fortalecer as instituições públicas é fundamental para o desenvolvimento nacional, pois, como demonstrado na obra de Acemoglu e Robinson²⁶⁸, a existência de instituições fortes é uma das chaves para o desenvolvimento das nações. Em um país de proporções continentais como o Brasil, as instituições devem se fortalecer também no plano regional e local. A dependência dos órgãos infranacionais de apoio logístico ou financeiro federal tem potencial de impulsionar a sua maior profissionalização e institucionalização, pois necessitarão se adequar aos requisitos legais para que possam seguir usufruindo do suporte das agências reguladoras da União Federal.

A análise do funcionamento das agências reguladoras estaduais, distritais ou municipais, instituições jurídicas que são, deve passar pelas fases descritiva, prescritiva e crítica²⁶⁹. Ou seja: será necessário sempre que a agência federal analise os propósitos específicos de cada uma das agências reguladoras infranacionais, sua realidade fática para, por fim, proceder com o diagnóstico acerca da existência ou não de vícios que possam impedir a celebração do acordo de cooperação.

Ressalte-se que o federalismo cooperativo impõe que, a partir da análise prévia dos requisitos impostos pelo regimento da agência federal, esta explicita as falhas existentes e, também, os meios de resolução dos problemas. Só assim as agências regionais ou locais poderão, efetivamente, evoluir em sua organização ou, se for o caso, se insurgir contra as exigências apresentadas.

Portanto, entende-se que a imposição de que os órgãos regulatórios estaduais ou locais estabelecem um arcabouço normativo similar ao federal se coaduna com a necessidade de eficiência e de fortalecimento das instituições.

A jurisprudência do STF parece caminhar no mesmo sentido, como verifica-se do julgamento da ADI nº 2.238, que analisou uma miríade de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)

268 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam? As origens do poder, da prosperidade e da riqueza*. Elsevier, 2012.

269 TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 208-209.

(Lei Complementar nº 101/00), dentre os quais o parágrafo único do art. 11.

Abre-se um parêntesis para explicar o caso e o porquê de acreditar-se que as lições extraídas desse julgado, de matéria financeira e tributária, serão de grande valia para analisar as exigências impostas às agências reguladoras infranacionais pelo novo marco legal.

Os propositores da ADI alegaram que o art. 11 da LRF violaria o princípio federativo e da autonomia dos entes infranacionais ao vedar transferências voluntárias em benefício de unidades federadas que não instituíssem todos os impostos da sua competência. Essa previsão supostamente feriria a facultatividade da competência tributária, que seria, nessa linha de raciocínio, um corolário do regime federal²⁷⁰.

O STF, contudo, entendeu inexistir vício constitucional na imposição legal à União de exigir dos entes federados responsabilidade fiscal e o efetivo cumprimento de suas obrigações antes de se beneficiar de verbas e auxílio federal, pois, sendo a responsabilidade fiscal um desígnio da CRFB/1988, a criação de incentivos legais para que as unidades federadas o busquem não só é constitucional como trata-se de verdadeiro dever.

O mesmo raciocínio jurídico mostra-se perfeitamente aplicável para considerar inexistente qualquer inconstitucionalidade em limitar por lei a liberdade de a União, por meio de suas agências reguladoras, celebrar acordos de cooperação com órgãos de entes federados que não observem o grau mínimo de eficiência imposto pelo novel marco legal.

O maior risco que se vislumbra dos parágrafos segundo e sexto é que sejam impostas exigências descabidas ou desproporcionais, o que violaria o princípio federativo ao obrigar – no plano empírico, dada a hipossuficiência financeira e técnica de muitos dos órgãos infranacionais – os entes federados a se submeterem a um rígido modelo federal. Como quase tudo na vida, o equilíbrio é necessário, principalmente quando a gestão pública está em jogo.

²⁷⁰ Para uma defesa da constitucionalidade do art. 11 e da flexibilização da facultatividade da competência tributária na doutrina, ver: ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2013. p 327-328.

Os parágrafos terceiro e quarto do art. 34²⁷¹ da nova Lei se limitam a dizer o óbvio, entretanto, alguns pontos se sobressaem da leitura do texto legal e são dignos de nota.

O primeiro deles trata-se da previsão de que a fiscalização exercida pela agência federal sobre a agência delegatária deve levar em conta os termos do acordo celebrado, o que se coaduna perfeitamente com o giro pragmático do princípio federativo que defendemos durante todo o presente trabalho.

Em uma dada situação concreta, a maior *expertise* de uma agência local ou mesmo a dinâmica do mercado naquele estado-membro ou município pode justificar afastar uma hipotética direttriz geral, merecendo aplausos o parágrafo terceiro por ampliar o dinamismo e a flexibilidade da cooperação interfederativa.

O segundo ponto a ser destacado trata-se da restrição operada pelo parágrafo quarto na faculdade conferida pelo parágrafo antecedente. Explica-se: o parágrafo quarto impõe uma legalidade estrita no exercício das atividades de fiscalização pelos órgãos estaduais, distritais ou municipais, que deverão, necessariamente, obedecer ao disposto pela autoridade federal delegante.

Isso significa que o legislador optou por excluir o objeto “fiscalização” da maleabilidade apresentada pelo parágrafo terceiro, que, então, se destinaria apenas às atividades sancionatórias e arbitrais em uma interpretação literal. Em suma: a possibilidade de regras casuísticas afastarem o controle federal se aplicaria a todos os demais objetos de delegação, salvo no caso das competências fiscalizatórias.

Torna-se possível questionar a constitucionalidade da estipulação de tamanha rigidez nesse caso. Seria uma restrição desproporcional a autonomia dos entes federados? Entende-se que não, pois permanece a faculdade deles não aderirem ao acordo proposto pelo ente federal e, em um argumento axiologicamente mais robusto, não parece desproporcional criar uma restrição em um campo sensível como é a fiscalização.

271 § 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das atividades delegadas, será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos termos do respectivo acordo.

§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, a agência reguladora ou o órgão regulador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares federais pertinentes.

O parágrafo quinto do art. 34²⁷² da nova Lei das Agências possui o mesmo espírito de proteção da atividade econômica e da segurança jurídica que inspira o parágrafo quarto, com objetivo de evitar que os órgãos regulatórios infranacionais exerçam de forma desproporcional os poderes delegados.

Afinal, se possível fosse a instituição de novas obrigações além daquelas previstas em contrato, a segurança jurídica²⁷³ do ambiente negocial dos contratos de concessão ou permissão de serviço público seria vulnerada, com potencial impacto no equilíbrio econômico-financeiro de ajustes anteriormente celebrados.

O impacto poderia ensejar pedidos de revisão contratual, incrementando os custos do ente público concedente em virtude da atividade abusiva de outra unidade federativa. Andou bem o novo marco legal das agências reguladoras ao vedar, desde já, essa possibilidade.

Encerrando o art. 34, temos o parágrafo sétimo²⁷⁴ que é preceptivo ao fixar taxativamente que a “agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada”.

A possibilidade de sempre poder recorrer das decisões das agências delegatárias torna as suas deliberações, na prática, mero rito de passagem para a decisão final das agências federais delegantes. A promessa de maior dinamismo e flexibilidade decorrente do novel acordo de cooperação se enfraquece em demasia diante dessa exigência, que não se coaduna com o ideal de federalismo cooperativo pragmático e eficiente que se defende no presente artigo.

Quanto à análise da constitucionalidade da norma, não existe nenhuma violação frontal ao texto constitucional que justifique sua retirada do mundo jurídico. Entretanto, possível será que exigências

272 § 5º É vedado à agência reguladora ou ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.

273 A segurança jurídica seria tanto um valor quanto um princípio do ordenamento constitucional. Ver: BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Createspace, 2018. p. 39.

274 § 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

econômicas e de eficiência imponham uma interpretação pragmática do texto legal²⁷⁵, o que poderá permitir, em situações excepcionais, que a agência federal delegante vede a recorribilidade²⁷⁶.

O art. 35 da Lei federal nº 13.848/19²⁷⁷ completa o arcabouço normativo do novo acordo de cooperação entre agências federais e as agências estaduais, distritais e municipais, estabelecendo que a divisão de custos da cooperação seja equânime. Apesar de parecer afirmar uma obviedade, uma importância simbólica é extraível do dispositivo.

A conjugação entre a aparente faculdade de transferir recursos prevista no *caput*, de um lado, e a fixação da densidade mínima na divisão dos custos dos acordos de acordo imposta pelo parágrafo único, por outro, revela uma verdadeira vedação de acordos de cooperação leoninos, assegurando aos órgãos reguladores infra-nacionais ao menos a restituição das despesas assumidas.

Trata-se de mais uma exigência em perfeita harmonia com o espírito cooperativo da Federação brasileira, verdadeiro corolário de boa-fé para os ajustes a serem firmados entre os entes federados.

Por fim, além dos aspectos diretamente extraíveis do texto da lei, outros dois questionamentos podem ser formulados quanto ao novo instituto do acordo de cooperação. São eles (i) qual o Tribunal de Contas responsável por fiscalizar as atividades delegadas exercidas e (ii) se o novo marco legal pode servir de fundamento normativo para delegação de atribuições que não envolvam a União, por exemplo, de um estado-membro a um município.

Quanto ao ponto (i), entendemos que o Tribunal de Contas de cada ente deve proceder com a fiscalização das verbas repassadas pela entidade a que estão vinculados. Ou seja: valores repassados ou atividades exercidas diretamente pela União se submetem ao

²⁷⁵ SOUZA NETO, op. cit., p. 426-430.

²⁷⁶ Por exemplo, exija a demonstração de repercussão geral no setor regulado ou o ineditismo da matéria de direito discutida.

²⁷⁷ Art. 35. No caso da descentralização prevista no *caput* do art. 34, parte da receita arrecadada pela agência reguladora federal poderá ser repassada à agência reguladora ou ao órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo acordo de cooperação.

Parágrafo único. O repasse referido no *caput* deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência reguladora ou do órgão de regulação local para realizar as atividades delegadas.

escrutínio do TCU, ao passo que valores de origem dos estados-membros ou municípios se submetem à respectiva Corte de Contas.

Quanto ao ponto (ii), o debate é mais interessante, pois, como dito, a lei em análise é federal, aplicável apenas ao Governo federal e às agências reguladoras listadas em seu artigo 2º. Logo, um juízo sumário tornaria cômodo defender a impossibilidade da sua utilização pelos entes infranacionais. Porém, essa não é a melhor interpretação.

Alexandre Santos de Aragão²⁷⁸ destaca, analisando a aplicação ou não da Lei do Processo Administrativo federal aos estados e municípios, que, na hipótese de inexistência de legislação própria, pode ser aplicada a lei federal, o que teria sido corroborado pelo Supremo Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 646.107/RS.

O mesmo posicionamento deve ser adotado no presente caso. A segurança jurídica proporcionada por uma norma jurídica disciplinando a integração interfederativa entre agências reguladoras não deve ser desprezada pelos entes infranacionais que, valendo-se da sua autonomia federativa, sempre puderam celebrar convênios entre si. Logo, entendemos ser suficiente que os entes federativos prevejam, no próprio instrumento a ser celebrado, a aplicação do novo marco legal das agências reguladoras.

4. Conclusão

No presente, artigo buscou-se, através do estudo das características gerais da Federação brasileira, do princípio federativo e da regulação, apresentar os instrumentais teóricos necessários para a análise dos limites e das possibilidades da cooperação na atividade regulatória.

As considerações tecidas acima sobre o novo acordo de cooperação entre as agências reguladoras de diversos níveis federativos e a consequente “regulação interfederativa”²⁷⁹ consistem, dada a novidade do tema, em uma primeira análise *lex lata*.

²⁷⁸ ARAGÃO, op. cit., p. 669.

²⁷⁹ Expressão utilizada por Flávio de Araújo Willeman em sua palestra no evento “Nova Lei de Agências Reguladoras”, realizada na Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ.

A dinâmica das relações concretas entre as instituições públicas, a economia e a evolução da doutrina e da jurisprudência impõe dificuldades maiores para um trabalho produzido quase que contemporaneamente ao seu objeto. Entretanto, espera-se, não sem alguma dose de esperança, que o presente artigo contribua para o debate sobre o novo instituto e inspire posteriores considerações sobre a relação entre federação e regulação na CRFB/1988.

5. Referências Bibliográficas

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2013. p 327-328.
- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam? As origens do poder, da prosperidade e da riqueza*. Elsevier, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fungibilidade da atuação direta do Estado na economia com a regulação e o fomento. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 9-21, out./dez. 2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; e LISBOA, Letícia, Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999.
- AWAZU, Luís Alberto de Fisher. *O federalismo brasileiro e o desenvolvimento nacional. A cooperação como elemento de equilíbrio na federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Createspace, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 56, ano 2002. Disponível também em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M11007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 14 set. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone (Coords.). Trinta anos da Constituição: a república que ainda não foi. In: *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos direitos e garantias individuais em face de emendas constitucionais à luz da jurisprudência do STF. *Revista Carioca de Direito - RCD*, v. 1, p. 123-152, 2010. Disponível em: <<https://rbrandao.adv.br/wp-content/uploads/2017/05/A-protecao-dos-direitos-e-garantias-fundamentais-em-face-de-ECs-a-luz-da-jurisprudencia-do-STF.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, p. 4, IV, da CF/88. *REDE (IBDP)*, v. 10, p. 1-43, 2007. Disponível em: <<https://rbrandao.adv.br/wp-content/uploads/2017/05/DFs.-Clausulas-Petreas-e-Democracia-uma-proposta-d-e-justificacao-e-aplicacao-do-art-60-4-da-CF88.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BOCKMANN MOREIRA, Egon. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 153-179, ago. 2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/154>>. Acesso em: 14 set. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- FABRIZ, Daury César; FERREIRA, Cláudio Fernandes. O município na estrutura federativa brasileira: um estudo comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, [S.l.], n. 41, p. 103-127, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1230>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo constitucional e reforma federativa: Poder local e cidade-Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FONTES, André. Intervenção Regulatória e Federação. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, ago. 2009.
- FORTINI, Cristiana; Farjardo, Gabriel. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. *Consultor Jurídico*, 17 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>>. Acesso em: 4 out. 2019.

- GARCIA, Emerson. *Interpretação constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=64263>>. Acesso em: 14 set. 2019.
- MARTINS, Cristiano Franco. Princípio federativo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-36, 2008.
- MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=51266&p=16>. Acesso em: 14 set. 2019.
- MELO, Marcus André; Pereira, Carlos. *Making Brazil work: checking the president in a multiparty system*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- VIEIRA, Marcelo Palladino Machado. A federação na perspectiva regulatória: em busca de uma cooperação eficiente. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; e LISBOA, Letícia, Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

9

Juliana Villas Boas Carvalho de Paiva
Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa

Livre Fixação de Preços na Lei da Liberdade Econômica: Simple Declaração de Direito ou Criação de Novo Direito Indefinido?

Livre Fixação de Preços na Lei da Liberdade Econômica: Simple Declaração de Direito ou Criação de Novo Direito Indefinido?

*Juliana Villas Boas Carvalho de Paiva*²⁸⁰
*Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa*²⁸¹

Resumo

A lei da Liberdade Econômica foi aclamada por muitos como uma lei que busca, ao menos em seu Capítulo II, declarar direitos que já eram dados aos particulares e reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. Um dos dispositivos presentes neste Capítulo é o art. 3º, inciso III, que trata da livre fixação de preços nas hipóteses em que a atividade esteja compreendida em um “mercado não regulado”. Contudo, a Lei da Liberdade Econômica não trouxe a definição precisa sobre o que seria um “mercado não regulado”. A partir da investigação das discussões sobre o dispositivo durante a tramitação do projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 881/2019, verificou-se que houve ao menos 12 projetos de emenda tratando sobre liberdade de fixação de preços. Ou seja, o tema não era pacífico e, portanto, para buscar um consenso necessário para a aprovação da Lei da Liberdade Econômica, optou-se por não fixar um entendimento unívoco sobre o que seriam mercados não regulados. A consequência é a criação de um problema: a depender da interpretação que se dê para o vocábulo “mercados regulados”, o conteúdo do art. 3º, inciso III, poderá resultar em respostas contraditórias diante da análise de casos concretos idênticos. O objetivo deste trabalho, nesse contexto, é demonstrar que a fixação de preços abordada na lei pode não ser uma mera declaração de direitos. A ausência de interpretação única para o que sejam mercados regulados traz implicações concretas que são demonstradas a partir de três casos diferentes

²⁸⁰ Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Gerente de Assuntos Jurídicos e Regulatórios na ABRAGEL – Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa.

²⁸¹ Graduado em Direito pela FGV Direito Rio. Visiting International Student na Columbia Law School, em Nova York. Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Advogado na Portugal Ribeiro Advogados.

de regulação de preços (lei do tabelamento de frete, fixação de preços de autoescolas e tabelamento de serviços funerários).

Palavras-chave: regulação; lei da liberdade econômica; fixação de preço; mercado regulado.

1. Introdução

Em meio a uma série de pacotes de medidas para modificar o ambiente institucional brasileiro²⁸², foi aprovada, em 20 de setembro de 2019, a Lei nº 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), fruto da conversão da Medida Provisória nº 881/2019 (MP 881). Tanto a Lei da Liberdade Econômica como a MP 881 foram propostas com o objetivo central de estimular a realização de atividades econômicas e limitar intervenção estatal, funcionando como uma espécie de garantia dos particulares “contra a intervenção estatal”²⁸³.

Tem sido comum o entendimento de que a Lei da Liberdade Econômica não inovou no ordenamento jurídico, tendo apenas cumprido “o objetivo político de sinalizar a investidores estrangeiros que o país busca desburocratizar as relações negociais”²⁸⁴. É nesse contexto que o capítulo II da norma foi intitulado como “Da declaração de direitos de liberdade econômica”. Em tese, os artigos que compõem aquele capítulo apenas positivaram posicionamentos doutrinários majoritários e jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça²⁸⁵.

Contudo, afirmar que o objetivo da lei é simplesmente declaratório²⁸⁶ não parece ser fato autoevidente. Com efeito, a análise

²⁸² Veja-se, por exemplo, a Lei das Agências Reguladoras e as alterações introduzidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²⁸³ Cf. Justificativa da MP 881, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>.

²⁸⁴ TEIXEIRA, Matheus. Sem outras medidas, MP da Liberdade Econômica será inócua na desburocratização. *JOTA*. 10 maio 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/legislativo/sem-outras-medidas-mp-da-liberdade-economica-sera-inocua-na-desburocratizacao-10052019>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

²⁸⁵ TARTUCE, Flávio; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei da Liberdade Econômica: diretrizes interpretativas da nova lei e análise detalhada das mudanças no Direito Civil e nos registros públicos. *GENJURÍDICO*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/09/24/lei-da-liberdade-economica-diretrizes/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

²⁸⁶ A leitura adotada para o termo declaratório para fins desse artigo diz respeito à interpretação de que houve uma percepção compartilhada de que o dispositivo analisado não produziria efeitos concretos. Nesse sentido, haveria uma concepção de que apenas se estaria legislando um direito que já era amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário e pelos sujeitos de direito da norma. É importante ressaltar que a definição empregada nesse estudo não se refere à diferenciação doutrinária entre sentenças declaratórias e constitutivas.

da tramitação do processo legislativo de conversão da MP 881 demonstra que este não era o objetivo da lei desde sua gestação, o que se evidencia pelo fato de que houve trezentas e uma propostas de emendas ao texto da MP 881. Em muitos casos, é possível se observar que não houve consenso entre os parlamentares quanto à melhor interpretação para os dispositivos. A solução para garantir a aprovação, então, foi substituir dispositivos que criavam direitos específicos por dispositivos genéricos e abstratos²⁸⁷.

Um exemplo disso é o tratamento conferido à liberdade de preço, disciplinada no art. 3º, inciso III, da Lei nº 13.874/2019.

Quando da propositura da MP 881, o dispositivo estabelecia como direito de toda pessoa “não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente”. Ou seja, propunha-se que existisse apenas três exceções para a liberdade de definir os preços de produtos e serviços: (i) a existência de um mercado regulado, (ii) a ocorrência de situação de emergência ou (iii) a ocorrência de calamidade pública, declarada pela autoridade competente.

A redação final, porém, como se verifica no texto aprovado, estabeleceu como direito de toda pessoa “definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda”. Com isso, reduziram-se as exceções à liberdade de definição de preços a uma única hipótese: a existência de mercados regulados.

Ao longo da tramitação do projeto de conversão da MP 881, foram apresentados ao menos 12 projetos de emenda que poderiam modificar o âmbito de incidência do art. 3º, inciso III. Basta observar que até a aprovação do projeto pela Comissão Mista havia dispositivo legal definindo, para fins de aplicação da lei, o que viria ser considerado “mercado regulado”. Esse artigo, porém, foi

287 TARTUCE, op. cit.

suprimido quando da aprovação do projeto, como está refletido na lei atualmente em vigor.

Nesse contexto, ao menos em relação à liberdade de fixação de preços, é razoável pressupor que a aprovação da Lei de Liberdade Econômica como mera declaração de direitos não deve ser considerada como algo posto, que dispensa reflexões, ainda mais após constatar-se que a redação final resultou de negociações parlamentares. Mais do que isso, dada a indefinição do termo “mercado não regulado”, parece possível supor que o dispositivo pode gerar diferentes impactos a depender da interpretação que se dê a ele.

Assim, este trabalho pretende responder duas perguntas de pesquisa. Primeiro, se é possível que o termo “mercado não regulado”, presente no art. 3º, inciso III da Lei de Liberdade Econômica, comporte diferentes interpretações que se revelem razoáveis; e, segundo, caso a primeira resposta seja afirmativa, se estas diferentes interpretações podem encaminhar soluções diferentes em casos concretos, o que comprovaria que a liberdade de fixação de preços, da forma como proposta na norma, não se trata de uma mera declaração de direitos, aqui entendida como uma interpretação de que o dispositivo não produziria efeitos práticos concretos, mas apenas consolidaria aquilo que já amplamente vinha sendo reconhecido pelo Poder Judiciário e pelos sujeitos de direito da norma.

Para responder estas perguntas, apresentaremos, na seção 2, de modo mais detalhado, os objetivos declarados da MP 881 e da Lei de Liberdade Econômica e realizaremos o mapeamento das principais alterações sugeridas no projeto de conversão da MP 881, sobretudo acerca do art. 3º, inciso III. Em seguida, na seção 3, apresentaremos as possíveis interpretações que podem ser extraídas da leitura do termo “mercados regulados”, recorrendo à discussão sobre a definição de regulação. Já na seção 4, exploraremos as possíveis implicações práticas de cada leitura do termo “mercado não regulado”, demonstrando como diferentes situações em que houve restrições à livre fixação de preços poderiam ser consideradas legais ou ilegais, a depender da interpretação adotada. Por fim, na seção 5, apresentaremos as conclusões correspondentes.

2. Objetivos da Lei de Liberdade Econômica e Alterações de Entendimentos no Debate Legislativo

Conforme se extrai da Exposição de Motivos, a justificativa utilizada para apresentação da MP 881 foi de que o Brasil se encontra nas últimas posições de diversos rankings que medem a liberdade econômica de um país, de modo que “[e]xiste a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado²⁸⁸”. Nos termos da Exposição de Motivos, esta ausência de segurança explicaria o fato de não haver investimentos no Brasil.

Tendo em vista este diagnóstico, o objetivo da MP 881 era de “empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal, em vez de simplesmente almejar a redução de processos”. Buscava-se, nesse sentido, aumentar os incentivos para o investimento em atividades produtivas, o que, em tese, poderia contribuir para o desenvolvimento da sociedade. Para alcançar este objetivo, buscou-se estabelecer um conjunto de regras que fossem capazes de “alterar situações consideradas paradigmáticas, que repercutirão sobre todo o sistema jurídico por inverterem o pressuposto vigente de antiliberdade e antidesenvolvimento”.

Assim, a primeira versão da norma buscou tratar a liberdade de estabelecimento de preços como regra, ao estabelecer que é direito de toda pessoa “não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente” (art. 3º, inciso III, MP 881). Em outras palavras, ressalvadas três hipóteses – a existência de um mercado regulado, a ocorrência de situação de emergência ou a ocorrência de calamidade pública, declarada pela autoridade competente –, seria garantida a liberdade para os particulares fixarem os preços de produtos ou serviços.

²⁸⁸ Cf. Justificativa da MP 881, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>.

A justificativa específica apresentada na oportunidade estava associada à defesa do capitalismo, que seria capaz de gerar benefícios para a sociedade e, inclusive, para os mais pobres. A partir dessa lógica, a adoção da liberdade de preço serviria para se contrapor ao fato de que, em algumas oportunidades, os “instrumentos de controle de preço pelo Estado são usados não para os fins com que foram criados, mas, sim, para impedir que novos competidores, serviços e produtos se apresentem aos brasileiros, de maneira a manter reservas de mercado e privilégios a modelos já estabelecidos ou até obsoletos²⁸⁹”.

Dessa forma, o objetivo declaratório trazido na MP 881 estaria concretizado no art. 3º, inciso III, ao dispor que a liberdade de fixação de preços deveria ser garantida, ressalvadas as três exceções apresentadas na própria norma. Contudo, durante a tramitação do projeto de conversão da MP 881, uma série de debates foram travados em torno do art. 3º, inciso III, especificamente acerca dos limites que poderiam ser dados pela lei à fixação de preços pelo Estado, mas não houve uma versão equânime para o dispositivo.

De um lado, a Emenda 31, proposta pelo senador Humberto Costa, sugeria que fosse acrescentada mais uma exceção à livre fixação de preços, a fim de estabelecer a “possibilidade de o preço ser tabelado quando houver lei específica, a exemplo do que sucede nos casos de planos de saúde, que estão sujeitos a leis que autorizam o controle do preço e da qualidade dos seus serviços”.

De outro, a Emenda 210 propunha que é direito de qualquer cidadão “não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de seus produtos e serviços”. Para o relator desta Emenda, não haveria hipótese em que seria possível regular preços, uma vez que o “intuito da norma é impedir que o Estado intervenha na formulação de preços”, o que seria uma “consequência do direito do cidadão de escolher como dar função a sua propriedade privada”.

²⁸⁹ Cf. na íntegra a justificativa: “Inciso III – Declara a liberdade de fixar preços no âmbito do mercado não sujeito à regulação. O capitalismo não só gerou renda para todos, ele também transformou bens, antes acessíveis somente a uma elite, em itens do dia a dia, inclusive dos mais pobres. Isso se deu, sobretudo, pelo espírito de inovação de técnicas e modelos, que reduziram o preço e ampliaram a oferta de itens antes considerados luxo. Entretanto, infelizmente, algumas vezes os instrumentos de controle de preço pelo Estado são usados não para os fins com que foram criados, mas, sim, para impedir que novos competidores, serviços e produtos se apresentem aos brasileiros, de maneira a manter reservas de mercado e privilégios a modelos já estabelecidos ou até obsoletos. Isso é, sobretudo, uma garantia que fará com que modelos de negócio inovadores não sejam mandados embora do Brasil”.

Para além dessa discussão sobre o rol de possibilidades de fixação de preços, outros Congressistas (Emendas 70, 82, 84, 102 e 184) propuseram a exclusão do inciso III do art. 3º, sob o argumento de que “diferentemente do sentido que se pretende extrair do art. 1º da medida provisória, a Constituição já consagra, em sua extensa e plural declaração de direitos e princípios, a livre iniciativa como um dos fundamentos da própria República e de sua ordem econômica”. Para esse grupo, a MP 881 “nem inaugura um regime de direitos, nem muito menos poderia ter dado o tratamento privilegiado e excludente a apenas um dos aspectos ou vetores que a Constituição estabeleceu originariamente para a organização das atividades econômicas no país”.

Identificamos, ainda, congressistas preocupados com situações específicas, como a lei do frete que, sem dúvidas, é impactada pelo estabelecimento de normas permitindo ou proibindo a regulação de preços pelo Estado. Nesse sentido, a Emenda 237 propôs que a Lei nº 13.703/2018 fosse modificada para que os pisos mínimos estabelecidos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) fossem apenas referenciais e não vinculativos. Isso deveria ocorrer porque “o tabelamento do preço do transporte rodoviário de cargas retira a liberdade do embarcador e do transportador em negociarem os termos do acordo a ser firmado pela prestação do serviço” uma vez que estabeleceria, “artificialmente, o *quantum* a ser pago pelo serviço que está inserido no âmbito de uma atividade econômica livre e que deveria se pautar no capitalismo de mercado, sistema econômico definido pela Constituição”.

Existiram, além dessas, propostas sugerindo que a MP 881 fosse substituída pelo Anteprojeto de “Lei Nacional da Liberdade Econômica”, que fora elaborado por acadêmicos, na Sociedade Brasileira de Direito Público (Emendas 133 e 134 pelo deputado Eduardo Cury).

Ao final, o art. 3º, inciso III, foi aprovado para dispor que toda pessoa tem o direito de “definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda”. Portanto, a única exceção à livre fixação de preços é a existência de mercados regulados. O curioso, porém, é que a Lei de Liberdade Econômica não trouxe qualquer definição para o termo – o que, ressalte-se, constava do

projeto final aprovado pela Comissão Mista em 11 de julho 2019, em que se estabelecia que “mercado regulado” é “conjunto de atividade econômicas praticadas diretamente em razão de concessão, credenciamento ou permissão pelo poder público”.

Da narrativa acima, é possível perceber que uma série de interesses diferentes e, muitas vezes, opostos, conviveram no processo de elaboração da Lei de Liberdade Econômica. Enquanto alguns congressistas buscaram ampliar as possibilidades de intervenção do Estado na fixação de preços, outros buscaram acabar com exceções à livre fixação de preços. Nesse contexto, a opção de estabelecer o referido dispositivos como uma declaração de direitos parece alinhada com a técnica de realizar uma “subida conceitual” para buscar um “acordo não completamente teorizado²⁹⁰”, tal como é possível observar nos debates que envolvem a legalização do aborto: não havendo consenso no nível da particularidade, isso é, quanto a ideia de que o aborto deve ou não ser protegido pela lei, realiza-se a “subida conceitual” para que todos cheguem a um consenso de que deve ser defendido o direito à vida, sem especificar qual resultado sobre o aborto este direito geraria.

Na prática, essa técnica também parece ter sido utilizada em relação à aprovação da Lei da Liberdade Econômica, haja vista os seus vários dispositivos genéricos e abstratos e as mais de trezentas emendas recebidas no projeto. Contudo, ao não definir o conceito de mercado regulado, é possível que a lei passe de simples ato de declaração de entendimentos já existentes para um mecanismo de possível divergência sobre a sua capacidade de influenciar resultados concretos²⁹¹. Dito de outro modo, ao não estabelecer

290 Nas palavras de Sunstein: “Sometimes these agreements involve abstractions, accepted as such amidst severe disagreements on particular cases. Thus people who disagree on incitement to violence and hate speech can accept a general free speech principle, and those who argue about same-sex relationships can accept an abstract antidiscrimination principle. This is an important phenomenon in constitutional law and politics; it makes constitution-making possible. Constitution-makers can agree on abstractions without agreeing on the particular meaning of those abstractions”. (SUNSTEIN, Cass R, *Incompletely theorized agreements in constitutional law*. *Social Research: An International Quarterly*, v. 74, n. 1, p. 1-24, 2007. p 1-2.)

291 A literatura sobre estratégias de segunda ordem demonstra que a estratégia de delegação de uma decisão para o futuro consta como um tipo de decisão *low-high*, uma vez que o estabelecimento destas regras abstratas envolve baixos custos de transação, que se tornarão elevados no momento em que for necessário densificar tal comando normativo. Nesse sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5-31, 1999.

um conceito de mercado regulado, intérpretes futuros terão a missão de precisar o âmbito de incidência do art. 3º, inciso III, o que, sem dúvida, ocorrerá a partir das diversas possibilidades de interpretação que o dispositivo comporta. O resultado disso é que, a depender da forma como for lido, o dispositivo poderá constituir novos direitos que não existiam antes – dando à lei um caráter de constituidora de direitos.

3. Possíveis Interpretações do Art. 3º, Inciso III, da Lei de Liberdade Econômica

Tendo em vista a opção do legislador de não definir precisamente na Lei de Liberdade Econômica o conceito de “mercado regulado” e, ainda, tendo em conta que o conceito não é unívoco, parece possível que a lei gere uma série de interpretações diferentes, o que, por si só, já lhe retiraria o caráter de mera declaração de direitos, segundo a perspectiva adota neste artigo.

Desse modo, poderá haver conflitos sobre quando a lei garante o direito de definir preços livremente e quando é possível o Estado regular preços. Para tentar demonstrar este argumento, recorreremos ao debate sobre o conceito de regulação que, em alguma medida, guarda correlação com a discussão acerca do conceito de mercados regulados. Sem pretensões de exaurir todas as hipóteses, apresentaremos três conceitos exemplificativos de regulação.

O primeiro deles é o que constava na proposta da lei de conversão quando da análise da Comissão Mista, que definia o mercado regulado como o “conjunto de atividade econômicas praticadas diretamente em razão de concessão, credenciamento ou permissão pelo poder público”. Esta definição parece estar associada aos serviços públicos dispostos no art. 175, *caput*, da Constituição Federal, onde se determina que “o Poder Público deverá prestar os serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação²⁹²”. Essa leitura também parece reproduzir, em alguma medida, as competências da União para explorar

²⁹² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

serviços de telecomunicação, radiodifusão sonora etc²⁹³, e a competência para os Municípios organizarem ou prestarem os serviços públicos de interesse local²⁹⁴.

Uma segunda definição pode ser estabelecida do ponto de vista do agente responsável por regular, em que se estabelece uma associação necessária entre regulação e agências reguladoras. Nesse sentido, a Executive Order 12.866, que estabelece que as agências reguladoras federais americanas devem realizar análises de custo benefício para decidir o que e como regular, define regulação como “an agency statement of general applicability and future effect, which the agency intends to have the force and effect of law, that is designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or to describe the procedure or practice requirements of an agency²⁹⁵”. No Brasil, Odete Medauar também parece adotar um conceito de regulação semelhante, focado na atuação das agências reguladoras. Confira-se:

Entendemos que a regulação, no atual contexto, abrange: a edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento; a atribuição de habilitações (p. ex: autorização, permissão, concessão); a imposição de sanções; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, por exemplo: consulta pública; audiência pública; celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento). Não se inclui necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor, mas seria viável a contribuição das *agências*

293 Art. 21. Compete à União: (...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

294 Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

295 *Ibid.*, p. 5.

para tanto, com a participação de representantes de todos os segmentos envolvidos (grifos nosso)²⁹⁶.

A terceira definição que propomos é uma leitura bastante abrangente acerca da regulação, que poderia ser realizada a partir de quaisquer tipos de leis, portarias e resoluções, desde que busquem intencionalmente moldar comportamentos. Essa interpretação já foi usada (i) pelo Governo do Canadá, para o qual “Everything that government does that is not done through legislation or delegated legislation is thus not ‘regulation’²⁹⁷”, e (ii) pelo Governo do Reino Unido, que definiu regulação como “any government measure or intervention that seeks to change the behaviour of individuals or groups, so including taxes, subsidies and other financial measures²⁹⁸”. No Brasil, a definição proposta por Calixto Salomão parece estar no mesmo sentido, ao afirmar que a regulação:

engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. (...) Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo²⁹⁹.

Dentro desse conceito abrangente, ainda é possível compreendermos a regulação transversal realizada pelo órgão de defesa da concorrência (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) ou pelo órgão de proteção ao consumidor (Procon). Isso porque os dois órgãos buscam conformar comportamentos e, para tanto, (i) avaliam e julgam comportamentos como lícitos e ilícitos; e (ii) diante de comportamentos ilícitos, usam do poder de polícia estatal para punir

296 MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de direito administrativo*, v. 228, p. 123-128, 2002. p 127.

297 BLACK, Julia. Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. *Current legal problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001. p. 130.

298 *Ibid.*

299 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14-15.

tais transgressões. Esta definição se alinha com aquela proposta por Marcos Juruena, para quem “a ideia é sempre harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais³⁰⁰”.

Dessa forma, é possível perceber que cada uma das três definições dadas sobre o conceito de regulação pode ser mais ou menos restrita e, também, variam em seu foco. Por exemplo, na definição de regulação como aquela praticada por agências reguladoras, o foco está no ator regulador, ao passo que, na definição de regulação como concessão, credenciamento ou permissão, o foco é no instrumento jurídico³⁰¹.

4. Quando a Lei Não é Mera Declaração: Implicações Práticas

Já que a expressão “mercado regulado” não foi definida no art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica, foi necessário verificar, na seção anterior, que há uma multiplicidade de interpretações possíveis para tal expressão, principalmente tendo em vista que este é um termo que remete às discussões sobre o conceito de regulação. Resta agora demonstrar que tal discussão tem relevância prática e que, portanto, o fato de a Lei de Liberdade Econômica não estabelecer o que é um mercado regulado poderá retirar o seu caráter de mera declaração de direitos. Portanto, a depender da escolha entre as três interpretações exemplificativas exploradas na seção anterior sobre regulação, a regulação de preços em alguns

300 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 216, p. 125-162, 1999. p. 130.

301 É por esta razão que a classificação criada por Julia Black também sofre de algumas simplificações. Em suas palavras: “The situation is such that even identifying three definitions glosses over the multiplicity of meanings given to regulation. To illustrate the point, I have made an attempt to indicate the ever-expanding nature of ‘regulation’ in the following table. The table aims to indicate most of the current ways in which regulation is used (or seems to be used—as noted above, authors are not always explicit as to what they are discussing when they are discussing ‘regulation’) in many contemporary academic writings and in the policy documents of some governments and multinational organizations. I have somewhat artificially grouped the different sets of meanings/applications into five: what it is assumed ‘regulation’ is—a type of legal instrument, process, an outcome, or a property; who or what is performing it; what institutional or organizational form the regulation is assumed to take with respect to what actors or areas of social life is it occurring and how regulation is conducted, through what mechanisms, instruments, techniques”. (BLACK, op. cit., p. 133.)

casos práticos poderá ou não ser considerada legal à luz da Lei de Liberdade Econômica.

4.1 Concessão, Credenciamento ou Permissão pelo Poder Público

A utilização da definição de mercados regulados para interpretar o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica como sendo aquele em que há concessão, credenciamento ou permissão pelo poder público, importa em impacto ao menos em uma situação concreta: o estabelecimento dos pisos mínimos para frete, ocorrido no Brasil em 2018.

Em decorrência da greve dos caminhoneiros, ocorrida em maio de 2018, o governo federal editou a Lei nº 13.703/2018 estabelecendo a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. Através do art. 5º, a União delegou à ANTT a competência para editar norma com os pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas³⁰². Assim, a ANTT editou a Resolução nº 5.820/2018, estabelecendo os pisos mínimos³⁰³.

A atividade de fretamento não é submetida a concessão, credenciamento ou permissão do poder público, já que se trata de uma atividade econômica exercida por ator privado³⁰⁴. Quaisquer autorizações necessárias para a realização do frete são necessárias apenas visando o cuidado da segurança nas estradas e a tributação. Ainda assim, atualmente existe o tabelamento de frete sobre essas atividades.

Caso a interpretação de que a única exceção à livre fixação de preços seja em hipóteses de haver concessão, credenciamento ou permissão do poder público, o estabelecimento de pisos mínimos para o transporte rodoviário de cargas não seria compatível com o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica. Isto é, haveria bons argumentos para considerar a Política de Pisos Mínimos revogada

302 Art. 5º Para a execução da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, a ANTT publicará norma com os pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas definidas no art. 3º desta Lei, bem como planilha de cálculos utilizada para a obtenção dos respectivos pisos mínimos.

303 Atualmente, é esta a resolução que vige, já que a Resolução nº 5.849/2019 foi suspensa pela própria ANTT (por meio da Resolução nº 5.851/2019).

304 Na versão final, serão aprofundadas as discussões sobre diferenciação entre atividade econômica e serviço público, já que podem ter inspirado o surgimento desta definição de mercado regulado.

por lei posterior. Entretanto, ainda restaria a discussão de que a Lei nº 13.703/2018 é mais específica em relação à Lei da Liberdade Econômica, de modo que esta não revogaria aquela lei. A discussão que restaria ser feita – e que não é objeto deste artigo – é de que a Lei nº 13.703/2018 apenas delega à ANTT o estabelecimento do tabelamento de frete, de modo que ele é feito por resolução da ANTT, que eventualmente não poderia ser incompatível com a Lei de Liberdade Econômica.

4.2 Regulação por Agências Reguladoras

É possível também que se defenda que mercados regulados são aqueles submetidos à regulação por agências reguladoras. Se esta for a interpretação vitoriosa para o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica, caso um determinado setor não esteja submetido ao controle de determinada agência reguladora, haveria vedação ao controle de preços. Há, pelo menos, dois casos concretos que seriam impactados por uma interpretação nesse sentido. O caso de autoescolas, que já foram submetidas à regulação de preços por Departamentos Estaduais de Trânsito (DETRAN)³⁰⁵, e o caso dos serviços funerários, que têm regulação de preço embora não estejam sob a fiscalização de nenhuma agência reguladora.

Em 2004, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) verificou que as portarias de diversos DETRAN encontravam fundamento nas portarias nº 47/99 e 29/01 do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN). O art. 23 da portaria nº 47/99, por exemplo, determinava o tabelamento do valor da hora-aula para as autoescolas³⁰⁶. Tendo em vista que o DENATRAN não é uma agência reguladora, neste caso a regulação de preços de autoescolas estaria em conflito com o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica³⁰⁷.

305 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 115-122.

306 Art. 23. Fica estabelecido o valor máximo, por hora-aula delimitada pelo Conselho Nacional de Educação, a ser cobrado por entidades integrantes da RENFOR, na instrução e formação do condutor:

I - Capacitação de diretores gerais e diretores de ensino R\$ 4,50

II - Instrutores e Examinadores R\$ 4,00

III - Formação de Condutores - CFC - "A" R\$ 2,50

IV - Formação de Condutores - CFC - "B" (veículos da categoria "B") R\$ 15,00.

307 A SEAE chegou a afirmar que o tabelamento de preços nestes casos não era o método mais adequado para regular qualidade das autoescolas – dado que este era o objetivo declarado das normas. Contudo, esta discussão não é relevante para o presente trabalho, que pretende apenas exemplificar determinadas consequências práticas das possíveis interpretações de "mercado regulado".

No caso dos serviços funerários, com objetivo de proteger os familiares do falecido em relação à assimetria de informação e ao monopólio situacional³⁰⁸, editou-se, no Distrito Federal, Portaria estabelecendo os preços máximos a serem cobrados pelos serviços funerários³⁰⁹. Este caso revela-se ainda mais interessante na perspectiva do art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica, quando se percebe que os serviços funerários do Distrito Federal são objeto de permissão³¹⁰.

Se adotado o conceito de mercado regulado como sendo aquele em que há concessão, permissão ou credenciamento, conforme fora sugerido inicialmente por parte dos Parlamentares, a regulação de preço para os serviços funerários do Distrito Federal seria legal. Todavia, se adotado o conceito de regulação com foco no agente responsável por regular, o tabelamento dos preços nesse caso seria ilegal, haja vista a ausência de Agência Reguladora que atue com a regulação de serviços funerários no Brasil.

4.3 Conceito Amplo de Regulação: Qualquer Ato Normativo que Busque Moldar Comportamentos

Como referimos anteriormente, a definição de mercado regulado pode partir de um conceito amplíssimo de regulação, envolvendo qualquer ato normativo que busque moldar comportamentos, seja de forma direta ou indireta. Neste caso, a exceção à livre fixação de preços acabaria se tornando a regra, de modo que a maioria dos casos concretos que são enfrentados no dia a dia estariam submetidos a regulações *lato sensu* e, portanto, conduziria à possibilidade de regulação de preços.

Esta interpretação revelaria que a Lei de Liberdade Econômica, na realidade, estaria declarando um direito que, na prática, jamais poderia ser exercido. Seria, pois, uma interpretação que tornaria inócuo o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica. A situação

308 PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 73-82.

309 Portaria 63, de 16 de setembro de 2015, publicada no Diário Oficial do Distrito Federal em 17 de setembro de 2015.

310 Art. 8º. Os serviços funerários serão executados diretamente pela Secretaria da Criança e Assistência Social do Distrito Federal ou sob regime de permissão, precedido em qualquer hipótese, de licitação, em atendimento às Leis federais nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 8.666 de 21 de junho de 1993, adotando-se o sistema de pré-qualificação dos licitantes. Parágrafo único. Os preços máximos dos serviços funerários, sua forma de execução e as penalidades cabíveis serão regulamentadas pelo órgão permitente.

se torna ainda mais sensível quando observada em relação às regulações transversais, como as referentes ao direito do consumidor e ao direito da concorrência, considerando que, por sua própria natureza, são aplicáveis em uma amplíssima gama de situações.

5. Conclusões

A discussão apresentada ao longo do presente trabalho nos leva a concluir que o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica – apesar de explicitamente tratado como uma simples declaração de direitos, inclusive por constar do Capítulo II, intitulado “Da declaração de direitos de liberdade econômica” – não parte de consensos na jurisprudência e na literatura sobre em que casos a liberdade de fixação de preços deve ser garantida.

Como vimos ao longo do trabalho, para que o art. 3º, inciso III, fosse uma simples declaração de direitos, considerada a partir da perspectiva de apenas legislar acerca de algo já amplamente conhecido e praticado tanto pelo Judiciário como pelos sujeitos de direito da norma, o dispositivo não deveria comportar diferentes interpretações sobre o conceito de “mercado regulado”, que culminam com diferentes consequências para casos práticos.

A partir desta constatação inicial, um segundo debate que deve ser realizado é sobre qual deveria ser a interpretação dada para a expressão “mercado regulado” para que o art. 3º, inciso III, melhor cumprisse os objetivos da Lei de Liberdade Econômica. Uma interpretação que nos parece plausível é de que o preço possa ser definido livremente, exceto quando se estiver diante de falha de mercado que demande regulação de preço para ser sanada. Dada a perspectiva liberal da Lei da Liberdade Econômica, essa nos parece ser a interpretação que mais se coaduna com seus objetivos.

Neste caso, é importante notar quais seriam as consequências para os casos que analisamos na seção anterior: (i) o tabelamento do frete não seria legítimo, haja vista que a lei foi fruto de pressões políticas e não busca enfrentar falhas de mercado; (ii) o tabelamento dos preços das autoescolas, por ter sido utilizado em situação que não visava a corrigir falha de mercado, também não seria legítimo; e (iii) a fixação de preço utilizada no setor funerário seria legítima, já que estabelecida em resposta a falha de mercado

– monopólio situacional – que pode ser explicado pelo fato de as famílias se encontrem em momento de fragilidade emocional no momento da contratação dos serviços.

Nessa perspectiva, seja qual for a interpretação escolhida para o art. 3º, inciso III, da Lei de Liberdade Econômica, as escolhas não serão neutras na ótica dos resultados que poderão ser obtidos no mundo concreto a partir de cada uma delas. Como demonstrado, a depender da interpretação, as diferentes formas de fixação de preço poderiam ser consideradas legítimas ou ilegítimas em relação à Lei da Liberdade Econômica.

Contudo, para além da discussão apresentada neste texto, é possível sustentar que o dispositivo não seria declaratório nem constitutivo de direito, mas, sim, inócuo, dada a perspectiva de que quaisquer leis que tratassem sobre a fixação de preços e, portanto, que envolvessem regulação, seriam especiais em relação à Lei da Liberdade Econômica, derrogando-a. Ou seja, por ser a Lei da Liberdade Econômica apenas uma norma de caráter geral, ela sempre será derrogada quando em conflito com normas de caráter especial.

Ressaltamos, todavia, que mesmo nessa lógica interpretativa, a discussão permaneceria válida em relação aos atos infralegais, que, por serem de menor hierárquica, devem ser compatíveis com a Lei de Liberdade Econômica. E, ainda neste caso, a discussão se torna válida na medida em que é possível haver divergência sobre a própria definição de qual das regras seria especial: seria a regra de determinado setor especial por tratar de um objeto específico (foco no setor regulado) ou seria a Lei de Liberdade Econômica especial por tratar de temas que se circunscrevem à liberdade de contratação (foco no objeto)?³¹¹

311 Sobre essa interpretação, ressaltamos que à luz da Teoria do Direito e das diferentes soluções para resolução de conflito entre normas, a conclusão pode não ser tão óbvia. Os cânones interpretativos podem não ser tão pacíficos, a exemplo do que se observou em CADE X BACEN (Voto de Vista do Conselheiro Celso Campilongo no Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09), caso em que se analisou se a Lei do Sistema Financeiro seria especial em relação à Lei do CADE e vice-versa. Em seu voto, o Conselheiro Celso Campilongo apresentou o seguinte questionamento: “Outro argumento inaceitável – sempre com a ‘venia’ dos respeitáveis entendimentos em contrário – é o de que a Lei n.º 4.595/64 ‘é específica e, portanto, prevalece sobre a última (Lei n.º 8.884/94), de caráter geral’ (item 46 do Parecer/2000/00762/DEJUR/PRIRE, do Banco Central do Brasil). Por que a Lei do sistema financeiro seria especial e a Lei Antitruste geral? Especial e geral em relação a que matérias? Por que não o contrário: em relação à concorrência, a Lei Antitruste seria específica? Discussão análoga surgiu, doutrinariamente, em torno de se saber se a Lei de Privatizações não seria especial e a Lei de Defesa da Concorrência, supostamente, geral, e, portanto, hierarquicamente inferior.”

Portanto, dadas as inúmeras possibilidades interpretativas para o preenchimento do termo “mercado regulado”, o art. 3º, inciso III, da Liberdade Econômica, parece não ser exatamente declaratório. Ao contrário, como se demonstrou ao longo deste trabalho, o dispositivo pode ser constitutivo de direitos, a depender da interpretação que será feita pelos atores no momento de sua aplicação.

6. Referências Bibliográficas

- BLACK, Julia. Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. *Current legal problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001. p. 130.
- MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de direito administrativo*, v. 228, p. 123-128, 2002.
- ORBACH, Barak. What is Regulation? *Yale Journal on Regulation Online*, v. 30, n. 1, 2012.
- PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 216, p. 125-162, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. *Social Research: An International Quarterly*, v. 74, n. 1, p. 1-24, 2007.
- SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5-31, 1999.
- TARTUCE, Flávio; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei da Liberdade Econômica: diretrizes interpretativas da nova lei e análise detalhada das mudanças no Direito Civil e nos registros públicos. *GENJURÍDICO*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/09/24/lei-da-liberdade-economica-diretrizes/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- TEIXEIRA, Matheus. Sem outras medidas, MP da Liberdade Econômica será inócua na desburocratização. *JOTA*. 10 maio 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/legislativo/sem-outras-medidas-mp-da-liberdade-economica-sera-inocua-na-desburocratizacao-10052019>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

7. Anexo

Proposta de emenda	Autor	Texto sugerido	Justificativa	Status
Emenda 31	Senador Humberto Costa	III - não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência e de calamidade declaradas pela autoridade competente, bem como as situações de controle de preço e de qualidade dos produtos e dos serviços amparadas em lei específica.	Para evitar malversações pelo intérprete, o inciso III do art. 3º precisa ser esclarecido com a possibilidade de o preço ser tabelado quando houver lei específica, a exemplo do que sucede nos casos de planos de saúde, que estão sujeitos a leis que autorizam o controle do preço e da qualidade dos seus serviços.	Rejeitada.
Emenda 70	Alice Portugal	Supressão do inciso III.	(...) É que, diferentemente do sentido que se pretende extrair do art. 1º da medida provisória, a Constituição já consagra, em sua extensa e plural declaração de direitos e princípios, a livre iniciativa como um dos fundamentos da própria República e de sua ordem económica (art. 1º, IV e art. 170, <i>caput</i>); e a livre concorrência como um dos princípios que devem reger essa ordem económica (art. 170, IV). Mas, ao lado da livre iniciativa, a Constituição posicionou, como fundamento republicano, os valores sociais do trabalho. E ao lado da livre concorrência, como princípio da ordem económica, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, além do tratamento favorecido para as pequenas empresas em funcionamento no país. Ou seja, pode-se afirmar que a MPV nem inaugura um regime de direitos, nem muito menos poderia ter dado o tratamento privilegiado e excluyente a apenas um dos aspectos ou vetores que a Constituição estabeleceu originariamente para a organização das atividades económicas no país.	Rejeitada.

Proposta de emenda	Autor	Texto sugerido	Justificativa	Status
Emenda 82	Dep. Márcio Jerry	Idem emenda 70.	Idem emenda 70.	Rejeitada.
Emenda 84	Daniel Almeida	Idem emenda 70.	Idem emenda 70.	Rejeitada
Emenda 102	Renildo Calheiros	Idem emenda 70.	Idem emenda 70.	Rejeitada.
Emenda 133	Eduardo Cury	Art. 4º (...) § 3º A fixação e a contratação de preços nas atividades econômicas privadas não terão interferência pública, ressalvados apenas os limites, regras e competências previstas em lei federal.	Trata-se de emenda à Medida Provisória nº 881/2019, com o intuito de compatibilizar a proposta do Poder Executivo em relação à liberdade econômica, com o Anteprojeto de “Lei Nacional da Liberdade Econômica”, elaborado pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito São Paulo) (...).	Rejeitada.
Emenda 134	Eduardo Cury	Idem emenda 133.	Idem emenda 133.	Rejeitada.
Emenda 184	Sen. Dário Berger	Supressão do inciso III.	O parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal já assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei. O comando do inciso III do art. 3º não inova, portanto, o ordenamento jurídico, pois tal competência já está prevista em norma vigente, sendo desnecessário estipular por lei o que a Constituição já determina. Logo, de forma a atender um dos requisitos fundamentais de técnica legislativa (juridicidade), não há outro caminho senão a supressão do preceito em pauta.	Rejeitada.

Proposta de emenda	Autor	Texto sugerido	Justificativa	Status
Emenda 207	Dep. Alessandro Molon	<p>Art. 3º. É direito de todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, consoante o art. 170 da Constituição Federal.</p> <p>Parágrafo único. Na atividade regulatória, buscar-se-á integração entre os entes da Federação para aprimorar voluntariamente as condições de desenvolvimento empresarial, asseguradas as competências legislativas de cada ente da Federação.</p>	<p>(...) Diversas das normas trazidas pela Medida Provisória ou são desnecessárias ou distorcem princípios da Constituição Federal para criar restrições excessivas à regulação estatal e desconsiderar o papel essencial do Estado como regulador, além de querer se sobrepor a competências locais. (...)</p>	Rejeitada.
Emenda 210	Dep. Vinicius Póit	<p>Art. 3º (...)</p> <p>III - não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de seus produtos e serviços.</p>	<p>O intuito da norma é impedir que o Estado intervenha na formulação de preços. Esse direito não é só uma consequência da oferta e demanda, mas também uma consequência do direito do cidadão de escolher como dar função a sua propriedade privada.</p>	Rejeitada.
Emenda 237	Dep. Pedro Lupion	<p>Art. 18-A. A Lei nº 13.703, de 8 de agosto de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>Art. 5º (...)</p> <p>§ 4º Os pisos mínimos definidos na norma a que se refere o <i>caput</i> deste artigo têm natureza referencial, cujo objetivo é servir de orientação nos contratos de transporte rodoviário de cargas.</p>	<p>(...) Ora, é negável que a liberdade econômica perpassa, necessariamente, a liberdade contratual, com as partes tendo liberdade para definir todas as obrigações e os deveres presentes no pacto firmado. Dentre essas obrigações e deveres, está o valor do serviço a ser prestado, que é definido com base nas leis de mercado, em essência, oferta e demanda.</p> <p>No caso, o tabelamento do preço do transporte rodoviário de cargas retira a liberdade do embarcador e do transportador em negociarem os termos do acordo a ser firmado pela prestação do serviço, pois estabelece, artificialmente, o <i>quantum</i> a ser pago pelo serviço que está inserido no âmbito de uma atividade econômica livre e que deveria se pautar no capitalismo de mercado, sistema econômico definido pela Constituição.</p>	Rejeitada.

Proposta de emenda	Autor	Texto sugerido	Justificativa	Status
Emenda 261	Dep. Alexis Fonteyne	<p>Art. 3º (...)</p> <p>§ 12 A liberdade de definir preços de produtos e serviços a que se refere o inciso III do <i>caput</i> se estende aos profissionais liberais de quaisquer categorias, sendo vedada a imposição, por qualquer meio, de preços mínimos e máximos por entidades de autorregulação, tais como conselhos, sociedades, associações e sindicatos de profissionais.</p>	<p>(...) A emenda proposta tem por objetivo estender esse direito aos profissionais liberais, de modo que não sejam compelidos ou coagidos a estabelecer preços mínimos por conselhos de profissão, sindicatos, associações, sociedades de profissionais e quaisquer entidades que tenham alguma função de autorregulação da atividade profissional.</p> <p>É muito comum no Brasil que os Conselhos de Profissionais, como CREA, OAB, dentre outros, estabeleçam tabelas de honorários mínimos para os seus filiados. Por ser compulsória a filiação a essas entidades para o exercício da profissão, o estabelecimento de patamares mínimos acaba por ter força vinculante para toda a categoria, sob risco de penalização do profissional que porventura descumprir as determinações dessas entidades.</p>	Rejeitada.

10

Layla Salles
Gustavo Fossati

**Regular via Prêmios:
Uma Proposta
da Economia
Comportamental
à Polêmica
Desregulamentação
do Transporte Aéreo
de Bagagens no Brasil**

Regular via Prêmios: Uma Proposta da Economia Comportamental à Polêmica Desregulamentação do Transporte Aéreo de Bagagens no Brasil

*Layla Salles*³¹²

*Gustavo Fossati*³¹³

Resumo

Considerando os debates havidos no bojo da edição da Medida Provisória nº 863/2018, que alterou a Lei nº 7.565/86, e com isso o Código Brasileiro de Aeronáutica, e que remontam à Resolução nº 400/2016, emitida pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) em 13 de dezembro de 2016, o intuito deste artigo é de analisar a desregulação do setor da aviação civil implementada pelo Governo Federal Brasileiro, especificamente através da desregulamentação do transporte aéreo de bagagens despachadas, sob a lente de alguns dos conceitos da Análise Econômica do Direito e da Economia Comportamental. Nesse sentido, com base em revisão bibliográfica da concepção de Economia do Bem-Estar, da Escolha Racional e de vieses cognitivos, por meio deste artigo conclui-se que uma política pública consubstanciada em medida de incentivos por prêmios é recomendada para fins de alcance dos objetivos de alteração comportamental de agentes econômicos, tal como buscado pelo Governo Federal.

Palavras-chave: análise econômica do direito, economia comportamental, regulação via prêmios, aviação civil, transporte aéreo de bagagens.

³¹² Mestranda em Direito Regulatório pela FGV Direito Rio. Especialista em Direito Fiscal pela PUC/RJ. Certificada em Business Law pelo Institute of Commercial Management do Reino Unido (ICM/UK). Graduada em Direito pela UCAM/RJ. Pesquisadora em Direito Tributário na FGV Direito Rio. Advogada corporativa, com ênfase em Direito Tributário, Aduaneiro e Contratual.

³¹³ Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Especialista em Direito Tributário pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUC/RS. Professor da Graduação da FGV Direito Rio. Pesquisador em Direito Tributário na FGV Direito Rio. Advogado corporativo, com ênfase em Direito Tributário.

1. Introdução

Com o advento da Resolução nº 400/2016³¹⁴, datada de 13 de dezembro de 2016, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) alterou as condições gerais do setor da aviação civil no Brasil de forma a desregular o serviço de transporte de bagagens despachadas no âmbito da prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros no país.

Dentre a diversas justificativas apresentadas para a implementação da referida medida, há aquela pertinente à alteração no comportamento dos passageiros, os quais, em razão da cobrança adicional por suas bagagens despachadas, agiriam de forma a reduzir o peso total do conjunto de bagagens despachadas e os custos operacionais das empresas aéreas, de forma a implicar fomento à competitividade no setor.

Contudo, sob o argumento de evolução dos valores praticados no Mercado e de injustificado aumento de gastos pelos consumidores, a medida passou por questionamentos no Congresso Nacional, sendo finalmente confirmada em 17 de junho de 2019, por meio da edição da Lei nº 13.842/19³¹⁵.

Assim, considerando a inexistência de dados empíricos concretos sobre a efetividade dessa medida de desregulamentação dos serviços de bagagens despachadas e a mencionada controvérsia havida quando da respectiva implementação, indaga-se: de acordo com a Análise Econômica do Direito e a Economia Comportamental, o propósito de alteração comportamental dos passageiros aéreos capaz de promover o dito fomento concorrencial seria alcançado por meio da medida de desregulamentação dos serviços de transporte aéreo de bagagem? Ou seja, por conta da contratação em apartado pelos serviços de transporte de bagagem despachada, os passageiros despachariam menos bagagens quando do transporte aéreo?

314 BRASIL. Resolução ANAC nº 400, de 13 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao1/resolucoes/resolucoes2016/>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

315 BRASIL. Lei nº 13.842, de 17 de junho de 2019, que altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13842-17-junho-2019-788371publicacaoorigina1-15822-7-pl.html>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

Nesse sentido, sem que se realize um exame de questões referentes ao princípio de proporcionalidade³¹⁶, através de revisão bibliográfica dos conceitos centrais da Economia do Bem-Estar e da Teoria da Escolha Racional, sedimentados pela Análise Econômica do Direito, bem como do conceito de vieses atinente à Economia Comportamental, o presente artigo tem como intuito a realização de análise econômica da desregulamentação do serviço de despacho de bagagens ocorrida no bojo do setor da aviação civil no Brasil, de forma a propor medida alternativa com enfoque premial para um melhor alcance dos fins comportamentais (e concorrenciais) intentados pelo Governo Federal.

Assim, este trabalho resta estruturado de forma que na segunda seção será abordado o contexto da medida tomada de forma inicial pela ANAC, na terceira seção será feita análise da citada medida com base nos conceitos de Economia do Bem-Estar e da Teoria da Escolha Racional sedimentados pela Análise Econômica do Direito, sendo o último contraposto ao pensamento da Economia Comportamental, e na quarta seção será feita análise conclusiva das ponderações feitas nas sessões anteriores.

2. O Contexto da Medida de Desregulamentação do Transporte de Bagagens Despachadas

Com o advento da Resolução nº 400/2016, emitida pela ANAC em 14 de dezembro de 2016, as companhias prestadoras de serviços de transporte aéreo de passageiros no Brasil restaram autorizadas a celebrar contrato específico para a prestação do serviço de transporte aéreo de bagagem despachada.

Sob a alegação de que a permissão para a contratação e realização de cobrança de tarifa adicional específica implicaria benefícios mediatos como a competitividade e a redução no preço

³¹⁶ Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. Da mesma forma, leciona Wilson Steinmetz que o princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que, entre meio e fim, deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional. Cf.: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

dos bilhetes aéreos, a ANAC implementava prática com justificado respaldo em *benchmarking* internacional.

Contudo, sob o argumento de evolução de preço das passagens aéreas depois da publicação da Resolução da ANAC, a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados encaminhou Proposta de Fiscalização e Controle nº 150/2017 ao Tribunal de Contas da União (TCU) para averiguar se a referida medida implicou no aumento de gastos pelos passageiros.

Assim, por meio do Acórdão nº 2955/18, datado de 12 de dezembro de 2018, entendeu o TCU pela pertinência da medida de desregulamentação do serviço de transporte de bagagens despachadas, posto que alinhada ao movimento de desregulação do setor de aviação civil a se desenhar nas últimas décadas no país, nos Estados Unidos e em determinados países europeus.

Nesse sentido, o ministro Bruno Dantas, relator do citado Acórdão favorável do TCU, emitiu posicionamento favorável, argumentando se tratar de medida acertada por conta de aspectos como a mencionada alteração no comportamento dos passageiros, que, por conta da contratação e da cobrança em apartado pelo despacho de bagagens, portariam menos bagagens, o que implicaria redução do custo operacional das empresas aéreas e, assim, do valor dos bilhetes aéreos, aumentando-se a competitividade no setor³¹⁷.

Em 13 de dezembro de 2018, não obstante o citado parecer favorável do TCU à Resolução da ANAC, o assunto da franquia de bagagens despachadas voltou a debate por meio da edição da Medida Provisória nº 863/18³¹⁸, referente à abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro, que, ao alterar a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, restabelecia a obrigatoriedade da concessão de gratuidade ao

317 BRASIL. Acórdão TCU nº 2955, de 12 de dezembro de 2018, que trata da solicitação do Congresso Nacional sobre evolução dos preços das passagens aéreas após a entrada em vigência da Resolução - ANAC nº 400/2016. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/1275020182.PROC/%2520DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

318 BRASIL. Medida Provisória nº 863, de 13 de dezembro de 2018, que altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/134935>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

serviço oferecido pelas companhias aéreas, no bojo dos contratos de serviço de transporte aéreo de passageiros.

Em 17 de junho de 2019, em medida de pacificação dos debates sobre a desregulamentação do transporte de bagagens despachadas no bojo do serviço de transporte aéreo de passageiros no país, o Governo Federal corroborou com o entendimento da ANAC e do TCU e sancionou de forma parcial a Medida Provisória nº 863/18, dando ensejo à Lei nº 13.842/19 e implementando, assim, a medida de desregulamentação do citado serviço. O serviço de transporte de bagagens aéreas passa a ser objeto de contrato específico.

3. A Desregulação do Setor da Aviação Civil no Brasil e os conceitos de Economia do Bem-Estar e da Teoria da Escolha Racional

É possível afirmar que o propósito da medida emitida pela ANAC e as discussões levantadas em razão dos efeitos da respectiva implementação remontam a alguns dos debates e pensamentos doutrinários que deram origem à Análise Econômica do Direito (AED)³¹⁹.

Por meio do paradigma de estudo integrativo entre as ciências do Direito e da Economia, dava-se ensejo a uma teoria científica calcada na microeconomia, capaz de apresentar um padrão normativo para a avaliação da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do Direito e de suas Instituições.

Assim, não obstante a existência de posicionamentos dissonantes quanto a alguns dos temas abordados pela AED, inequívoco afirmar que, em seu bojo, foram formadas concepções importantes a viabilizarem a realização do estudo de análise econômica da medida de desregulamentação do serviço de transporte de

³¹⁹ Com relação a Richard Posner e Gary Becker, o primeiro buscou relacionar a teoria econômica com uma visão normativa do Direito, traçando liame entre a disciplina e a fundação ética do pensamento jurídico; Becker, por sua vez, aplicou a teoria econômica em áreas não mercadológicas, como na discriminação racial no mercado de trabalho, no Direito criminal, no Direito de família, entre outros. A partir daí, ocorreu uma vasta expansão do pensamento interdisciplinar entre Direito e Economia em direção às áreas jurídicas mais tradicionais, o que levou a Análise Econômica do Direito a ser considerada por alguns como o “desenvolvimento mais importante na erudição jurídica do século XX. Cf.: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

bagagens no bojo do setor da aviação civil brasileira, quais sejam, os conceitos de Economia do Bem-Estar e da Escolha Racional.

3.1 A Desregulação do Setor da Aviação Civil no Brasil e o Conceito de Economia do Bem-Estar

Através da medida desregulamentadora do serviço de transporte de bagagens despachadas tomada inicialmente pela ANAC, o Governo brasileiro promoveu novo movimento de desregulação³²⁰ da atividade econômica da aviação civil em vias de fomentar a competitividade no setor, política pública cuja implementação vem se dando ao longo de algumas décadas no país³²¹.

Assim, no lugar de impor que o serviço fosse oferecido gratuitamente pelas companhias aéreas no bojo do serviço de transporte aéreo de passageiros, autorizava-se que a respectiva contratação fosse realizada de forma acessória por meio de instrumento contratual específico³²².

Conforme exposto no acórdão favorável à medida emitido pelo TCU, a ideia seria de que a possibilidade de cobrança específica pelo despacho de bagagens viabilizaria um modelo de negócio menos custoso aos consumidores, que, além de evoluírem em número, seriam privilegiados por uma maior oferta de empresas, produtos e serviços.

320 Neste trabalho, o conceito de desregulação pode ser entendido como a opção governamental de desoneração das obrigações adquiridas no bojo de política regulatória, entendendo-se regulação conforme a seguinte definição de Posner: "A major challenge to social theory is to explain the pattern of government intervention in the market – what we may call 'economic regulation'. Properly defined, the term refers to taxes and subsidies of all sorts as well as to explicit legislative and administrative controls over rates, entry, and other facets of economic activity". POSNER, Richard. A. *Theories of economic regulation*. Maio, 1974. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w0041.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2019.

321 O movimento de desregulação no setor da aviação civil que teve início na década de 1980 é retratado por Victor Carvalho Pinto no bojo de trabalho apresentado à Consultoria Legislativa do Senado Federal, a saber: "(...) a Constituição trata diretamente da aviação em três dispositivos, mas diversos outros incidem sobre o setor. O Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (Lei nº 7.565, de 1986) é anterior à Constituição e não foi atualizado. Praticamente toda a desregulamentação ocorrida na década de 1980 foi feita mediante normas infralegais do DAC e do Comando da Aeronáutica. Foi somente em 2005 que os novos conceitos foram inseridos na legislação ordinária, por meio da Lei nº 11.182. Após a desregulamentação do setor, entretanto, o regime jurídico adotado apresenta as características de atividade econômica, e não de serviço público". Cf.: PINTO, Victor C. A Dimensão Constitucional da aviação civil. In: Bruno Dantas; Eliane Cruxên; Fernando Santos; Gustavo Ponce de Leon Lago. (Org.). *Estado e economia em vinte anos de mudanças: sistema tributário e ordem econômica*. V. 4. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 389-416.

322 Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador. Ver: BRASIL. Resolução ANAC nº 400, de 13 de dezembro de 2016.

Dessa forma, os custos das companhias aéreas reduziriam, assim como o preço das passagens à disposição dos passageiros. Ou seja, sem a interferência do Governo, o mercado alinharia os interesses dos agentes privados diretamente envolvidos na atividade econômica, quais sejam, companhias aéreas e passageiros, funcionando em equilíbrio³²³.

Deixou-se, portanto, a critério das empresas aéreas a determinação do preço e das condições do transporte de bagagens despachadas tal como em qualquer outro serviço prestado em setor de atividade econômica não sujeita a política governamental interventiva, o que para alguns economistas consistiria em ambiente ideal para o desenvolvimento da atividade econômica.

Contudo, é importante destacar que uma das grandes realizações da microeconomia foi o desenvolvimento da especificação das condições sob as quais as decisões independentes de consumidores e de empresas levam a um equilíbrio nos mercados. E a ideia de economia do bem-estar está justamente ligada a tal equilíbrio, posto explorar a forma como a interação das citadas decisões afetará o bem-estar de todos os indivíduos considerados como um grupo.

Assim, a menos que existam circunstâncias específicas em que a busca do interesse privado não conduza necessariamente ao bem-estar, o que pode se colocar situações sem a efetiva possibilidade de perfeita competitividade no mercado, seria injustificada a realização de medidas interventivas do Governo na atividade econômica. O mercado alcançaria, por si só, um equilíbrio geral³²⁴.

Esse é um dos pontos de maior clareza acerca do cruzamento da teoria jurídica com a econômica. Isto porque, para alguns

323 O equilíbrio é um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas. Da mesma forma, quando os consumidores e as firmas concordam quanto a quantidade e preço de bem ou serviço produzido e consumido e as decisões tomadas quanto a consumo e produção são consistentes nesse sentido, é possível que se diga que o mercado está equilibrado. Cf.: COOTER, op. cit.

324 O equilíbrio geral ocorre quando do alcance pelas forças competitivas de igualdade do benefício e do custo marginal. Tal equilíbrio é eficiente em termos alocativos e produtivos. Há distintas conceituações para eficiência, entretanto, para eficiência alocativa será considerada a definição de eficiência de Pareto. Nesse sentido, dizer que uma situação é pareto eficiente consiste em afirmar ser impossível alterá-la de modo a deixar uma pessoa pelo menos em situação melhor sem deixar a outra em situação pior, conforme a opinião dessas próprias pessoas. Quanto à alocação produtiva, entende-se consistir em quando não seja possível produzir a mesma quantidade com menos insumos nem seja possível produzir mais com a mesma combinação de insumos. Cf.: COOTER, op. cit.

economistas, a função do Direito seria de facilitar, portanto, a operação desses mercados livres e, em havendo obstáculos proibitivos, o Direito deveria agir de forma equivalente ao mercado em equilíbrio, criando o resultado que se esperaria na hipótese da inexistência de tais óbices proibitivos³²⁵.

Assim, em havendo o que se denomina de falhas de mercado, quais sejam, o monopólio, as externalidades, os bens públicos e as assimetrias informacionais graves, seria adequado ao Governo, por meio do Direito e das políticas públicas, lubrificar a atividade econômica, trazendo o mercado ao seu funcionamento ideal.

Ou seja, para: (a) o monopólio, entendido como quando do conluio impeditivo de competitividade, a substituição pela concorrência através da regulamentação do preço cobrado pelo monopolista; (b) as externalidades, entendidas como reflexos em terceiros dos benefícios ou malefícios de uma troca, induzindo os maximizadores de lucros privados a restringir sua produção ao ponto socialmente ótimo; (c) os bens públicos, ou mercadorias cujo consumo por uma pessoa não impede o consumo por outra pessoa e com custo de exclusão de terceiros tão alto de forma a ser desinteressante para uma empresa maximizadora de lucro, subsidiando a produção por empresa privada ou realizando ele mesmo a produção; (d) as assimetrias informacionais graves, as quais consistem em um desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas em uma troca que, por ser tão grave, se torna um impeditivo à troca, corrigindo as assimetrias informacionais e viabilizando as trocas.

Nesse sentido, retornando à medida governamental sob análise, quando da submissão dos efeitos desta análise do TCU e da prolação do acordo favorável pelo ministro Bruno Dantas, restou afirmado que a medida se encontra alinhada com o movimento de desregulação do setor aéreo brasileiro, que vem sendo desenhado ao longo dos anos semelhante àquele ocorrido de forma bem-sucedida em outros mercados, e que a desoneração governamental

³²⁵ Adota-se aqui a Teoria do Interesse Público, definida por Posner da seguinte forma: "Two main theories of economic regulation have been proposed. One is the 'public interest' theory, bequeathed by a previous generation of economists to the present generation of lawyers. This theory holds that regulation is supplied in response to the demand of the public for the correction of inefficient or inequitable market practices. It has a number of deficiencies that we shall discuss". Cf.: POSNER, 1974.

quanto à intervenção nesse setor específico teria como intuito finalístico a competitividade do setor.

Ora, se, de fato, restou identificada inexistência de quaisquer das falhas de mercado apresentadas no setor da aviação civil que demande uma lubrificação por meio de normas governamentais, parece ser coerente com o conceito de Economia do Bem-Estar apresentado a desoneração do governo quanto as suas atribuições de controle dessa atividade econômica e a autorização para a atuação das empresas aéreas de forma livre quanto ao serviço de transporte de bagagens despachadas.

Entende-se que tal ponto acaba por ter maior relevância do que o efetivo sucesso de medidas equivalentes em mercados estrangeiros, haja vista este último argumento demandar necessária análise prévia da complexidade dos mercados objeto de comparação, o que não parece ser o caso.

3.2 A Desregulação do Setor da Aviação Civil no Brasil e a Teoria da Escolha Racional e Alguns dos Conceitos da Economia Comportamental

Conforme mencionado acima, não obstante a congregação de tendências distintas, é possível afirmar que a AED se propõe a descrever o fenômeno jurídico a partir de mecanismos fornecidos pela microeconomia, de forma a buscar uma compreensão do funcionamento do sistema econômico sob o viés dos agentes privados – consumidores e produtores.

Admite-se, portanto, como pressupostos fundamentais dessa análise feita por AED: i) a ideia de que o mercado tende ao equilíbrio geral ótimo; ii) os agentes individuais são racionais, ou seja, agem e devem agir na busca de seus interesses próprios³²⁶.

³²⁶ Nesse sentido, conveniente ressaltar o que os economistas Korobkin e Ulen colocam: "Law and economics is, at root, a behavioral theory, and therein lies its true power. The concern of law and economics with how actors in and subject to the legal system respond to legal directives (and would respond to hypothesized changes in those directives) now permeates the main- stream of legal academic thought, far beyond the boundaries of scholarship that is self-consciously part of the law-and-economics tradition." Ver: KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics*. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu>>. Acesso em: 1º jun. 2019.

Dessa forma, para os economistas neoclássicos de AED, os agentes racionais no bojo das atividades econômicas podem classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado, escolhendo a melhor alternativa que as restrições permitem, de forma a implicar equilíbrio.

Nesse sentido, a base do posicionamento da teoria neoclássica da AED é a teoria da escolha racional, por meio da qual os agentes atuam de forma racional a maximizarem a sua utilidade, tal como leciona Adam Smith³²⁷.

Entretanto, muito embora a teoria da escolha racional ou o modelo do agente racional seja uma das glórias da ciência social moderna, um pensamento que vem ganhando cada vez mais destaque consiste naquele propagado por Herbert Simon com relação às heurísticas e à racionalidade limitada³²⁸.

Assim, importante mencionar os crescentes questionamentos com relação aos pressupostos do modelo de pensamento consubstanciado na escolha racional, dando-se ensejo à base do pensamento da chamada Economia Comportamental, por meio da qual resta pontuada a existência de vieses cognitivos.

Muito embora existam controvérsias sobre como classificar esses vieses ou como explicá-los, é possível afirmar se tratarem de tendências que podem levar a desvios sistemáticos de lógica na tomada de decisões pelos consumidores. Ou seja, sempre que a decisão tomada por seres humanos desvia consistentemente daquela que seria tomada por seres totalmente racionais, estamos diante do que a literatura identifica de vies.

Nesse sentido, identificando a existência desses vieses ou desvios cognitivos, a proposta da economia comportamental seria

³²⁷ "Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o nosso jantar, e sim da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse." Cf.: COOTER, op. cit.

³²⁸ "A ideia subjacente ao conceito de maximização é de um comportamento de equilíbrio de um organismo com perfeita adaptação, que depende apenas de seu objetivo. Mas se o ambiente apresentar alterações, se existirem múltiplos objetivos ou, ainda, se o organismo for afligido por conflitos internos, o conceito de maximização não se mostra promissor. Neste caso, para entender o comportamento do organismo, é necessário conhecer sua estrutura interna e, particularmente, seu mecanismo de adaptação. (...) Os indivíduos usam frequentemente heurísticas como as apresentadas para guiar suas ações e alcançar um nível de satisfação." Cf.: SIMON, H. A. Theories of decision-making in economics and behavioral science *American Economic Review*, v. 49, n. 3, p. 253-283, 1959.

aquela de oferecer ao *framework* da teoria da escolha racional um complemento, mostrando os pontos em que a prática vai desviar previsivelmente da teoria e a maneira de reformular modelos para fins de alcance de melhores resultados.

Assim, é possível pontuar a identificação por economistas da Economia Comportamental de diversos vieses, como o da representatividade, o da disponibilidade, o da ancoragem, o da confirmação, o efeito “melhor que a média” e, ainda, o do *framing*³²⁹, este último objeto de estudo na análise da medida do governo brasileiro quanto ao setor da aviação civil.

Considerando o aspecto da racionalidade em contraposição com a existência de vieses, uma contribuição de enorme relevância que a economia é capaz de trazer, portanto, é a de que o agente responde a incentivos, de forma que: i) a norma pode servir como uma ferramenta potente a encorajar e a desencorajar comportamentos; ii) a norma pode produzir relevantes efeitos distributivos.

Do ponto de vista da regulação governamental da economia, é valioso ressaltar que a economia comportamental pode oferecer elementos bastante relevantes para o alcance de políticas públicas eficazes. Isto porque, através de dados empíricos e da análise do comportamento dos agentes econômicos com base nos desvios cognitivos sistemáticos, é possível que se teste hipóteses, preveja comportamentos e se atue de forma mais direcionada sobre falhas de mercado que porventura existam com relação a determinada atividade econômica.

Retomando-se à análise da medida desregulamentadora do serviço de transporte de bagagens despachadas tomada inicialmente pela ANAC, a ideia do Governo seria de que a possibilidade de cobrança específica pelo despacho de bagagens viabilizaria um modelo de negócio menos custoso aos consumidores, tendo como uma das razões a queda dos custos das companhias aéreas pela alteração do comportamento dos consumidores.

Por meio da cobrança adicional pelo despacho de bagagem, os passageiros despachariam menos bagagem no bojo do transporte

³²⁹ TVERSKY, Amos. KAHNEMAN, Daniel. The framing of Decisions and the psychology of choice. *Science*, v. 211, n. 30, 1981. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org>>. Acesso em: 27 maio 2019.

aéreo. Os consumidores reagiriam, portanto, de forma racional no sentido de reduzirem os seus custos, o que no final das contas traria um cenário de menos custos operacionais para as empresas aéreas, que gastariam menos com combustíveis e investiriam mais em serviços, de forma a favorecer os consumidores e o mercado competitivo.

Contudo, com base no debate mencionado acima sobre a teoria da escolha racional e o pensamento da racionalidade limitada e dos vieses cognitivos, é possível que se questione se a desregulamentação das bagagens despachadas implicaria necessariamente redução no número de bagagens despachadas e a uma redução de custos com combustíveis pelas companhias aéreas. Isto é, questiona-se se os agentes agiriam necessariamente da forma racionalmente econômica, tal como esperado nessa hipótese, ou se seria possível pontuar algum tipo de viés cognitivo implicador numa escolha ineficiente.

Levando-se em consideração a demonstrada reticência com que foi recebida a medida de desregulamentação do serviço de transporte de bagagens despachadas, não obstante o demonstrado *benchmarking* internacional referente à desregulação do setor, é possível perceber que uma medida que implique em benefício econômico mediato, mas que traga perda imediata, não detém aderência equivalente a uma medida que seja desonerada de riscos, mas também de benefícios, o que remonta ao viés cognitivo da aversão à perda desenvolvido pelo psicólogo por Daniel Kahneman³³⁰.

Assim, pensando-se numa alternativa à medida de desregulamentação das bagagens despachadas que tem como um dos pontos a expectativa de alteração de comportamento dos passageiros quanto ao número de bagagens transportadas, se conjugarmos o mencionado viés da aversão à perda com o viés cognitivo do *framing*³³¹, em que formulando-se uma proposição de forma diferente obtêm-se resultados diferentes, a medida de política de incentivos por prêmios aos passageiros sem bagagem a despachar

³³⁰ One implication of loss aversion is that individuals have a strong tendency to remain at the status quo, because the disadvantages of leaving it loom larger than advantages. Cf.: KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H.; The endowment effect, loss aversion, and status quo bias. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1. p. 193-206, 1991. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

³³¹ The psychological principals that govern the perception decision problems and the evaluation of probabilities and outcomes produce predictable shifts of preference when the same problem is framed different ways. Cf.: TVERSKY, op. cit.

pode vir a se colocar como apropriada para o alcance da proposta do Governo Federal, que seria de reduzir o número de bagagens despachadas e, com isso, fomentar a concorrência no setor.

Dessa forma, haja vista o oferecimento de prêmios aos passageiros que não disponham de bagagens a despachar, a exemplo de concessão de milhas, de pontos, de bônus ou descontos a aproveitar em viagens próximas³³², a alteração do comportamento dos passageiros para fins de redução de bagagens não teria como respaldo medida com viés de “perda” imediata, seja por conta da cobrança adicional, como pelo benefício da gratuidade no despacho, mas de “ganho” imediato, de prêmio específico a ser determinado em conformidade com estudos empíricos³³³.

4. Conclusão

Por meio do presente artigo, buscou-se avaliar a medida de desregulamentação do serviço de despacho de bagagens no bojo da aviação civil brasileira sob a ótica de dois dos principais conceitos da Análise Econômica do Direito e por meio de concepções da Economia Comportamental.

Considerando a proposta governamental de desoneração de interferência na citada atividade econômica por motivos de fomento à concorrência, verificou-se uma congruência com a concepção central de Economia do Bem-Estar explorada pela teoria neoclássica da AED.

332 A aplicação de medidas de incentivo por prêmios com amplo enfoque na alteração de comportamento de agentes econômicos já vem sendo aplicadas em aeroportos de países como Portugal e Alemanha. Isto porque as empresas administradoras de aeroportos de Portugal e Frankfurt oferecem prêmios pecuniários às empresas que, por meio de medidas como de aumento de rotas, promoverem um acréscimo no número de passageiros nos referidos aeroportos. LISBON AIRPORT. Incentives Program. Disponível em: <<https://www.aeroportoisboa.pt/en/business/airlines/incentive-system>>. Acesso em: 2 nov. 2019; e FRAPORT AG. Airline Incentives. Disponível em: <https://www.fraport.com/em/misc/binaer/businessandpartner/airlinescargo/airportcharges/fraairlineincentiveprogram2018/jcr_content.file/airlineincentivebros_chuere2019.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2019.

333 Uma aplicação interessante da hipótese de regulação por incentivos via prêmios seria aquela aplicada nos Estados Unidos com relação ao transporte por meio de veículos terrestres. Para fins de redução no número de automóveis em horários específicos, o Governo de alguns Estados estabeleceu vias exclusivas aos veículos com número igual ou maior que dois passageiros. Tais veículos seriam, portanto, premiados com a autorização de tráfego em vias mais rápidas. Cf.: UNGEMAH, David; GOODIN, Ginger; DUSZA, Casey. Examining Incentives and Preferential Treatment of Carpools on Managed Lane Facilities. *Journal of Public Transportation*, v. 10, n. 4, p. 151-170, 2007. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.438.469&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

Por outro lado, haja vista os debates com enfoque na cobrança imediata para o despacho de bagagem decorrente da referida medida de desregulamentação, concluiu-se com base no pensamento da Economia Comportamental sobre vieses cognitivos haver medida alternativa mais apropriada ao alcance do propósito do Governo Federal de alteração do comportamento dos respectivos atores econômicos para fins de incremento da competitividade no setor.

Nesse sentido, uma vez que a escolha dos agentes econômicos nem sempre segue os preceitos da teoria da escolha racional, e tendo-se em mente os conceitos dos vieses cognitivos de *framing* e de aversão à perda, é possível afirmar que a adoção de medida com enquadramento positivo referente a incentivo imediato, no caso a oferta de prêmios específicos aos passageiros sem bagagem a despachar, revela-se como recomendada para fins de condução do comportamento desses agentes econômicos no sentido de portarem menos bagagens, promovendo-se a redução dos custos das companhias aéreas e a competitividade no setor da aviação civil.

5. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Acórdão TCU nº 2955, de 12 de dezembro de 2018, que trata da solicitação do Congresso Nacional sobre evolução dos preços das passagens aéreas após a entrada em vigência da Resolução – ANAC nº 400/2016. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/1275020182.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/O/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.842, de 17 de junho de 2019, que altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13842-17-junho-2019-788371-publicacaooriginal-158227-pl.html>>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- BRASIL. Medida Provisória nº 863, de 13 de dezembro de 2018, que altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/134935>>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- BRASIL. Resolução ANAC nº 400, de 13 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao1/resolucoes/resolucoes2016/>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FRAPORT AG. Airline Incentives. Disponível em: <https://www.fraport.com/em/misc/binaer/businessandpartner/airlinescargo/airportcharges/fraairlineincentiveprogram2018/jcr_content.file/airlineincentivebroschuere2019.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2019.
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H.; The endowment effect, loss aversion, and status quo bias. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1. p. 193-206, 1991. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/>>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- KAMENICA, Emir. Behavioral economics and psychology of incentives. *Annual Review of Economics*, v. 4, p. 427-452, 2012. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org>>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics*. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu>>. Acesso em: 1º jun. 2019.
- LISBON AIRPORT. Incentives Program. Disponível em: <<https://www.aeroportoisboa.pt/en/business/airlines/incentive-system>>. Acesso em: 2 nov. 2019.
- PINTO, Victor C. A Dimensão Constitucional da aviação civil. In: Bruno Dantas; Eliane Cruxên; Fernando Santos; Gustavo Ponce de Leon Lago. (Org.). *Estado e economia em vinte anos de mudanças: sistema tributário e ordem econômica*. V. 4. Brasília: Senado Federal, 2008.
- POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.
- POSNER, Richard. A. Theories of economic regulation. Maio, 1974. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w0041.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2019.
- POSNER, Richard. A. The Effects of Deregulation on Competition: The Experience of the United States. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu>>. Acesso em: 7 jul. 2019.
- SIMON, H. A. Theories of decision-making in economics and behavioral science *American Economic Review*, v. 49, n. 3, p. 253-283, 1959.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TVERSKY, Amos. KAHNEMAN, Daniel. The framing of Decisions and the psychology of choice. *Science*, v. 211, n. 30, 1981. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org>>. Acesso em: 27 maio 2019.
- UNGEMAH, David; GOODIN, Ginger; DUSZA, Casey. Examining Incentives and Preferential Treatment of Carpools on Managed Lane Facilities. *Journal of Public Transportation*, v. 10, n. 4, p. 151-170, 2007. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.438.469&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- WILSON, Molly J. Walker. A behavioral critique of command-and-control environmental regulation. *Fordham Environmental Law Review*, v. 16, n. 2, 2005. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

11

Leonardo de Castro Mira

**Reserva da Regulação
e Capacidades
Institucionais.
Os Limites da
Interferência do
Tribunal de Contas
da União nas Decisões
Discricionárias das
Agências Reguladoras**

Reserva da Regulação e Capacidades Institucionais. Os Limites da Interferência do Tribunal de Contas da União nas Decisões Discricionárias das Agências Reguladoras

*Leonardo de Castro Mira*³³⁴

Resumo

O presente artigo busca verificar a deferência ou não, nas decisões do Tribunal de Contas da União, no espectro de competência técnica das Agências Reguladoras, considerando ainda que, em tese, as agências possuem maior capacidade institucional do que o órgão de controle, e se a aplicação de um conceito de capacidades institucionais justificaria maior ou menor intervenção do órgão de controle.

Palavras-chave: reserva da regulação; capacidades institucionais; consequentialismo; governança regulatória; discricionariedade.

1. Introdução

O presente estudo originou-se na questão de se entender decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) quando de alguma forma adentram o âmbito de discricionariedade técnica³³⁵ das Agências Reguladoras. No momento da análise sobre a moldura legal que limita a esfera de competência das agências, o TCU acaba, diante de argumentos como a necessidade de aferição de economicidade e modicidade tarifária, por analisar as escolhas discricionárias dessas agências reguladoras, utilizando assim o aparato técnico que dispõe para poder tecer, ora determinações, ora recomendações às agências, sendo que determinações somente deveriam ser feitas diante da constatação de ilegalidades e erros, enquanto que recomendações seriam feitas objetivando melhorar o atingimento da finalidade da

³³⁴ Mestrando em Direito da Regulação, Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio; MBA em Gestão de Instituições de Educação Superior, UNICARIOCA; Especialista em Direito Processual Civil, UNESA; Graduado em Direito pela UNESA; Advogado especialista nas áreas de Direito Educacional e Empresarial.

³³⁵ O conceito de discricionariedade técnica será melhor abordada ao longo do artigo.

agência. Deve-se considerar que qualquer determinação ou recomendação feita pelo TCU gera no mercado a expectativa de que a agência reguladora deverá atendê-la, e que, não o fazendo, repercutiria de forma negativa no mercado regulado.

A interferência do TCU, especialmente quando cuida de questão relacionada à discricionariedade técnica das agências reguladoras, pode acabar por causar efeitos sistêmicos no mercado regulado. É importante entender como se dão as decisões no espaço destinado ao exercício da discricionariedade técnica do regulador, sendo assim compreendido para direcionar agentes decisórios que participam dessa relação.

Em vias gerais, diante de questões que envolvam cenários de incerteza ou ignorância, o regulador deveria fazer escolhas orientadas por processos decisórios de segunda ordem³³⁶ em direção a decisões que viessem a otimizar os resultados pretendidos, isto, contudo, sob a ótica do TCU, poderia não estar em acordo com os princípios presentes no ordenamento jurídico que norteiam a atividade revisora do órgão, ensejando a revisão de tais escolhas.

O presente artigo pretende sustentar que o constituinte originário previu e reservou a competência para decisão dos rumos das atividades econômicas por meio do art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que, analisado juntamente às leis que criaram as Agências Reguladoras, atribuíram para elas um espectro decisório dotado de discricionariedade para a efetivação dessas escolhas. Indo além, esse chamado espectro decisório encontra-se adstrito ao âmbito das escolhas regulatórias de caráter técnico, quando um agente decisório que não considere as características

³³⁶ Com base no texto *Second-order Decisions* de Cass R. Sunstein e Ullmann-Margalit, entende-se por “decisões de segunda ordem” aquelas em que nos referimos a decisões acerca da estratégia adequada para reduzir os problemas associados com a tomada de uma decisão de primeira ordem. Decisões de segunda ordem envolvem as estratégias que as pessoas usam de modo a evitar, desde logo, o natural processo decisório de primeira ordem. Há aqui questões relevantes sobre limitações cognitivas e, também, sobre responsabilidade, igualdade e justiça. No campo do direito, por exemplo, alguns juízes adotam decisões de segunda ordem em favor de regras, com o argumento de que regras promovem previsibilidade e minimizam os custos de decisões subsequentes. Na política, o parlamento muitas vezes adota uma decisão de segunda ordem em favor da delegação a algum terceiro, como uma agência reguladora, sendo esse o enfoque verificado neste artigo. Quando mencionada a análise de segunda ordem por parte do TCU nos julgados que foram objeto da pesquisa empírica ao longo deste estudo, tomou-se por base a delegação, por parte do Poder Legislativo, às Agências Reguladoras, de sua competência para determinada matéria técnica, em razão de sua especialização. Como fonte também foi consultada a ADI nº 4650.

empíricas relacionadas às capacidades de quem deve decidir, e também os efeitos dinâmicos de eventual decisão tomada nestes limites, pode colocar em risco de colapso toda aquela atividade econômica.

Faz-se necessário entender, dessa forma, como o legislador atribuiu às Agências Reguladoras essa capacidade de escolha discricionária tangenciada em um conceito de reserva do regulador. Conceituar essa reserva é preponderante para entender se agentes decisórios, em especial o TCU, estariam habilitados a intervir nesse espaço de decisão, ou não.

Importante, por outro lado, o desenvolvimento de um conceito de capacidades institucionais, em especial dentro dos limites apresentados inicialmente por Sunstein e Vermule³³⁷, e também estudado por Fernando Leal e Diego Arguelhes³³⁸.

Entendidos os limites legislativos e o conceito de capacidades institucionais, poderemos ter respondida a questão sobre até que ponto deveria o TCU se imiscuir nos processos decisórios das agências reguladoras, dentro de sua reserva do regulador, bem como se observadas as capacidades institucionais das Agências Reguladoras e do próprio TCU, se essa seria uma justificativa utilizada como contraponto a uma invasão indevida nas decisões.

Na primeira parte deste artigo, apresentaremos em que extensão o legislador originário e o legislador infraconstitucional delegaram às agências reguladoras a discricionariedade para tomada de decisão no espaço chamado de reserva do regulador. Faremos também essa conceituação tão logo identificada suas bases, servindo-nos da análise de bibliografia do direito administrativo e regulatório que vem abordando esse tema. Procuraremos apontar em que medida o legislador atribuiu ao TCU seus poderes fiscalizatórios sobre às Agências Reguladoras.

Em seguida, passaremos a uma conceituação das capacidades institucionais na linha dos autores apresentados nesta introdução³³⁹,

337 SUNSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, fev. 2003.

338 ARGUELHES, Diego W.; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38 p. 6-50, jan./jun. 2011.

339 Neste ponto, nos referimos aos autores: SUNSTEIN, 2003, e *Ibid*.

e a compatibilização desse conceito com a natureza das agências reguladoras e sua aplicabilidade no espaço de reserva da regulação.

Através de um estudo de casos, procuraremos abordar em que momentos o TCU é deferente às decisões técnicas das Agências Reguladoras, se ele reconhece³⁴⁰ o espaço de reserva do regulador, e se, na eventual invasão, há menção expressa ou fática a um argumento de capacidades institucionais. Neste ponto, faremos a comparação dos conceitos de reserva do regulador e capacidades institucionais com a ação do TCU em decisões sobre a atividade das Agências Reguladoras.

Os casos selecionados serão extraídos da base de decisões do TCU tendo como objeto de pesquisa a jurisprudência selecionada³⁴¹ para o termo “Agências Reguladoras”, e dentre essas, aquelas em que o TCU determinou ou recomendou ações a essas agências. Pretendemos analisar um universo de 45 decisões da “jurisprudência selecionada”, separando-as de acordo com os seguintes indicadores: ano da decisão, número do processo, ministro relator, se é deferente à decisão da agência reguladora, se a deferência se dá em reconhecimento de discricionariedade técnica da

³⁴⁰ Neste ponto, convém mencionar que o reconhecimento à discricionariedade técnica ponderado neste trabalho assume um aspecto formal, na medida em que se considera deferente quando o TCU faz apenas recomendações às Agências Reguladoras, e não deferente quando o TCU faz determinações às agências que possam estar inseridas na sua esfera de discricionariedade técnica. Não se pretende neste trabalho abordar um conceito mais amplo de deferência, conforme apresentado em JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato T. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Revista de Estudo Institucional*, v. 4, n. 2, p. 537-571, 2018, quando foram analisadas possibilidades de deferência em classificações como “deferência por discurso, deferência pelo resultado, ou ainda a deferência pela amplitude de controle”. A conceituação aponta ser relevante para em um próximo estudo classificar os achados apresentados de forma substancial.

³⁴¹ TCU. Ouvidoria. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/duvidas-frequentes/jurisprudencia-do-tcu.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019. “A Base da Jurisprudência Selecionada permite a pesquisa nos enunciados elaborados pela Diretoria de Jurisprudência da Secretaria das Sessões a partir de deliberações selecionadas, desde 2003, sob o critério de relevância jurisprudencial. O enunciado procura retratar o entendimento contido na deliberação da qual foi extraído, ou seja, a tese técnica ou jurídica, com relevância para a construção da jurisprudência do TCU, que tenha fundamentado a decisão adotada. Contudo, o enunciado não constitui resumo oficial da deliberação proferida pelo Tribunal. Tampouco objetiva representar o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. Na Base da Jurisprudência Selecionada, é possível fazer pesquisa livre e/ou pesquisar por campos específicos dispostos diretamente na tela, bem como pesquisar pela árvore de classificação dos enunciados, opção esta bastante útil por permitir o aprofundamento no estudo de temas que guardam maior relação com a gestão de recursos públicos. Ao utilizar a opção ‘sinônimos’, o sistema de pesquisa recupera os documentos levando em consideração o termo pesquisado e os seus sinônimos. A fonte de sinônimos é o Vocabulário de Controle Externo do TCU (Tesouro), utilizado na indexação dos enunciados da Jurisprudência Selecionada.”

agência reguladora, se há argumento relacionado a capacidades institucionais, e se há demonstração empírica na decisão para escolha do órgão.

Sobre a base de jurisprudência selecionada, é importante destacar que ela permite a pesquisa nos enunciados elaborados pela Diretoria de Jurisprudência da Secretaria das Sessões a partir de deliberações selecionadas, desde 2003, sob o critério de relevância jurisprudencial, segundo o próprio TCU.

O enunciado procura retratar o entendimento contido na deliberação da qual foi extraído, ou seja, a tese técnica ou jurídica, com relevância para a construção da jurisprudência do TCU, que tenha fundamentado a decisão adotada.

Como o enunciado não constitui resumo oficial da deliberação proferida pelo Tribunal, nem mesmo o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria, é importante realizar a análise empírica dos dados para poder extrair as informações necessárias para a análise de casos proposta neste artigo.

2. Reserva da Regulação

Para adentrarmos o espaço da reserva da regulação, ponto de destaque deste capítulo, precisamos entender inicialmente que ele revela verdadeiro espaço de discricionariedade técnica do regulador, ao exercitar suas escolhas regulatórias. Neste contexto, Sergio Guerra discorre que:

estrutura-se a escolha discricionária como uma margem de liberdade da Administração que surge quando sua atividade, por opção do legislador, não está plenamente definida em lei (inclusive com o uso de conceitos jurídicos indeterminados), de acordo com a conveniência e oportunidade identificadas pelo administrador público, que constituem o mérito do ato, muitas vezes insindicável pelo poder judiciário³⁴².

Continua asseverando que:

³⁴² GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018. p. 89.

a discricionariedade não surge da mera coincidência de um espaço de liberdade da Administração Pública com relação ao legislador; ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição pessoal da autoridade competente no processo de determinação do “interesse geral³⁴³”.

A competência normativa das Agências Reguladoras decorre da autorização legislativa em sua lei de criação. Em vias gerais, as leis que deram vida a elas são leis-quadro que apresentam os espaços em que o regulador deverá exercer sua discricionariedade técnica, essa última entendida como decisões reservadas ao regulador que seriam “supostamente infensas ao controle de mérito pelo Poder Judiciário”³⁴⁴ e somente estariam limitadas a sua revisão judicial se não se amoldassem ao seu contexto jurídico-constitucional.

Os limites jurídicos visam a possibilitar ao administrador a levar o sistema econômico ao equilíbrio, e carecem de um rápido posicionamento no que tange às repostas necessárias a atividade econômica em questão, enquanto que os limites constitucionais³⁴⁵ estão apoiados sobre o princípio da separação de poderes, sobretudo no que cabe ao legislador infraconstitucional criar as leis que delimitarão o alcance do exercício da função reguladora³⁴⁶ do Poder Executivo Federal. Essas leis são reconhecidas como molduras, ou apresentadoras de *standards* que nortearão e limitarão o âmbito de escolha das agências.

Conjugando a norma constitucional que determina a forma de estabelecer a moldura legal com o dinamismo das relações econômicas do mundo moderno, nos ensinamentos de Sergio Guerra,

343 Ibid.

344 Ibid., p. 294.

345 O art. 174 da CRFB/1988 impõe ao Poder Legislativo o dever de, por meio de leis, determinar seu espaço de atuação na interveniência das atividades econômicas, isto é, através do processo legislativo são definidas as molduras que encerrarão a competência normativa das agências reguladoras, sendo esse o espaço em que se desenvolvem as escolhas discricionárias do órgão regulador.

346 Como apresenta Sergio Guerra, “A regulação é uma função administrativa, que não decorre do poder político, e, sim, da abertura da lei (maleabilidade normativa, com *standards* e princípios inteligíveis) para que o agente regulador pondere, de modo neutro, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais ou efetivos”. GUERRA, 2018, p. 230.

podemos perceber que “o que se buscou perfilhar foi a autorização, prevista na própria norma primária, para que entes descentralizados do poder público possam complementar o marco regulatório de determinado subsistema especializado sem estar atrelado às poucas situações previstas – caso eventualmente detalhadas – anteriormente pela lei³⁴⁷”.

Nas lições de Alexandre Santos do Aragão, vemos que:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente³⁴⁸.

Ora, se estamos aqui tratando de uma esfera decisória tão significativa no que tange ao gerenciamento dos acontecimentos econômicos, de forma que se faz necessária decisão técnica e ágil, deveria aquele organismo criado com a finalidade de ser o principal administrador das tensões advindas das atividades reguladas quem deveria ter a última voz sobre como essas tensões devem ser resolvidas. Isso não vem ocorrendo sempre, necessário entender o porquê.

Não nos cabe aqui tecer maiores comentários ou explicações sobre a função legislativa propriamente dita, eis que não é o objeto deste estudo, mas, sim, entender que a competência regulatória advém da função normativa, essa maior e mais abrangente à função legislativa.

Desta forma, vemos nas palavras de Eros Roberto Grau que:

O fundamento do poder regulamentar, pois, está nesta atribuição de poder normativo – e não no poder discricionário da Administração (como, equivocadamente, apregoam nossos publicistas). Assim, o fundamento da potestade regulamentar decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de

347 GUERRA, op. cit., p. 295.

348 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 439.

parte do Legislativo, ao Executivo. (...) O que importa reter, neste passo, é o fato de que o exercício da função regulamentar, pelo Executivo, não decorre de uma função legislativa³⁴⁹”.

Visto que os reguladores não receberam suas competências normativas para formular normas abertas, e sim atuar no exercício de suas capacidades técnicas³⁵⁰, a revisão de seus atos nessa esfera de discricionariedade somente poderá ocorrer quando confrontado o problema em face da Constituição e dos valores jurídicos nela presentes, que poderiam estar em conflito com o ato normativo regulatório. Excetuando-se essa parcela, não deveriam agentes decisores interferirem nas decisões dos órgãos reguladores.

Nesse espaço:

(...) não se deve pretender alcançar a vontade geral de viés liberal; pode ser alcançado, ao contrário, o exercício da capacidade técnica dessas entidades descentralizadas (tecnicismo) para dispor, com maior densidade, sobre as matérias que lhe competem para equilibrar, reflexivamente, o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude³⁵¹.

O regulador, na esfera de sua competência normativa, recebeu do legislativo o poder de decisão nos casos em que a capacidade técnica é preponderante para dirimir e estabilizar casos concretos em seus subsistemas, e minimizar a insegurança jurídica. Essa parcela de poder deve ser tomada de forma discricionária, mediante o que lhe é conveniente e oportuno, pois, em vias gerais, seria ele o mais capacitado a exercer essa função que lhe foi atribuída.

Sob essa ótica, diante de casos difíceis e da possibilidade de consequências regulatórias sistêmicas, há que se considerar a necessidade de maior flexibilidade para o regulador executar os comandos da norma.

349 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 239.

350 O referencial de capacidade técnica será mais bem abordado no capítulo II deste artigo.

351 GUERRA, 2018. p. 295.

As decisões nessa esfera de flexibilidade e discricionariedade devem ser concedidas em consideração a: (i) os dados empíricos, decorrentes das avaliações técnicas disponíveis e testadas; (ii) a circunstância fática em que a norma está sendo aplicada; e (iii) os impactos prospectivos multilaterais decorrentes do ato³⁵².

Desta forma, as decisões tomadas nestes aspectos pelas Agências Reguladoras são as que estariam infensas ao controle dos tribunais, em especial ao TCU, nitidamente por serem eminentemente técnicas e estarem atreladas a competência normativa atribuída à agência. A demonstração dos requisitos, que devem ser considerados apresentados anteriormente, apresentará a relação dessas escolhas frente a um conceito de capacidades institucionais.

O estabelecimento da competência fiscalizatória do TCU resta delineado nos arts. 70 e 71 da CRFB/1988, atribuindo a ele o dever de “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas³⁵³”, eis que responsável por auxiliar o congresso nacional em sua competência funcional.

Diante da abrangência fiscalizatória do TCU, as atividades de todas as entidades mencionadas no art. 70 da CRFB/1988 estariam sob o seu julgo, se valendo o tribunal de valores atinentes a molduras técnicas – fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, operacional – e também de molduras atreladas a princípios e valores – legalidade, economicidade, legitimidade. Esses últimos seriam as referências principiológicas para confrontar eventuais decisões tomadas no espaço delimitado da reserva do regulador, sobrepujando-se a um conceito de capacidades institucionais, que, se frise, não é o objeto do presente estudo. O que se busca entender seriam as decisões que possam invadir o espaço de discricionariedade técnica do regulador sob o argumento de maior capacitação técnica do Tribunal de Contas quando com ele comparado.

352 GUERRA, Sergio. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 131.

353 Art. 70 da CRFB/1988.

Diante de situações quando o TCU decide intervir na esfera de discricionariedade das Agências Reguladoras, em especial no âmbito da reserva do regulador, fez-se necessário delinear esse espaço para, a partir desse ponto, entender quais seriam os limites a essa intervenção.

O que se pretende verificar, mais uma vez, seriam as intervenções realizadas pelo TCU no âmbito de decisão discricionária do regulador, essencialmente àquelas que estariam adstritas a decisões técnicas dentro da reserva do regulador. Para isso, faz-se necessário entender um conceito de capacidades institucionais, e se, em algum ponto, o TCU teria mais capacidade que as Agências Reguladoras para se imiscuir em suas decisões discricionárias.

3. Capacidades Institucionais

A expressão “capacidades institucionais” vem sendo usada em nosso contexto jurídico de forma corriqueira para se justificar a escolha por tomadores de decisões sob circunstâncias de incerteza ou ignorância. Muito se vê sobre escolhas por referenciais técnicos decisórios sob pretexto de determinado órgão decisório possuir mais capacidade técnica para tomada de decisão, sobretudo num contexto judicial ou jurídico-administrativo.

Entender o que de fato deve ser o referencial para a utilização da expressão “capacidades institucionais” é primordial para que não se tenha uma banalização do seu uso, ou ainda uma retórica excessiva, podendo levar a absurdos. Nesta linha, é preciso observar, especialmente nos ensinamentos de Fernando Leal e Diego Werneck, que “o argumento das capacidades institucionais se refere às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico³⁵⁴”, e que “pensar em capacidades institucionais significa, dessa forma, levar a sério as limitações e qualificações de uma determinada instituição no desenvolvimento de análises estáticas e dinâmicas relacionadas ao exercício de suas funções³⁵⁵”.

³⁵⁴ ARGUELHES, op. cit.

³⁵⁵ Ibid.

Delineado os limites do entendimento do que viria a ser recebido como capacidades institucionais, há que se demonstrar suas três premissas principais para utilização dessa forma argumentativa, e de que forma devem essas premissas conduzir a razão de quem invoca um argumento de decisão sob este enfoque. As premissas estariam limitadas a: i) atribuição de competência normativa de âmbito técnico direcionada por molduras compatibilizadas com a Constituição, alinhado assim na concepção de separação de poderes; ii) ainda que compatível com as finalidades, toda decisão num contexto de incerteza ou ignorância está sujeita a falibilidade; iii) deve-se ter como foco a promoção de valores ou objetivos diante de diversos cenários decisórios, previamente mapeados considerando suas consequências³⁵⁶. Diante dessas premissas, certo é que, uma vez observadas, deve-se recomendar que órgãos decisores devem considerar que, “comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a ‘segunda melhor’ solução³⁵⁷”. A opção pela segunda melhor solução estaria relacionada a buscar, diante de cenários possíveis de estados de mundo, e diante das consequências da decisão que se pretende tomar, aquele que otimize resultados e custos operacionais para tomada de decisão.

Com as premissas ora delineadas e sabendo que a estratégia de abordagem sob um argumento de capacidades institucionais é o que justifica a sua utilização em um contexto decisório, há que se perquirir sobretudo se o próprio agente decisório que alega estar mais capacitado para escolher que caminho técnico deve ser seguido.

Considerando um contexto de decisão sobre escolhas regulatórias, compreender a existência de molduras normativas que limitam o espectro decisório técnico das agências reguladoras é

³⁵⁶ Este entendimento é apresentado também por Fernando Leal e Diego Werneck Arguelhes: “Nossa leitura do argumento das capacidades institucionais identifica nele três premissas e uma estratégia básica de raciocínio. As premissas são: (i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo”.

³⁵⁷ ARGUELHES, op. cit.

fundamental, pois é neste espectro que elas devem ter a liberdade, de acordo com sua conveniência e oportunidade, para escolher os rumos da atividade econômica regulada. Em uma análise *prima facie*, podemos pressupor, diante de sua delimitação jurídica constitucional e infraconstitucional, que seriam as Agências Reguladoras as mais capacitadas para exercer o poder de decisão técnica em situações de incerteza ou ignorância, contudo, essa afirmação vem sendo colocada a prova nas decisões emanadas pelo TCU dados determinados cenários, especialmente em casos que se verifica que a agência não cumpre com a demonstração de sua capacidade institucional para exercício da escolha.

É correto afirmar que, apesar da existência de uma concepção decisória imediata, num contexto de melhor decisão (*first-best*), esta seria incompleta se não reservasse à agência reguladora a possibilidade de adoção de critérios decisórios de segunda ordem para lidar com problemas inerentes aos cenários de ignorância que precisam ser dirimidos pelos seus processos normativos. Neste sentido, “not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is incomplete without a second-best account that takes account of institutional issue³⁵⁸”, conforme sustentam Adrian Vermule e Cass Sustein.

Em se tratando de equilíbrio sistêmico de atividades econômicas, é forçoso concluir que se uma ideia de *second-best* demonstra que uma eficiência perfeita não pode ser atingida, menos ainda seria perseguir um cenário de eficiência maximizadora – relacionada a um *first-best* – eis que os custos de decisão seriam altos demais para justificá-la como objetivo.

No contexto de processos decisórios de segunda ordem com alto grau de discricionariedade técnica, especialmente no âmbito reservado às Agências Reguladoras, que é defendido neste artigo, deve-se buscar a forma em que se pode constatar a capacidade técnica para exercício dessa discricionariedade. É importante que quem quer que exercite essa discricionariedade esteja realmente apto a exercê-la dentro de sua especialidade, e que essa especialidade não seja meramente normativa, mas que possa ser testada e verificada pelos órgãos revisores, em especial os poderes constituídos.

358 SUNSTEIN, op. cit.

O TCU, em sua atribuição constitucional, conforme já verificado anteriormente, é quem deve verificar a disposição do orçamento da União e de suas entidades diretas e indiretas na consecução de suas atividades principais, sem, contudo, adentrar a esfera de discricionariedade técnica quando reservada a esses entes. Poderia, então, o TCU, nessa esfera de discricionariedade técnica, interferir nas decisões das agências? Neste ponto, o teste em que as agências precisam passar é na demonstração empírica de sua capacidade institucional para decisões eminentemente técnicas, e que usurpar esse liame decisório das agências provocaria efeitos sistêmicos potencialmente indesejáveis.

Em razão da necessidade de possuir capacitação técnica específica para tomada de decisões no âmbito técnico que justifica o poder normativo das agências, as leis que definem sua competência normativa são feitas de forma a apresentar molduras, *standards*, em vez de regras detalhadas de procedimentos³⁵⁹. Esse formato é corroborado também por Cass Sunstein e Adrian Vermule quando afirmam que:

*agencies are likely to be in a better position to decide whether departures from the text actually make sense. This is so mostly because agencies have a superior degree of technical competence*³⁶⁰ e,

*gencies are likely to be in a better position to know whether departures from the text will seriously diminish predictability or otherwise unsettle the statutory scheme. If agencies are not concerned about the risk of unsettlement, there is some reason to think that the risk is low*³⁶¹.

A visão desses autores nos permite inferir que, dada a especialidade técnico-institucional das agências e respeitadas as molduras formais que limitam sua esfera decisória, elas estariam em melhor posição para fazer as escolhas regulatórias do mercado que elas normatizam.

³⁵⁹ Vide nota 13.

³⁶⁰ SUNSTEIN, op. cit.

³⁶¹ SUNSTEIN, op. cit.

As escolhas feitas pelas agências, partindo da premissa de que elas possuiriam maior capacidade institucional no âmbito dessas escolhas, não estariam isentas do crivo da supervisão democrática, ainda que essa supervisão se dê em menor escala. É a “análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático, que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais”, como defende Gustavo Binenbojm³⁶².

A supervisão das escolhas no âmbito de discricionariedade das agências deve recair na comparação entre as capacidades institucionais das diferentes instituições para saber qual delas reúne as melhores condições para responder determinados problemas³⁶³. Essas condições deverão ser testadas de forma empírica, considerando o desenho normativo de cada instituição, bem como as condições fáticas em que elas se encontram para corroborar sua aptidão técnica.

Gustavo Binenbojm propõe, inspirado por Cass Sunstein e Adrian Vermule, que devem ser considerados os seguintes elementos institucionais para constatação das capacidades institucionais:

- (i) forma de atuação (v.g., o julgamento de casos concretos ou a edição de normas de caráter abstrato e genérico); (ii) a composição funcional, modo de provimento de cargos e garantias (v.g., a *expertise*, a reputação dos servidores, o provimento por concurso ou legitimação democrática); (iii) a capacidade de aferição dos reflexos sistêmicos de uma dada decisão, sobretudo quanto a seus aspectos econômicos; (iv) a habilitação, em termos políticos, para a feitura de determinadas escolhas e estabelecimento de prioridades, como é o caso das chamadas ‘escolhas trágicas’ de políticas públicas, tanto na vertente orçamentária como na da regulação econômica e social³⁶⁴.

³⁶² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 241.

³⁶³ ARGUELHES, op. cit.

³⁶⁴ BINENBOJM, op. cit., p. 243.

É de se entender que a proposição estaria alinhada ao pensamento de que as condições normativas e factuais precisam ser amparadas empiricamente para demonstrar a capacidade institucional como justificativa para tomada de decisão no âmbito de discricionariedade técnica da agência reguladora. Além disso, estaria também alinhado à necessidade de se prever consequências que poderiam ser produzidas de forma dinâmica no sistema econômico, em decorrência da deferência à decisão sob a constatação da maior capacidade institucional do órgão decisório.

Os elementos propostos se coadunam com a concepção de autores como Sunstein e Vermule, na medida em que sua análise obriga a lidar com “a inafastável probabilidade de erro em sua aplicação por atores institucionais com capacidades limitadas³⁶⁵”.

Ao analisar o referencial teórico formulado sobre capacidades institucionais, é possível verificar que processos de decisão sob o argumento de capacidades institucionais vão ser direcionados na medida em que se faça necessária a tomada de decisão em circunstâncias de incerteza ou ignorância. Nestes cenários, torna-se inviável a busca por decisões maximizadoras de resultados, optando assim por processos otimizadores do resultado da decisão, o que justifica se adotar um processo de decisão *second-best*, e que só poderia ser escolhido por quem de fato possuísse os atributos normativos e factuais que demonstrem sua capacidade institucional para realização da escolha.

A escolha que se busca retratar no presente artigo é aquela adstrita ao âmbito da reserva do regulador, conforme demonstrado no capítulo 1, e que, em razão de desenho normativo que atribui ao agente regulador essa decisão, é manifestamente carregada de discricionariedade técnica.

Entender o argumento de capacidades institucionais é relevante pois, como defendido na introdução do artigo, há decisões do TCU que potencialmente³⁶⁶ poderiam invadir o campo

365 ARGUELHES, op. cit.

366 Potencialmente invadem porque, de uma forma geral, o estudo empírico relacionado à este artigo verificou que o TCU costuma ser deferente e reconhecer a esfera de discricionariedade técnica das Agências Reguladoras, mas há decisões em que a capacidade institucional da agência não se confirma, quando, então, o TCU faz determinações ou recomendações para que os ajustes necessários sejam feitos pela agência.

de discricionariedade técnica das Agências Reguladoras, e essas decisões podem estar partindo de análises quando o TCU questiona a capacidade institucional da Agência Reguladora como justificativa para tecer recomendações e determinações em sua competência normativa.

Para saber se, de fato, há usurpação normativa, estudou-se inicialmente o âmbito de decisão em que a agência reguladora teria discricionariedade, chamado então de reserva do regulador. Entendido esse âmbito, procurou-se entender, além do esboço normativo, aonde estaria a comprovação factual para que o agente regulador pudesse fazer suas escolhas nesse contexto de tecnicismo vocacionado ao equilíbrio da atividade econômica sob regulação.

Afirmar maior capacidade institucional para realização de determinada escolha pode, em geral, partir de uma permissão normativa, mas sua real demonstração deverá estar ancorada não só no ordenamento jurídico, mas também ser demonstrada de forma empírica, considerando ainda as consequências dessa escolha em função dos possíveis efeitos dinâmicos no ambiente econômico em questão.

4. Análise Empírica das Decisões do TCU

Uma vez delimitados tanto a esfera decisória de discricionariedade técnica das Agências Reguladoras, chamada de reserva do regulador, cuja conceituação foi apresentada ao longo do capítulo 1 do presente estudo, e o entendimento de que escolhas regulatórias dentro dessa esfera deveriam ser feitas pelas Agências Reguladoras, pois, além de terem essa competência normativa, em regra possuiriam maior capacidade institucional para decisão, passa-se a examinar os julgados do TCU para verificar se, de fato, ele vem invadindo a esfera de discricionariedade técnica das Agências Reguladoras, e se, nesses casos, há menção ou argumentação que conduzam ao entendimento de capacidades institucionais.

O estudo aborda uma seleção de casos no âmbito do TCU, tendo como objeto da pesquisa 45 casos selecionados³⁶⁷. A busca se

³⁶⁷ Selecionados pelo próprio sistema de buscas do TCU, conforme já apresentado neste artigo: TCU, op. cit.

deu pelo termo “Agências Reguladoras”, dentre os casos apresentados pelo sistema de pesquisa do TCU; os 45 casos foram selecionados a partir da “jurisprudência selecionada” do próprio tribunal.

A “jurisprudência selecionada” do tribunal é composta pelos enunciados elaborados pela Diretoria de Jurisprudência da Secretaria das Sessões a partir de deliberações selecionadas, desde 2003, sob o critério de relevância jurisprudencial, segundo o próprio TCU.

O enunciado das jurisprudências selecionadas procura retratar o entendimento central contido na deliberação da qual foi extraído, isto é, a tese técnica ou jurídica, com maior relevância para a construção da jurisprudência do TCU, e que tenha fundamentado a decisão adotada.

A partir da análise quantitativa dos dados colhidos através da leitura dos acórdãos do TCU, pode se verificar: (i) os momentos em que o TCU foi deferente nas escolhas regulatórias das Agências Reguladoras; (ii) se na decisão em específico há reconhecimento de matéria eminentemente técnica na esfera de discricionariedade das Agências Reguladoras naquele processo em análise; (iii) se há argumentação acerca de capacidades institucionais por parte do TCU, seja utilizando a expressão capacidades institucionais, seja utilizando argumentação dentro dos limites apresentados neste artigo. As respostas aos indicadores poderiam ser SIM ou NÃO, como demonstra a planilha que é trazida ao artigo neste momento.

Data	Acórdão	Ministro Relator	Deferente	Discricionariedade Técnica	Capacidades Institucionais
27/09/2017	AC-2121/17-P	BRUNO DANTAS	SIM	SIM	SIM
20/03/2013	AC-0569/13-P	RAIMUNDO CARREIRO	PREJUDICADO	X	X
14/11/2017	AC-2533/17-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES	SIM	SIM	SIM
19/10/2011	AC-2753/11-P	JOSÉ JORGE	PREJUDICADO	X	X
28/02/2007	AC-200/07-P	VALMIR CAMPELO	SIM	SIM	NÃO
25/07/2018	AC-1704/18-P	ANA ARRAES	NÃO	SIM	NÃO
23/04/2008	AC-715/08-P	AUGUSTO NARDES	SIM	SIM	NÃO
18/04/2007	AC-632/07-P	AUGUSTO NARDES	NÃO	NÃO	NÃO
09/08/2006	AC-1369/06-P	VALMIR CAMPELO	SIM	SIM	NÃO
22/11/2017	AC-2602/17-P	AROLD CEDRAZ	SIM	SIM	NÃO
27/09/2017	AC-2121/17-P	BRUNO DANTAS	SIM	SIM	SIM
21/08/2013	AC-2241/13-P	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	SIM	SIM	NÃO
22/04/2015	AC-0909/15-P	VITAL DO RÉGO	SIM	SIM	NÃO
03/09/2014	AC-2314/14-P	JOSÉ JORGE	SIM	SIM	NÃO
29/08/2012	AC-2302/12-P	RAIMUNDO CARREIRO	SIM	SIM	NÃO
10/11/2004	AC-1757/04-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	SIM
11/03/2008	AC-620/08-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	NÃO
11/03/2008	AC-602/08-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	NÃO
03/11/2004	AC-1703/04-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	SIM
03/06/2009	AC-1201/09-P	AROLD CEDRAZ	SIM	SIM	SIM
23/03/2016	AC-0644/16-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES	NÃO	SIM	SIM

19/08/2015	AC-2071/15-P	VITAL DO RÉGO	SIM	NÃO	NÃO
22/05/2019	AC-1166/19-P	AUGUSTO NARDES	SIM	SIM	NÃO
20/02/2013	AC-0210/13-P	JOSÉ JORGE	SIM	SIM	NÃO
27/05/2009	AC-1131/09-P	AROLD CEDRAZ	SIM	NÃO	NÃO
19/08/2015	AC-2051/15-P	WEDER DE OLIVEIRA	SIM	NÃO	NÃO
28/02/2007	AC-200/07-P	VALMIR CAMPELO	SIM	SIM	NÃO
14/11/2017	AC-2533/17-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES	SIM	SIM	SIM
10/10/2007	AC-2138/07-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	SIM
06/03/2013	AC-0402/13-P	RAIMUNDO CARREIRO	SIM	NÃO	NÃO
10/11/2004	AC-1756/04-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	SIM
03/11/2004	AC-1703/04-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	SIM
04/05/2016	AC-1089/16-P	BRUNO DANTAS	SIM	NÃO	NÃO
28/02/2007	AC-200/07-P	VALMIR CAMPELO	SIM	SIM	NÃO
07/04/2010	AC-0683/10-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES	SIM	NÃO	NÃO
28/03/2018	AC-0679/18-P	BENJAMIN ZYMLER	SIM	SIM	SIM
20/04/2016	AC-0943/16-P	AUGUSTO NARDES	NÃO	SIM	SIM
16/09/2015	AC-2320/15-P	VITAL DO RÉGO	PREJUDICADO	X	X
07/12/2011	AC-3234/11-P	AROLD CEDRAZ	SIM	SIM	NÃO
07/12/2011	AC-3233/11-P	AROLD CEDRAZ	SIM	SIM	NÃO
07/12/2011	AC-3232/11-P	AROLD CEDRAZ	SIM	SIM	NÃO
26/08/2009	AC-1904/09-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES	SIM	SIM	SIM
25/05/2005	AC-649/05-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES	SIM	SIM	SIM
01/12/2004	AC-1926/04-P	ADYLSO MONTA	NÃO	SIM	SIM
29/06/2016	AC-1665/16-P	WEDER DE OLIVEIRA	PREJUDICADO	X	X

Deferente	36
Não Deferente	5
Discricionariedade Técnica	34
Capacidades Institucionais	16
Prejudicados	4
Repetidos	5

Faz-se necessário esclarecer a existência de acórdãos que se repetem na planilha, especificamente os de número 2121/2017, 200/2007 (duas vezes), 2533/2017 e 1703/2004, que lá estão por terem iniciado com uma primeira decisão e em razão de recurso das partes envolvidas terem nova decisão acerca dos temas abordados. Para fins desse estudo, foram mantidos os acórdãos repetidos na planilha, apesar do número de decisões ficar reduzido ao universo fático de 40 casos pesquisados.

Face a natureza de crivo secundário do TCU em relação às ações tomadas por Agências Reguladoras dentro de suas atribuições e competências, normalmente as decisões que visam a corrigir assimetrias com princípios constitucionais, essencialmente aqueles descritos no art. 70 da CRFB/1988, visam a exarar determinações e recomendações. Coube à análise, para verificação da deferência, constatar se as determinações se davam no âmbito da reserva do

regulador – com alta discricionariedade técnica – e uma vez respeitado esse âmbito de decisão, considerou-se a decisão deferente.

Foram constatados dentre os 45 casos que 5 deles não foram considerados deferentes, e que 36 foram deferentes³⁶⁸, sendo ainda que, nessas hipóteses de deferência, 34 se deram em razão de reconhecimento do âmbito técnico de discricionariedade da agência reguladora. Ainda que se trate de uma análise quantitativa, há que se considerar o caso do acórdão 200/2007 de lavra do ministro Valmir Campelo, que, em sua decisão inicial, não teve a deferência em favor da agência reguladora, determinando ações que estavam na esfera de reserva do regulador, mas, quando da revisão do julgado, tanto pelo pedido da agência quanto da entidade regulada, foi revisto o posicionamento do TCU, reconhecendo o espaço de discricionariedade técnica da agência reguladora e modificando a decisão para tecer recomendações em vez de determinações naquele espaço reservado.

Naquela assentada, esta Corte de Contas decidiu “recomendar à ANEEL que, no estudo específico que aquela agência vem conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avalie a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequada de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995”, e firmou entendimento no sentido de que:

- a) se o ato for de natureza discricionária, cabe ao Tribunal expedir recomendações;
- b) se o ato for de natureza vinculada, cabe ao Tribunal expedir determinações.

5. Com base nessas razões, acolho em parte os argumentos apresentados pela ANEEL e pela CEMIG e julgo ser conveniente transformar a determinação constante do subitem 9.1.1.2 do Acórdão recorrido em recomendação.” (Acórdão 200/2007.)

³⁶⁸ Importante esclarecer que, dos 45 casos selecionados, 4 deles foram considerados prejudicados em razão do contexto fático processual não se adequar aos parâmetros da pesquisa.

Sobre a análise dos dados coletados e inseridos na planilha norteadora deste artigo, foi possível constatar também que houve 16 decisões que, de alguma forma, faziam remissões a maiores capacidades institucionais por parte do TCU do que da agência reguladora. Esses argumentos foram assim considerados não necessariamente por utilizar os termos “capacidades institucionais” ou ainda “capacidades técnicas”, mas, sim, por argumentar de forma a demonstrar que o Tribunal de Contas, através de seus órgãos técnicos (Secretarias) denotava possuir maiores atributos técnicos necessários para tomada de decisão do que o demonstrado pela agência.

O que se pode entender de algumas decisões que consideraram maior capacidade institucional do TCU é que, em algumas situações específicas de atos praticados pelas agências em sua reserva do regulador, foi sua incapacidade de dirimir falhas de mercado que permitiu a demonstração de que o TCU, naquele caso em específico, estaria mais preparado institucionalmente – leia-se com maior aparato técnico – para perceber onde estariam as lacunas que a agência deveria preencher, e assim atender o seu objetivo regulador.

Neste ponto, é de chamar a atenção ao acórdão 679/2018, de lavra do ministro Benjamin Zymler, em caso sobre reajuste de preços dos planos de saúde, no âmbito de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, quando constatou-se que a agência não demonstrava a capacidade de identificar abusos na configuração dos aumentos dos planos de saúde.

Quanto à atuação da ANS na regulação dos reajustes de planos de saúde coletivos, restou evidenciado que a Agência não possui procedimentos e mecanismos adequados e suficientes para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos. O monitoramento dos reajustes consiste em recebimento de comunicados com informações, sem que medidas corretivas sejam adotadas na ocorrência de eventuais abusos, o que põe em dúvida a efetividade do monitoramento como mecanismo de regulação dos reajustes de preços. Consequentemente, conclui-se que a atuação regulatória da Agência não é suficiente para mitigar o risco de que

os reajustes dos planos de saúde coletivos onerem excessivamente o consumidor. (Acórdão 679/2018.)

Continuando a análise, fez ainda constar do voto que o problema estaria, de fato, na incapacidade da agência em até mesmo identificar abusos nos aumentos dos planos coletivos de saúde:

Na realidade, o problema, aqui, a meu sentir, não é a opção atual da Agência pelo monitoramento dos preços, mas sua virtual incapacidade de até mesmo identificar eventuais abusos. (Acórdão 679/2018.)

Com os dados lançados ao longo do voto, e a conjugação de normas delineadoras da atividade discricionária da agência e seus objetivos, verificou-se que o TCU constatou, naquele ponto, de forma empírica, que a agência estaria menos capacitada que si para dirimir a anomalia encontrada pelo procedimento do Tribunal de Contas.

Foram encontradas referências às “capacidades institucionais” propriamente ditas em apenas 1 julgado³⁶⁹, dentre os 16 acórdãos que, de alguma forma, tratavam da existência de maior capacidade institucional por parte do TCU. Nesse julgado, a apresentação dessas capacidades institucionais partia, em geral, da apresentação através de auditorias ou grupos de trabalhos específicos para verificação de condutas das Agências Reguladoras ou entes regulados, possibilitando assim o levantamento empírico de dados que nortearam as recomendações e determinações feitas pelo Tribunal de Contas, e que esses achados apontavam assimetrias no mercado que deveriam ser evitadas pela regulação.

Há ainda menção em caso emblemático cujo conteúdo versava principalmente sobre possibilidade de firmamento de TAC – Termo de Ajustamento de Conduta entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e o agente regulado, em especial às capacidades técnicas da ANATEL em não só estabelecer as condições do TAC, mas também de acompanhar seu cumprimento e aplicar sanções quando cabível.

No presente caso, no entanto, o histórico da atuação da ANATEL na fiscalização dos serviços por

369 Acórdão 679/2018 de relatoria do ministro Benjamin Zymler.

ela regulados causa preocupação quanto a sua capacidade de verificar e assegurar o cumprimento dos TAC.

(...)

Se pelas vias ordinárias não tem sido capaz de fiscalizar e sancionar descumprimentos por parte dos entes regulados, que deu causa ao cenário de estoque de multas e contestações infundáveis em sede de Pado, tenho mais dúvidas que certezas da capacidade de, agora, acompanhar estes termos de ajustamento de conduta que concedem grande liberdade à operadora com assimetrias informacionais significativas.

(...)

O que se tem visto nos últimos tempos em relação à ANATEL não retrata o bom histórico da atividade fiscalizatória dessa agência reguladora³⁷⁰.

É comum que, no âmbito decisório das Agências Reguladoras, as análises sejam precedidas de extensa verificação de dados e informações para nortear as decisões do órgão. Em sua atuação para verificação do atendimento moldurar ao quadro legal, regularmente o TCU se utilizou de seu corpo técnico para revisar, de forma empírica, as escolhas realizadas pelas agências. Na grande maioria das vezes, ainda que diante de constatações de necessidades de adequações das decisões discricionárias, o TCU se limitou a tecer recomendações, preservando assim a reserva do regulador atribuída às Agências Reguladoras, dentro dos conceitos estabelecidos neste estudo.

Por fim, questão que suscitou outro ponto de questionamento para futuro aprofundamento da pesquisa foi o voto de lavra do ministro Bruno Dantas, quando reconheceu o “atual cenário de restrição orçamentária e de pessoal”³⁷¹ da ANATEL, e questionou se seria essa a razão de que Agências Reguladoras têm sido “socorridas” pelo TCU através de suas recomendações e determinações, com indicações de possíveis melhorias técnicas por parte dos órgãos técnicos do TCU. Certamente, a busca empírica de dados neste

370 Acórdão 2121/2017.

371 Acórdão 2121/2017.

estudo possibilitou encontrar novas questões que precisarão ser verificadas mediante outros levantamentos empíricos para conhecer sua real dimensão.

O levantamento de decisões relevantes junto ao TCU foi útil no sentido de perceber, de forma casuísta, as situações, no contexto da reserva do regulador, do ponto de vista formal, que o TCU tende a ser deferente;³⁷² perceber que ele de fato reconhece a existência de um âmbito decisório discricionário do regulador; dialogar com a hipótese de que o regulador sempre seria o ente mais habilitado para decidir neste espectro de decisão, percebendo-se que, por vezes, não está mais capacitado que o próprio TCU; e, por fim, se suas decisões consideram suas próprias capacidades institucionais, as do regulador e se esses achados são orientados por dados empiricamente coletados.

5. Conclusão

Dentre os propósitos do presente artigo, foi perquirida a legislação Constitucional e infraconstitucional para buscar as bases normativas da existência de uma reserva técnica, cujas decisões em seu âmbito seriam tomadas mediante a conveniência e oportunidade do agente regulador, entendido assim como um espaço decisório de alta discricionariedade técnicas das Agências Reguladoras.

Na mesma linha de se conhecer e delimitar o espaço denominado como reserva do regulador, foi analisada a doutrina pátria que, de forma moderna, vem discutindo esse espaço, sua caracterização, fontes normativas, e o limites de discricionariedade técnica que são atribuídos às Agências Reguladoras na reserva do regulador. Esses limites foram baseados em balizas normativas ancoradas na CRFB/1988 e nas leis que deram origens às Agências Reguladoras, contudo, face ao controle constitucionalmente conferido TCU, e exercido sobre as escolhas das

³⁷² Voltamos neste ponto a mencionar que o reconhecimento à discricionariedade técnica ponderado neste trabalho assume um aspecto formal, na medida em que se considera deferente quando o TCU faz apenas recomendações às Agências Reguladoras, e não deferente quando o TCU faz determinações às agências que possam estar inseridas na sua esfera de discricionariedade técnica. Não se pretende neste trabalho abordar um conceito mais amplo de deferência, conforme apresentado em JORDÃO, op. cit., quando foram analisadas possibilidades de deferência em classificações como "deferência por discurso, deferência pelo resultado, ou ainda a deferência pela amplitude de controle. A conceituação aponta ser relevante para, em um próximo estudo, classificar os achados apresentados de forma substancial.

Agências Reguladoras, procurou-se separar entre as intervenções do TCU sobre questões de princípios e valores, e as intervenções do TCU nas decisões situadas no âmbito da reserva do regulador.

Na linha dessas decisões, sustentou-se a tese de que o TCU poderia estar se imiscuindo em decisões das Agências Reguladoras dentro de sua reserva do regulador, interferindo assim nas escolhas que deveriam gozar de alta discricionariedade técnica. Neste ponto, por conta de sua especialidade técnica, deveriam as Agências Reguladoras serem a última palavra quanto aos caminhos a serem adotados no mercado regulado.

Ocorre que, muitas vezes, o TCU vem fazendo recomendações sobre escolhas regulatórias feitas pelas Agências Reguladoras, valendo-se de aprofundados estudos empíricos realizados por seus corpos técnicos, demonstrando, em alguns casos concretos, estarem mais capacitados do que a própria agência para direcionar os rumos da atividade regulada. Há casos, como o do emblemático acórdão 679/2018, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, que o corpo técnico em sua análise da atuação da agência acaba por não só sugerir recomendar, mas, também, determinar que, caso as recomendações não fossem atendidas, deveria a Agência Reguladora justificar o porquê de não seguir as recomendações.

b) para cada recomendação cuja implementação não seja considerada conveniente ou oportuna, a justificativa da decisão.

Vê-se que, depois de análise tão extensa e empiricamente demonstrada, numa verdadeira exemplificação do conceito de capacidades institucionais advindo das lições de Cass R. Sunstein e Adrian Vermule no texto *Interpretation and Institutions*, como poderia o regulador da atividade agir sem levar em consideração as recomendações do TCU? De que forma o mercado reagiria caso a agência não seguisse as recomendações? O fato é que as Agências Reguladoras, em regra, possuem as capacidades institucionais necessárias para levar a cabo suas decisões discricionárias, mas o estudo empírico comprova que há exceções, e que esses casos precisam ser melhor estudados para, de fato, se perceber até que ponto o TCU vem intervindo na esfera de discricionariedade técnica

das Agências Reguladoras, se a deferência anunciada do ponto de vista formal também seria confirmada mediante critérios de deferência substantivos, e, assim, traçar um diagnóstico para permitir uma melhor adequação das agências para os seus fins institucionais.

Ainda sobre as capacidades institucionais das Agências Reguladoras e do TCU, o que se observa de uma forma geral nas decisões é que, de fato, e do ponto de vista formal, o TCU não adentra a esfera de discricionariedade técnica das agências, apenas fazendo determinações quanto ao ajuste das molduras utilizadas, e quanto as “melhores práticas” nos procedimentos específicos de verificação de condições técnicas. Obviamente, esses entendimentos são exarados pelo corpo técnico trazido a cada questão concreta pelo Tribunal, tendo, em 16 casos analisados, utilizado alguma argumentação que conduza a um entendimento de maior capacidade institucional.

Vale pontuar que um conceito de capacidades institucionais deveria levar a perceber que as Agências Reguladoras deveriam, além de sua moldura normativa, demonstrar empiricamente que possuem melhores quadros técnicos, especialização para matéria, maior capacidade de prever e planejar eventos e efeitos dinâmicos e sistêmicos, e assim regulamentar o mercado em questão. Observadas as decisões provenientes do estudo empregado, constatou-se que uma deferência formal em favor da discricionariedade das agências é uma regra, mas há espaço para aprimoramento, eis que não raras vezes o TCU, em sua análise de segunda ordem, vem complementando a atuação discricionária das Agências Reguladoras, valendo-se, ainda que de forma nem sempre expressamente declarada, de um conceito de capacidades institucionais, e que buscar critérios de deferência substantivos e abrangentes pode contribuir para se ter uma melhor percepção sobre a atuação do órgão de controle.

6. Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ARGUELHES, Diego W.; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38 p. 6-50, jan./jun. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

- DWORKIN, Gerald. Is more choice better than less? In: DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: CUP, 1988. p. 62-84.
- GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.
- GUERRA, Sergio. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato T. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Revista de Estudo Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-571, 2018.
- KINGAL, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 28, p. 409-441, 2008.
- KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston/NY: Houghton Mifflin Co., 1921.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RESNIK, Michael D. *Choices. An introduction to decision theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p. 1-17.
- SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: Cass Sunstein (Ed.). *Behavioral law & economics*. New York, NY: Cambridge University Press, 2000.
- SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, 1999.
- SUNSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, fev. 2003.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretive theory in its infancy: a reply to posner. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003.
- TCU. Ouvidoria. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/duvidas-frequentes/jurisprudencia-do-tcu.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. Cambridge: HUP, 2003.
- VERMEULE, Adrian. Rationally arbitrary decisions (in administrative law). *Harvard Public Law Working*, p. 13-24, 25 mar. 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- VERMEULE, Adrian. Three strategies of interpretation. *San Diego Law Review*, p. 607-628, 2005.

12

Leonardo Netto

**O Papel do Estado
na Era Digital
sob a Perspectiva
dos Direitos
Fundamentais:
Em Busca de um
Determinismo
Tecnológico “Soft”**

O Papel do Estado na Era Digital sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais: Em Busca de um Determinismo Tecnológico “Soft”

Leonardo Netto³⁷³

Resumo

Este trabalho propõe uma releitura do papel do Estado diante das inovações promovidas pela era digital, à luz dos direitos fundamentais. Entre o determinismo tecnológico e o social construtivismo, o presente artigo sustenta a necessidade de um determinismo “soft”, que promova a conjugação de esforços entre agentes públicos e privados na realização de direitos fundamentais de defesa e prestacionais, observados os novos paradigmas do direito administrativo brasileiro.

Palavras-chave: Estado; direitos fundamentais; novas tecnologias; determinismo “soft”; hipossuficiência epistêmica; escassez de recursos; assimetria informacional.

Também no diálogo público sobre o revigoramento das instituições da democracia na era digital, a discussão se circunscreve aos políticos, aos juristas, aos politólogos, à militância mais engajada. Ela se faz sob o falso véu de conhecimentos técnicos e jurídicos inalcançáveis pelos cidadãos. Na verdade, estão dando voltas em torno do modelo analógico de democracia, que emite fortes sinais de ter chegado a seu limite de funcionalidade (ABRANCHES, Sergio. A era do imprevisto: a grande transição do século XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 58-59).

O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados preexistentes e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança evidentemente não é o caminho, até porque seria como tentar aparar o vento com as mãos (Luis Roberto Barroso, voto no Recurso Extraordinário nº 1.054.110).

³⁷³ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando na linha de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

1. Introdução

O surgimento de tecnologias disruptivas e seu avanço sobre espaços sociais e econômicos tradicionais provocam debate acerca do eventual enfraquecimento – ou ao menos ressignificação – do papel do Estado na atualidade. Nesse contexto de abruptas mudanças, parece lugar comum o diagnóstico de esvaziamento do aparato estatal, classificado como mero entrave burocrático à Revolução Digital que se desenrola no início de século. Essa perspectiva, cada vez mais influente, reflete crença em suposto processo de erosão de dois pilares centrais das democracias contemporâneas: o Estado moderno e o Direito.

O Estado moderno, concebido como instrumento de centralização e de uniformização da ordem jurídica³⁷⁴, convive com a expansão de feudos cibernéticos, dotados de regras comunitárias e ética próprias, que desafiam, em certa medida, a autoridade de leis e constituições. O Direito, e sua pretensão de universalidade e de completude, já apresenta sinais claros de descompasso com a velocidade das transformações sociais e as novas demandas da coletividade. Diante de tal cenário, em que se discute possível desatualização da teoria constitucional à luz da realidade imposta pelos fatos, é questionada a capacidade das instituições democráticas tradicionais de responderem de forma adequada aos anseios dos novos tempos.

Se tanto é certo que o Estado moderno decorreu do esforço de centralização jurídica, e da necessidade de afirmação de direitos fundamentais que lhe pudessem ser exigidos, também é certo que o mundo contemporâneo assiste a acelerado processo de transformação, impondo novos desafios às instituições clássicas do regime democrático. As grandes empresas de dados, que substituem atores econômicos tradicionais, impactam de forma singular na vida privada e na intimidade de seus usuários. Ainda, os pequenos feudos tecnológicos abraçam as mais diversas causas – do terraplanismo ao mito do aquecimento global –, ocasionando

³⁷⁴ Para análise histórica do desenvolvimento do Estado moderno e seu impacto no surgimento dos direitos fundamentais: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 113-144.

a desagregação quanto a consensos mínimos necessários à vida em sociedade³⁷⁵. Tudo isso parece colocar em xeque o modelo de Estado Democrático de Direito vivenciado até aqui.

A bem da verdade, o debate encontra raízes mais profundas na dicotomia clássica entre o determinismo tecnológico e o social construtivismo. Em breves linhas, o determinismo tecnológico reflete pensamento segundo o qual a velocidade das transformações impostas pelas novas tecnologias geraria necessária relação de sujeição destas sobre a sociedade e, conseqüentemente, sobre o próprio Estado. Assim, sob essa perspectiva, pressupõe-se que o progresso desenvolvimentista, viabilizado pela expansão das inovações destrutivas, seria processo intrínseco e inescapável, ao qual atores políticos e sociais assistiriam passivamente. Esse *admirável mundo novo*, defendido por parcela dos estudiosos do tema, habita o imaginário de inúmeras distopias literárias³⁷⁶.

De outro lado, o social construtivismo acredita na relação inversa de subordinação: a sociedade e o Estado preponderariam, em absoluto, sobre os novos atores tecnológicos. É dizer que as instituições não só poderiam, como deveriam, promover o direcionamento do progresso, permeabilizando o processo de desenvolvimento com valores éticos compartilhados pela coletividade. A premissa é de que, em última análise, são os incentivos criados pelos atores políticos e sociais que permitem a expansão de determinado eixo tecnológico, a despeito de alternativas técnicas igualmente viáveis.

Em meio aos extremos, contudo, é possível verificar diversos autores que abandonaram a clássica narrativa de confronto entre

³⁷⁵ Este debate foi desenvolvido durante o curso "Regulação Econômica e Democracia", ministrado pelo professor José Vicente, no mestrado da linha de direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Na sessão referente a Razões Públicas, discutiu-se que a Era Digital é também era de desinformação e de "fake news", o que prejudica a consolidação de consensos mínimos, fomentando a polarização e o desgaste democrático.

³⁷⁶ Nesse ponto, merece atenção a feliz associação do professor Luís Roberto Barroso com a distopia narrada no livro "Admirável mundo novo". Nesta obra é retratada sociedade futurista dividida em classes com funções previamente definidas por manipulação genética e por tecnologias de condicionamento, que suprimiriam emoções fortes, desejos afetivos e relações pessoais mais intensas (BARROSO, Luís Roberto. Revolução digital, crise da democracia e aquecimento global: limites do Direito em um mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019).

Estado e mercado, apostando na superação da bipolaridade do Direito Administrativo³⁷⁷. Assim, estabelece-se nova relação entre público e privado, como entidades interpenetradas, a partir dos paradigmas de Arena Pública e de multipolaridade. Nesse contexto, o Estado desempenha novas funções, alheias ao tradicional papel de autoridade, fortalecendo parâmetros de consensualidade, de participação social e de maior ônus argumentativo de justificação de suas escolhas.

Sob essa perspectiva relacional, defende-se um determinismo “soft³⁷⁸”. A expressão é atribuída ao professor de História da Tecnologia no Instituto de Tecnologia de Massachusetts, Merritt Roe Smith. Em resumo, reflete a ideia de que as mudanças tecnológicas reformulam as relações sociais, porém também sofrem limitações e rearranjos decorrentes das pressões da sociedade civil organizada. Não custa lembrar que, em um Estado Democrático de Direito, os poderes independentes e as instituições públicas exercem papel fundamental de catalisadores e de canalizadores desta energia social com potencial transformador.

O presente artigo pretende avaliar, assim, de que formas as novas plataformas digitais impactam a atuação estatal e por quais meios os agentes estatais podem e devem condicionar sua atuação, viabilizando o desejável processo de interpenetração entre público e privado. Considerando que o papel primordial de um Estado Democrático de Direito é a tutela e promoção de direitos fundamentais, optou-se pela disposição do artigo de acordo com sua classificação tradicional. Assim, em um primeiro momento, serão abordados os direitos fundamentais de defesa, e, em um segundo momento, passa-se aos direitos fundamentais prestacionais. Ao final, encerra-se

377 “Temos, então, que o fato de um bem ou de uma atividade ser de interesse coletivo e demandar alguma forma de ação estatal (responsabilizando-se pela oferta, fomentando-a ou regulando-a) não deve servir de causa para excluir a atuação dos particulares (entendidos, aqui, como agentes econômicos). A presença de um interesse coletivo (ou, se quisermos, de um interesse público) deixa de ser fator de inibição da atuação privada para ser vetor de busca da forma ótima, mais eficiente, para conjugar esforços públicos e privados com o fito de que aquela utilidade seja posta à fruição dos indivíduos pelo menor custo e com a melhor qualidade possível” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 409).

378 THIERER, Adam. The pacing problem, the collingridge dilemma & technological determinism. *The Technology Liberation Front*, 16 ago. 2018. Disponível em: <<https://techliberation.com/2018/08/16/the-pacing-problem-the-collingridge-dilemma-technological-determinism>>. Acesso em: 1º set. 2019.

com breve conclusão, elucidando os pontos principais do que será proposto ao longo do texto.

2. Direitos Fundamentais de Defesa: a Tutela da Hipossuficiência Epistêmica

Os direitos fundamentais de defesa são tradicionalmente definidos como “postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo³⁷⁹”. Sua formulação original está vinculada à legítima preocupação de tutelar o indivíduo em face do Estado. De fato, o contrato social outorgava amplos poderes ao governante, levando a nascente burguesia a desenvolver mecanismos para sua limitação, os quais deram origem ao que se conhece como direitos fundamentais³⁸⁰.

Não obstante, hoje se admite a incidência de tais direitos também em relações privadas específicas. A chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, embora ainda contestada, será extremamente útil para compreensão do papel do Estado na Era Digital. Com efeito, até mesmo nos Estados Unidos, em que a construção doutrinária enfrenta bastante resistência, já há trabalhos apontando a insuficiência da interpretação conferida à Primeira Emenda³⁸¹, em razão das transformações impostas pelas tecnologias³⁸². Diante do controle da informação e da metainformação, grandes plataformas digitais passam a ter ainda mais poder que o Estado.

Tradicionalmente, o grande capital concentrava-se na propriedade dos bens e serviços, utilizando da mão de obra de outros seres humanos para garantia da lucratividade. Na atualidade, porém, as ações mais valiosas do mercado financeiro são distribuídas entre grandes plataformas digitais, que funcionam sob lógica diversa da de seus antecessores. O foco da atividade não está mais na

379 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

380 “Com efeito, num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado Absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e, através da liberdade de iniciativa econômica, a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126).

propriedade material, e, sim, na exploração – consentida ou não – das informações pessoais e profissionais de outros seres humanos (usuários)³⁸³. A compreensão desse processo é essencial para a reflexão que segue.

A inovação destrutiva promovida pelas novas tecnologias impõe ao grande capital a gestão de informações sensíveis de outros indivíduos. O debate se torna mais necessário quando tomada em consideração a relevância dos dados na sociedade contemporânea, que, segundo Yuval Harari, cultua o dataísmo³⁸⁴. Nesse contexto, surgem questões referentes ao direito ao esquecimento, à proliferação de “fake news”, e aos limites do uso de inteligência artificial para selecionar publicidade³⁸⁵, dentre outros. Em comum, todos esses problemas envolvem a inequívoca hipossuficiência epistêmica³⁸⁶ dos usuários diante das grandes plataformas digitais.

A solução para todas as complexidades que surgem nesse novo contexto não residirá apenas e tão somente na autorregulação. A crença exclusiva nos atores privados, em virtude de suposta ameaça do Estado à liberdade de expressão, desconsidera fatores relevantes. Isso porque é evidente a relação de desigualdade de forças entre as plataformas digitais e seus usuários, atraindo a eficácia horizontal de direitos fundamentais, seja da privacidade, seja dos próprios dados pessoais sensíveis³⁸⁷.

Assim, deve ser superado discurso de autorregulação das plataformas digitais, evoluindo o debate para a forma e a intensidade

³⁸³ “A velha economia não morreu. Ainda há gente que frequenta supermercados, livrarias e lojas em shoppings centers. Mas o fato insuperável é que a economia baseada nas interações pessoais, bem como na produção agrícola e industrial, na transformação de matérias-primas e na elaboração de bens materiais – ouro, petróleo, fábricas, trigo – cede espaço à nova economia, cuja principal fonte de riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação” (BARROSO, op. cit.).

³⁸⁴ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

³⁸⁵ Especificamente quanto à utilização da inteligência artificial e seus impactos sobre as premissas do Estado Democrático de Direito, ver: RISSE, Mathias. Human rights and artificial intelligence: an urgently needed agenda. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-16, 2018.

³⁸⁶ Expressão sugerida pelo professor José Vicente durante o curso “Regulação Econômica e Democracia”, ministrado no mestrado da linha de direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

³⁸⁷ Os dados sensíveis poderão passar a compor o rol do artigo 5º, da Constituição, caso aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, que promoveria esta alteração no texto constitucional.

de regulação estatal³⁸⁸. Com efeito, a atual discussão acerca da “comoditização”, a saber, a tendência de expansão da lógica de mercado moderno a espaços tradicionalmente ocupados por lógica distinta, como as relações pessoais e os valores políticos, ganha fôlego recente também na discussão acerca da atividade regulatória, função tipicamente de Estado³⁸⁹. Não obstante, com fundamento na tutela dos direitos fundamentais de defesa, e sem descuidar da multipolaridade do Direito Administrativo, os estudiosos devem se debruçar na busca de parâmetros para regulação compartilhada entre Estado e plataformas digitais.

Por evidente, a maior dificuldade quanto ao estudo do tema é justamente estabelecer os parâmetros objetivos de atuação estatal. De um lado, o excesso regulatório poderá levar ao sufocamento da inovação e ao risco de as restrições estatais prejudicarem os direitos fundamentais que se busca tutelar, em incontornável processo de *ladeira escorregadia*³⁹⁰. De outro lado, a omissão estatal poderá tornar os impérios das plataformas digitais grandes demais para serem regulados, em angustiante aplicação prática do chamado *dilema de collingridge*³⁹¹. Em ambos os casos, ainda, é de se cogitar o risco à livre concorrência, afastando agentes relevantes do mercado de bens e serviços tecnológicos.

388 Aliás, uma vez mais, o professor Yuval Harari destaca com precisão ímpar a questão que se busca alinhar, qual seja, a ameaça da crença exclusiva nos parâmetros de mercado: “Muitos economistas e cientistas políticos neoliberais alegam que é melhor deixar todas as decisões importantes nas mãos do livre mercado. Com isso, estão dando aos políticos a perfeita desculpa para a inação e a ignorância, que são reinterpretadas como sabedoria profunda. Políticos acham que é conveniente acreditar que eles não compreendem o mundo porque não precisam compreendê-lo. No entanto, misturar uma tecnologia que parece divina com uma política míope tem desvantagens. (...) É perigoso confiar nosso futuro às forças do mercado porque elas fazem o que é bom para o mercado e não o que é bom para o gênero humano ou para o mundo” (HARARI, op. cit., p. 379).

389 Sobre visão crítica da autorregulação, em especial na área de mercado de capitais, merece destaque a tese de doutoramento: LIMA JUNIOR, João Manoel de. O regime jurídico da autorregulação: um estudo sobre os limites da juridicidade do estabelecimento de regras e fiscalização dos mercados financeiro e de capitais por pessoas jurídicas de direito privado. Rio de Janeiro, UERJ – Faculdade de Direito, 2017.

390 A expressão, originária de tradução do inglês “slippery slope”, é atribuída a Frederick Schauer. No campo da regulação estatal sobre os meios de comunicação, o debate circunscreve-se à legítima preocupação de que sucessivas concessões ao Estado, em matéria de liberdade de expressão e de imprensa, ocasionem processo incontornável de aniquilamento desses direitos, por meio da censura e do controle antidemocrático.

391 David Collingridge trouxe importante contribuição no debate sobre o controle das novas tecnologias, ainda em 1980, no livro *The Social Control of Technology*. Em suma, o que discute é o momento em que deve incidir o controle estatal, haja vista a falta de informação acerca dos impactos das novas tecnologias na realidade social.

O presente trabalho não tem a pretensão de fixar *standards* de atuação estatal no meio tecnológico, antes disso, busca ilustrar em que passo o debate vem se colocando em nível legislativo e jurisprudencial no país. O estudo acerca das soluções adotadas no Brasil, antes de permitir resolução definitiva do problema, serve de norte para futuras intervenções regulatórias na matéria. Nesse sentido, passa-se à análise pontual do microsistema normativo que disciplina o tema em questão, a saber, o Marco Civil da Internet (Lei federal nº 12.965/14), a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal nº 13.709/18) e a Lei federal nº 13.853/19, resultado de conversão, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória nº 869/18.

O Marco Civil da Internet (Lei federal nº 12.965/14), além dos princípios e normas gerais sobre a matéria, apresenta mecanismos inovadores de atuação concertada entre os agentes públicos e privados. O sistema de responsabilização civil impõe a atuação conjunta do Poder Judiciário e das plataformas digitais. Com efeito, o art. 19, da Lei federal nº 12.965/14³⁹² apenas admite dano indenizável decorrente de conteúdo gerado por terceiros na rede mundial de computadores se, após ordem judicial específica, o provedor de aplicações de internet não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, torná-lo indisponível.

A disciplina legal não impede que os provedores de aplicações de internet, em virtude de regras de sua plataforma, excluam conteúdo que entendam inapropriado³⁹³. Contudo, apenas será possível configurar ato ilícito indenizável na hipótese em que a autoridade judiciária, realizando a ponderação entre os valores envolvidos, assim o decidir previamente. Com isso, o Estado não expropria espaço legítimo de

392 Artigo 19, da Lei nº 12.965/14: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

393 Um caso recente envolveu a alteração do algoritmo de pesquisa da palavra “lesbienne” (tradução do francês para o termo “lésbica”) no provedor da Google, a fim de diminuir resultados associados à pornografia e ampliar acesso a canais informativos. CADOT, Julien. *Lesbienne: Google a enfin modifié son algorithme*. *Numerama*, 18 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.numerama.com/politique/534430-google-a-enfin-modifie-son-algorithme-pour-la-requete-lesbienne.html>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

deliberação das plataformas digitais, mas atua de forma concertada em seu papel constitucional de tutela de direitos fundamentais³⁹⁴.

O dispositivo também reflete opção política clara de confiar ao Estado – especialmente ao Poder Judiciário – o papel de árbitro de direitos fundamentais de defesa, antes espaço de resistência à incursão de atores públicos. A solução encontrada pelo legislador atribui a um dos poderes independentes do Estado o papel de “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura” em face de abusos eventuais de plataformas digitais. A bem da verdade, afirmar que a responsabilização civil depende de descumprimento de ordem judicial específica aumenta a segurança jurídica das empresas do setor, diminuindo seus incentivos de funcionarem como grandes censores privados da rede mundial de computadores.

Noutro giro, a Lei federal nº 13.709/18, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), surge após sucessão de eventos, nos planos internacional e nacional, que lançou desconfiança em relação à efetividade da proteção de dados de usuários por grandes plataformas digitais. Assim, logo após a aprovação do pioneiro Regulamento de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia (GDPR), foi a vez de o Brasil editar seu marco normativo, o qual entrará em vigor, na sua maior parte, apenas a partir de agosto de 2020. De todo modo, é relevante estudar suas disposições, as quais irão impor gradativa mudança de cultura acerca da gestão de dados pelas grandes plataformas digitais.

Decerto, dentre os instrumentos legais positivados, é digno de nota a criação de órgãos específicos para gestão das novas tecnologias e proteção de dados sensíveis³⁹⁵. O processo de institucionalização parece ser o primeiro passo rumo ao tratamento adequado de problemas complexos, porque permite calibrar o poder de influência de todos os setores interessados na solução final, criando os incentivos adequados para atuação concertada entre agentes

³⁹⁴ Exemplo recente de intervenção do Poder Judiciário na matéria: Recurso Especial nº 1.660.168-RJ Relatora: Min. Nancy Andrighi, Relator p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 8/5/2018. DJe: 5/6/2018.

³⁹⁵ São eles: a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão com autonomia técnica da administração pública federal, instituída pelo artigo 55-A e seguintes; e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, órgão com participação de autoridades estatais e grupos de interesse da sociedade civil, previsto no artigo 58-A e seguintes.

públicos e privados³⁹⁶. A análise das atribuições dos órgãos criados torna clara a preocupação do legislador com o necessário equilíbrio entre os incentivos à inovação promovida pelas plataformas digitais e a proteção aos direitos fundamentais de defesa dos usuários³⁹⁷.

Aliás, na linha do que se entende ser a mais adequada forma de regulamentar as novas tecnologias, é evidente aqui o processo de interpenetração entre os setores público e privado na construção de soluções inovadoras. Além da própria composição plural dos órgãos técnicos responsáveis, o legislador expressamente ressaltou que o avanço do Estado Regulatório contemporâneo deve guardar observância ao princípio da proporcionalidade³⁹⁸. Assim, os agentes públicos somente devem restringir liberdades individuais na tutela justificada do direito fundamental à proteção de dados ou à intimidade, próximo ao que já ocorre em outras relações entre particulares tipicamente desiguais.

Nesse contexto, considerada a atribuição conferida à Autoridade Nacional de Proteção de Dados de editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais, seria interessante vislumbrar o avanço de “sunset clauses” em nível regulamentar. Isso porque regulações com marco temporal de duração definido permitem experimentalismo menos custoso³⁹⁹, alterando questões pontuais do desenho institucional inicialmente imposto pela plataforma digital a seus usuários. Do mesmo modo, possibilita convivência menos angustiante com o *dilema de collingridge*, impedindo problema já

396 “As instituições (formais ou não) limitam e direcionam o rol de escolhas individuais, de modo que, para compreender vícios jurídicos sistêmicos supraindividuais (mesmo para saber se eles existem, de fato, em dada hipótese), é necessário compreender como funcionam as estruturas que eventualmente os geram (...) Por formarem as estruturas sociais, as instituições, ao mesmo tempo, delimitam e possibilitam o comportamento individual. Em outras palavras, as instituições aumentam ou diminuem relativamente os custos de transação de condutas individuais de acordo com as suas características próprias” (TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 106-108).

397 Prova disso é a redação de seu artigo 1º, *caput*, que expressamente especifica seu objetivo: “Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

398 Artigo 55-J, § 1º, da Lei nº 13.709/18: “A ANPD, na edição de suas normas, deverá observar a exigência de mínima intervenção, assegurados os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei e o disposto no art. 170 da Constituição”.

399 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 17, n. 69, 2017.

suscitado de que as plataformas digitais se tornem grandes demais para serem reguladas.

Por fim, mais recentemente houve a conversão em lei da Medida Provisória nº 869/2018, apresentada ainda durante a gestão do ex-Presidente da República Michel Temer. Em sua justificativa, afirma-se a necessidade de aprimorar alguns pontos da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal nº 13.709/18). Dentre seus méritos, deve ser ressaltada a própria criação e fixação de atribuições das instituições mencionadas anteriormente⁴⁰⁰. Contudo, um de seus pontos mais polêmicos envolve o suposto direito à revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais⁴⁰¹.

De fato, o texto original da LGPD assegurava o direito de revisão de decisões tomadas por *softwares* a todos usuários, sempre por pessoa natural. A Medida Provisória nº 869/2018, contudo, afastou a exigência de que o processo fosse conduzido necessariamente por outro ser humano. Após submissão ao crivo do Congresso Nacional, foi acrescentado novo parágrafo ao dispositivo, que mais uma vez exigiu manifestação de pessoa natural. Não obstante, o acréscimo legislativo foi objeto de veto por contrariedade ao interesse público pela Presidência da República⁴⁰².

⁴⁰⁰Embora os órgãos tenham sido inicialmente criados pela Lei federal nº 13.709/18, foram em sua maior parte objeto de veto por suposta inconstitucionalidade formal. Segundo a compreensão da Presidência da República, a criação dos referidos órgãos deveria observar a iniciativa privativa do Poder Executivo. Por tal razão, a matéria foi vetada e, posteriormente, inserida na Medida Provisória nº 869/18, convertida na Lei federal nº 13.853/19.

⁴⁰¹A atribuição de decisão final sobre questões existenciais e profissionais de seres humanos à inteligência artificial já acontece, com alguma frequência, na gestão empresarial. Um caso que causou debate sobre a questão nos Estados Unidos ocorreu após a acusação de que a *Amazon* estaria promovendo demissão de seus funcionários por meio de softwares, e sem qualquer intermediação de supervisores humanos. A empresa apresentou nota informando que nesses casos seria admitido o recurso a instâncias humanas para revisão da decisão. Ver: LECHER, Collin. How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for "productivity". *The Verge*, 25 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁴⁰²Veja o teor da Mensagem de Veto nº 288/2019: "A propositura legislativa, ao dispor que toda e qualquer decisão baseada unicamente no tratamento automatizado seja suscetível de revisão humana, contraria o interesse público, tendo em vista que tal exigência inviabilizará os modelos atuais de planos de negócios de muitas empresas, notadamente das startups, bem como impacta na análise de risco de crédito e de novos modelos de negócios de instituições financeiras, gerando efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores, tanto no que diz respeito à qualidade das garantias, ao volume de crédito contratado e à composição de preços, com reflexos, ainda, nos índices de inflação e na condução da política monetária".

Com a vigência da LGPD, portanto, será possível que decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais afetem interesses de usuários, no que diz respeito a seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou, até mesmo, a aspectos de sua personalidade. A matéria, de índole essencialmente regulatória, foi inserida no texto legal⁴⁰³ e afasta a obrigação de que pessoas naturais participem de qualquer etapa do processo.

Segundo a perspectiva do Chefe do Poder Executivo federal, manifestada na mensagem de veto, a exigência importaria em aumento de custo operacional capaz de inviabilizar o exercício dessa modalidade de empresa no país. De fato, se está diante de uma contingência da Era Digital: o exercício de tarefas por máquinas dotadas de avançados algoritmos é, muitas vezes, mais eficiente, do ponto de vista econômico, do que aquele realizado por seres humanos. Nesse contexto, existe previsão de que, em breve, muitos dos tradicionais postos de trabalho deixarão de existir.

Contudo, perspectiva diametralmente oposta, que encontrou eco no Congresso Nacional, valoriza a participação da pessoa natural no processo de construção de decisões que irão afetar direitos fundamentais de outros seres humanos. Nesse sentido, a assunção do custo operacional pelas empresas se justificaria pela compreensão de que seres humanos decidem melhor – ainda que não de forma mais eficiente⁴⁰⁴ – sobre a vida de outros seres humanos. A bem da verdade, a redação vetada que prevaleceu no Congresso Nacional buscava solução de compromisso, na medida em que admitia a regulamentação da matéria pelo órgão

⁴⁰³Há autores que sustentam reserva constitucional de administração no exercício de poder normativo decorrente da atividade regulatória. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.343. Relator: Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux. DJ: 1/9/2011. DJe: 6/12/2011. Sob essa perspectiva, seria possível vislumbrar até mesmo a inconstitucionalidade da norma, por afronta ao princípio da Separação de Poderes, positivado no artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁰⁴Eficiência aqui utilizada como expressão pura da fórmula econômica, que busca racionalmente a solução ótima, ou seja, aquela que produz os melhores resultados com o menor dispêndio de recursos. A perspectiva que se debate, contudo, é a de que, por vezes, será possível vislumbrar “melhor” solução que não atenda estritamente aos parâmetros clássicos da economia. É dizer que, em algumas situações, o dispêndio maior de recursos humanos ou materiais poderá atender a outros fins socialmente relevantes, levando a resultados melhores sob pontos de vista diversos daqueles defendidos pela economia.

administrativo competente, a qual deveria levar em consideração a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

A questão é extremamente complexa, sendo mero exemplo ilustrativo dos problemas advindos da Era Digital, os quais deverão ser contornados pelo Estado Regulatório, em processo de interpenetração com agentes privados. Assim como um dia já se deu no âmbito de outros ramos do Direito, como o direito do trabalho e o direito do consumidor, o amadurecimento dos parâmetros de atuação da regulação estatal depende do avanço do experimentalismo legislativo e doutrinário. O Direito Administrativo deve tomar a frente deste processo, ciente do papel do Estado contemporâneo de tutela da hipossuficiência epistêmica dos usuários frente às plataformas digitais, à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de defesa.

3. Direitos Fundamentais Prestacionais: Antigos Gargalos, Novos Horizontes

Ao lado dos direitos fundamentais de defesa, estão positivados também os direitos fundamentais prestacionais, os quais “exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade⁴⁰⁵”. Seu surgimento está associado ao avanço do Estado Social no século XX, que impôs aos agentes políticos a garantia de patamar civilizatório mínimo a seus cidadãos. De fato, o adequado exercício dos direitos civis e políticos depende de condições materiais em níveis adequados para a sobrevivência humana.

No Brasil, porém, a efetividade de políticas públicas que promovam esses direitos resvala em dois grandes gargalos, a saber, escassez de recursos materiais e assimetria informacional. De um lado, a escassez de recursos materiais é contingência da sociedade contemporânea, sendo comumente traduzida pela ciência jurídica por meio da Teoria da Reserva do Possível⁴⁰⁶. A questão é extrema-

405 MENDES, op. cit., p. 159.

406 A difusão da teoria da reserva do possível deu-se a partir do julgamento paradigmático do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1972, no caso “Numerus Clausus”, em que a Corte concluiu ser

mente sensível, passando pelo reconhecimento de que a finitude de recursos é realidade que precisa ser levada em consideração pelos gestores públicos e por seus órgãos de controle. Nesse sentido, Daniel Sarmiento recentemente defendeu até mesmo a relativização da tutela da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, quando verificada sua impossibilidade financeira⁴⁰⁷.

De outro lado, o problema da assimetria informacional é manifestado em dois momentos distintos: na fase inicial, de escolha da alocação dos recursos escassos disponíveis, e na fase executiva, de monitoramento das políticas públicas. No que tange à fase inicial, a professora Ana Paula de Barcellos sustenta a imposição de um devido procedimento na elaboração normativa, gerando dever de justificativa às autoridades políticas⁴⁰⁸. No que se refere à fase executiva, por seu turno, surge a necessidade de avaliação dos resultados efetivamente atingidos, acarretando um dever de monitoramento das políticas públicas⁴⁰⁹, que, no Brasil, é exercido pelo Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais (CMAP), instituído pela Portaria Interministerial nº 102/16, do governo federal.

Os dois problemas acima mencionados, analisados conjuntamente, aprofundam as desigualdades sociais e geram desconfiança

possível a limitação do número de vagas ofertadas em universidades públicas do país.

407 "A doutrina majoritária afirma que a reserva do possível fática tampouco é oponível ao mínimo existencial. Esta posição vem sendo externada inclusive pelo STF. Considero, todavia, que a tese, enquanto sedutora, não procede. Afinal, a relevância de uma pretensão sob o prisma jurídico ou moral não tem o condão de revogar a lei econômica da escassez. A escassez é um fato e, se não existirem na sociedade os recursos necessários para a garantia de prestações ligadas ao mínimo existencial, simplesmente não haverá alquimia jurídica que possa contornar o limite que não é imposto pelo Direito, mas pela própria realidade. E, como advertiu há muito o jurista francês Georges Ripert, 'quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará ignorando o Direito'" (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 231-232).

408 A bem da verdade, a professora acredita na existência de um direito fundamental a exigir justificativas no processo de elaboração normativa, envolvendo indagações elementares: delimitação do problema a ser enfrentado, indicação dos resultados esperados e dos meios de seu adequado monitoramento, além da antecipação de custos e de impactos (BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

409 "Nesse contexto, o monitoramento envolve verificar se as metas que haviam sido estabelecidas quando da concepção da política estão sendo atingidas (caso, claro, elas tenham sido estabelecidas), acompanhar o que de fato está sendo executado no contexto da política em exame, e apurar os resultados concretos produzidos em face dos direitos fundamentais que se pretende promover, tendo em conta o problema que se pretendia solucionar por meio da política pública afinal. De tal modo que, diante desse conjunto de dados, seja possível rever a política ou aspectos dela de modo a aprimorar sua capacidade de promover os resultados desejados" (BARCELLOS, Ana Paula de. *Políticas públicas e o dever de monitoramento: "levando os direitos a sério"*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 257, 2018).

na capacidade governamental de promover direitos fundamentais prestacionais. Diante da falta de credibilidade do Estado como garantidor universal, as grandes plataformas digitais começaram a ocupar parte deste espaço⁴¹⁰. Na linha de um determinismo “soft”, porém, se passa a apresentar as vantagens do processo – a ser intensificado no futuro – de interpenetração entre agentes públicos e privados. O ponto que se passa a defender, portanto, é a utilização das novas tecnologias como ferramentas essenciais de superação dos gargalos à efetivação de políticas públicas.

No plano normativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), em seu Título VIII – “Da Ordem Social”, apresenta capítulo específico sobre Ciência, Tecnologia e Inovação. Logo em seu primeiro dispositivo, é possível extrair solução compromissória: o *caput* do art. 218 afirma o dever estatal de promoção e de incentivo às inovações tecnológicas, porém, em seus parágrafos, o constituinte busca direcionar a pesquisa para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional⁴¹¹. **Há, no texto constitucional, as bases embrionárias para aplicação de um determinismo “soft”** também na implementação de direitos fundamentais prestacionais⁴¹². Em síntese, estimula-se a articulação entre entes, públicos e privados, nas diversas esferas de governo, para fins constitucionais específicos⁴¹³.

Assim, sem perder de vista o fundamento normativo especificado acima, discute-se de que formas as novas tecnologias poderão mino-

410 Exemplo emblemático foi a expansão dos aplicativos de transporte por veículos particulares. A despeito da discussão acerca da natureza de serviço público da atividade de Taxi, fato é que este sempre foi um dos meios tradicionais vislumbrados pelo Estado para adequado atendimento ao direito social de transporte viário. Hoje, contudo, o uso compartilhado de carros, bicicletas e, até mesmo, patinetes, é uma realidade.

411 Artigo 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (...) § 2º A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

412 O professor e ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, reconhece o caráter programático do art. 218, da CRFB/1988, o que autorizaria aos cidadãos exigir dos órgãos estatais que se abstenham de praticar quaisquer atos que contrariem as diretrizes traçadas pelo constituinte (BARROSO, op. cit., p. 89).

413 A Emenda Constitucional nº 85/2016 acrescentou o § 6º ao art. 218, da CRFB/1988, o qual dispõe que “O Estado, na execução das atividades previstas no *caput*, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo”. Ainda, acrescentou parágrafo único ao art. 219, reafirmando que “O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia”.

rar os prejuízos da escassez de recursos materiais. Sob perspectiva mais superficial, a Era Digital permite avanços significativos a partir da modernização de estruturas, com economia dos recursos materiais e humanos disponíveis. Em matéria de direitos fundamentais prestacionais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por exemplo, avançou gradativamente no ensino a distância, por meio de reformas legislativas sucessivas. A Lei federal nº 12.056/09 autorizou a formação inicial e continuada de docentes a partir de mediação tecnológica⁴¹⁴. Em seguida, a Lei federal nº 13.415/17 passou a admitir a conclusão do ensino médio do corpo discente pelos mesmos meios⁴¹⁵.

Entretanto, para além deste impacto mais imediato, as plataformas digitais prometem, por meio da “sharing economy”, revolucionar a escassez de recursos materiais e humanos. Isso porque essa modelagem de negócio permite a redução do tempo ocioso de bens e de serviços, maximizando geração de empregos e de riqueza. Assim é que, em vez de o embate entre as plataformas digitais e o Estado regulador, o professor Daniel Rauch⁴¹⁶ propõe perspectiva colaborativa muito interessante, buscando acomodar os interesses de ambas as partes em um sistema de “ganha-ganha”.

Segundo Daniel Rauch, em atividade preditiva, o Estado, em futuro próximo, investirá em subsídios à atividade de economia compartilhada, além de utilizá-la como instrumento de redistribuição de riqueza e de efetivação de serviços públicos. Destaca que a atuação concertada entre agentes públicos e privados – seja pela modelagem contratual, pelo fomento ou pela regulação –, poderá tornar acessível às camadas menos favorecidas melhores condições de moradia e de transporte, além da criação de novos postos de trabalho.

414 Lei federal nº 9.394/96. Artigo 62, § 2º A formação continuada e a capacitação dos profissionais de magistério poderão utilizar recursos e tecnologias de educação a distância. § 3º A formação inicial de profissionais de magistério dará preferência ao ensino presencial, subsidiariamente fazendo uso de recursos e tecnologias de educação a distância.

415 Lei federal nº 9.394/96. Artigo 36, § 11. Para efeito de cumprimento das exigências curriculares do ensino médio, os sistemas de ensino poderão reconhecer competências e firmar convênios com instituições de educação a distância com notório reconhecimento, mediante as seguintes formas de comprovação: (...) VI - cursos realizados por meio de educação a distância ou educação presencial mediada por tecnologias .

416 RAUCH, Daniel; SCHLEICHER, David; MASON, George. Like Uber, but for local governmental policy: the future of local regulation of the “sharing economy”. *George Mason Law & Economics Research*, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2549919>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Ademais, comprova que mesmo o Estado pode se valer de tais serviços compartilhados para racionalização de recursos materiais. De um lado, entes públicos podem ser consumidores desses serviços, como no uso de carros oferecidos por plataformas digitais, em vez de aquisição de frota que permanece a maior parte do tempo ociosa em estacionamentos. De outro lado, pode ainda atuar como fornecedor dos serviços dessa natureza, por meio da disponibilização de espaços públicos, como escolas, em horários que não afetem suas atividades regulares. Com isso, o Estado não só utiliza mais racionalmente os recursos disponíveis, como também recorre a forma inovadora de geração de receita pública.

O professor acredita, portanto, que o aproveitamento do tempo ocioso do patrimônio público e privado, associado à desagregação do consumo, representará ferramenta de efetivo combate ao problema de esgotamento material enfrentado pelas cidades. A proposta é simples, porém exige postura antifundacionalista e consequencialista dos agentes públicos frente às novas tecnologias. O exemplo mais recente e emblemático do modelo de gestão pública combatido por Daniel Rauch envolveu os aplicativos de transporte, que dependeram da edição da Lei federal nº 13.640/18 e de decisão do plenário da Suprema Corte⁴¹⁷ para que operassem com maior grau de estabilidade no país.

Não custa lembrar que a resistência se verifica também no restante do mundo. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça Superior de Buenos Aires teve de declarar a abusividade da conduta adotada pelo governo local, que retirou os aplicativos de transporte da rede mundial de computadores e proibiu que cartões de crédito reconhecessem compras de clientes nesse mercado⁴¹⁸. De outro lado, o Tribunal de Justiça da União Europeia (CJEU) concluiu que o serviço prestado por essas empresas não seria de mera platafor-

⁴¹⁷ O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma definitiva a questão, em 8.5.2019, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.054.110, com repercussão geral reconhecida, e da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Dessa feita, foram fixadas as seguintes teses: (i) A proibição ou restrição da atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência; e (ii) No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal na Lei nº 13.640/18 e pela Constituição Federal.

⁴¹⁸ Expediente nº 14483/2017, julgado em 18 de junho de 2018 pelo plenário do Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

ma digital, mas, sim, de transporte ordinário de passageiros⁴¹⁹. A decisão parece equivocada, na medida em que representa o olhar para o novo à luz de sistema regulatório não mais capaz de lidar com suas peculiaridades.

De todo modo, na linha da proposta do professor Daniel Rauch, a transição do modelo de Estado adversarial para outro, de comportamento cooperativo com as grandes plataformas digitais, parece realidade inescapável. As tecnologias disruptivas impõem profundas transformações de cultura e de comportamento social, e a efetivação de um determinismo “soft” dependerá da compreensão desse processo pelos agentes públicos. No caso específico da “sharing economy”, como se buscou delinear, é possível vislumbrar múltiplas e inéditas funcionalidades ao Estado aptas a redesenhar o problema da escassez material de recursos.

Não obstante, ainda que a “sharing economy” possibilite aproveitamento mais eficiente dos recursos disponíveis e ampliação da receita do Estado, é fato que sempre existirão demandas não assistidas. Esta é uma contingência da sociedade moderna, sobre a qual se debruçam economistas e, mais recentemente, juristas no estudo da economia da regulação⁴²⁰. Assim, a aplicação racional dos recursos é elementar, perpassando pela necessária redução da assimetria informacional existente entre Estado e as comunidades locais.

A rigor, esse é também um terreno fértil de cooperação entre agentes públicos e empresas que gerenciam novas tecnologias. De fato, o volume de informações e dados que os novos aplicativos detêm permitirá que muitas prestações positivas do Estado sejam realizadas com dimensionamento adequado das necessidades da coletividade. Ademais, os órgãos de controle – controladorias internas, tribunais de contas e Poder Judiciário – gozarão de parâmetros objetivos para exercício do juízo de proporcionalidade das medidas administrativas. A professora Ana Paula de Barcellos, em aprofun-

419 Tribunal de Justiça da União Europeia (CJEU). Judgment in Case C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL*.

420 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

dado estudo empírico acerca da efetividade de decisões judiciais em matéria de saneamento público, por exemplo, comprova que, em muitos casos, a falta de adequado monitoramento torna o título judicial inexecutável⁴²¹.

Não por outra razão, o arcabouço jurídico do direito à saúde no Brasil cita em diversas oportunidades a necessidade de fomento e aplicação de novas ferramentas tecnológicas pelo Poder Público. O Sistema Único de Saúde (SUS) tem, entre seus deveres constitucionais, o incremento do desenvolvimento científico, tecnológico e da inovação⁴²². Na legislação infraconstitucional, também é possível encontrar diversas referências ao papel central das novas tecnologias, especialmente nas disposições da Lei federal nº 8.080/90⁴²³.

O debate público acerca do saneamento, contudo, ainda é objeto de grande controvérsia e responde por uma das maiores deficiências de efetivação de políticas públicas do Brasil⁴²⁴. A Medida Provisória nº 868/2018, que veiculava novo Marco Legal do Saneamento Básico, trouxe diversas previsões de auxílio entre tecnologia e humanidade. De um lado, atualizava o rol dos princípios relacionados a este serviço público, com a reforma do disposto na

421 BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights, public law litigation, and inequality: a case study from Brazil. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, 2014.

422 Constituição Federal. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

423 Lei federal nº 8.080/90. Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): X – o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico. Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. Artigo 32, § 5º. As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão cofinanciadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras. Artigo 46. O Sistema Único de Saúde (SUS) estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

424 Segundo estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI), quase 60% das obras de infraestrutura paralisadas no país são de saneamento básico, as quais, contudo, refletem apenas 9% dos recursos totais dispendidos em projetos parados. É dizer que, em geral, são reformas de baixo custo e de pequena escala, que estão paralisadas na sua maior parte em virtude de "problemas técnicos". Sobre o tema: VELASCO, Clara. Quase 60% das obras de infraestrutura paralisadas no país são de saneamento básico, aponta estudo. *G1*, 10 set. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/10/quase-60percent-das-obras-de-infraestrutura-paralisadas-no-pais-sao-de-saneamento-basico-aponta-estudo.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2019.

Lei federal nº 11.445/07⁴²⁵. De outro lado, apostava na progressiva capacitação das agências reguladoras e de seus servidores, com alterações pontuais de seu regime jurídico no que tange ao aproveitamento dos recursos tecnológicos.

É bem verdade que o ato normativo não foi ratificado pelo Congresso Nacional, que atualmente se debruça sobre o Projeto de Lei nº 3.261/2019, oriundo do Senado Federal, de autoria do parlamentar Tasso Jereissati, e que se assemelha em muitos aspectos ao teor da medida provisória rejeitada. De todo modo, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo já reconhecem, nessa seara, a relevância do uso adequado e direcionado dos recursos tecnológicos fornecidos pelas plataformas digitais. Os meios e as bases em que isso se dará é que provoca eventuais divergências entre os atores políticos e sociais envolvidos.

De fato, a escolha racional dos meios e bases em que são instrumentalizados os recursos informacionais das plataformas digitais é extremamente sensível para o sucesso do processo de interpenetração entre público e privado. Exemplo recente no campo dos direitos fundamentais prestacionais⁴²⁶ se deu na relação desenvolvida entre aparelhos e aplicativos de geolocalização com governos locais. Nesse contexto, é possível verificar esforços conjuntos de municípios brasileiros e plataformas digitais no sentido de melhorar a qualidade do trânsito. Com efeito, as parcerias anunciadas por municípios brasileiros⁴²⁷ para acesso, em tempo real, a informações encaminhadas

425 O artigo 2º, da Lei federal nº 11.445/07, teria a redação de seu inciso VIII atualizada para expressar, como um dos princípios norteadores do serviço de saneamento básico, o “estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, consideradas a capacidade de pagamento dos usuários, a adoção de soluções graduais e progressivas e a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários”. A bem da verdade, o ato normativo não foi ratificado pelo Congresso Nacional, que atualmente se debruça sobre projeto de lei nº 3.261/2019, oriundo do Senado Federal, o qual traz em seu teor idêntica previsão.

426 Não se desconhece celeuma doutrinária acerca da extensão – e mesmo da existência – do rol de direitos fundamentais prestacionais no âmbito do direito constitucional. O autor opta, contudo, pela adoção do critério normativo, se amparando na literalidade do artigo 6º, da CRFB. Portanto, desde o advento da Emenda Constitucional nº 90/2015, o constituinte derivado houve por bem incluir o transporte no rol expresso de direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado.

427 Na página oficial da Prefeitura do Rio de Janeiro, é possível extrair as seguintes informações: “A parceria entre o Centro de Operações Rio e o Waze começou em 2013, com a troca de dados entre as duas partes. Há quatro anos, o COR recebe informações sobre acidentes, condições de trânsito e outras situações reportadas pelos usuários do Waze. Os dados são exibidos no Geoportal, software de gestão operacional do COR, em um mapa na sala de situação. Ao mesmo tempo, o Centro de Operações informa ao Waze sobre intervenções programadas na cidade para grandes eventos, obras e outros planejamentos de mobilidade. Nos dias das interdições, as rotas calculadas pelo aplicativo já levam em conta as modificações

pelos usuários de aplicativos de geolocalização, são propensas a permitir melhorias estruturais no acúmulo de trânsito⁴²⁸.

Assim, seja no plano prescritivo, seja no plano descritivo, é possível vislumbrar o avanço de um determinismo “soft” na relação entre agentes públicos e privados. A adequada concretização dos direitos fundamentais prestacionais no Brasil depende da superação – ou ao menos significativa redução – de seus problemas mais elementares, a saber, escassez de recursos e assimetria informacional. Portanto, na linha do que se defende no presente trabalho, as plataformas tecnológicas poderão fornecer ferramentas essenciais para que os direitos fundamentais prestacionais sejam dotados da efetividade que deles se espera.

4. Conclusão

O presente trabalho pretendeu avaliar que, assim como a revolução industrial e a gênese do capitalismo impuseram ao Estado papel de mediador entre partes desiguais – trabalhadores, consumidores e empresários –, a revolução informacional e a gênese do dataísmo exigirão dos agentes públicos semelhante esforço de equilíbrio entre usuários e plataformas digitais. Nesse contexto, o Direito Administrativo precisará superar, em definitivo, o paradigma da bipolaridade, atuando em conjunto com esses novos agentes privados para a efetivação dos direitos fundamentais, observados parâmetros de consensualidade, de participação social e de justificação racional de escolhas públicas.

Com efeito, a reformulação dos papéis do Estado na era digital poderá tornar sem sentido a distinção entre direitos fundamentais de defesa e promocionais no futuro. Os direitos fundamentais de defesa,

viárias. Em 2014, o uso dos dados do Waze pelo COR foi destaque na criação da W10, rede internacional composta pelas cidades/regiões do mundo que utilizam o aplicativo de trânsito mais usado do planeta como fonte de informações aos cidadãos. Além do Waze, o COR tem parcerias com os aplicativos Moovit (que calcula rotas usando o transporte público) e 99Táxi (serviço de táxis)” (PREFEITURA DO RIO. Busca avançada. Disponível em: <<http://prefeitura.rio/web/guest/exibeconteudo?id=6993721>>. Acesso em: 21 set. 2019).

⁴²⁸ As funcionalidades decorrentes da associação entre plataformas digitais e autoridades locais ainda se encontram em processo de expansão e descoberta. No município do Rio de Janeiro, por exemplo, foi editada polêmica Lei nº 6.469/2019, que obriga aparelhos e aplicativos de geolocalização, como o Waze e o Google Maps, a oferecer alertas sonoros e notificações aos usuários em caso de proximidade de áreas em que há altos índices de violência urbana. A base de dados para efetivar esse sistema terá informações colhidas junto à Secretaria de Segurança Pública ou a órgãos e entidades públicas e privadas que estudam o assunto.

pensados como mecanismo de resistência ao Estado, passarão cada vez mais a depender de sua atuação positiva – e não mais autocontida – para serem respeitados plenamente. Por seu turno, os direitos fundamentais prestacionais, antes vislumbrados como espaço de atuação preferencial do Estado, são catalisados e aperfeiçoados cada vez mais pelas plataformas digitais, impondo maior autorrestricção aos agentes públicos. A rigor, a classificação entre direitos fundamentais de defesa e prestacionais, adotada por parte significativa da doutrina constitucional pátria, parece refletir reminiscência do paradigma bipolar do direito administrativo que, repito, precisará ser superado.

Por sua vez, a convergência dos papéis desempenhados pelo Estado diante de direitos fundamentais de defesa e prestacionais é uma contingência do descolamento do paradigma bipolar do direito administrativo, e da conseqüente interpenetração entre público e privado, que – acredito – será acelerada com o avanço da era digital. É preciso, portanto, que a burocracia estatal compreenda suas novas funcionalidades e formas de atuação. A efetivação dos direitos fundamentais, e a superação de seus novos e antigos gargalos, dependerá de um Estado consciente de sua missão constitucional nos tempos atuais. Aqui, em feliz síntese da professora Patrícia Baptista, “se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa⁴²⁹”.

Sob a perspectiva do que se defendeu no presente trabalho, parece inadequado afirmar que o debate acadêmico contemporâneo sobre o tema giraria acriticamente em torno de *modelo analógico de democracia, que emite fortes sinais de ter chegado a seu limite de funcionalidade*. A rigor, é preciso reforçar que ideias e consensos sociais mínimos importam e precisam ser objeto de constante vigilância pelo Estado e pela sociedade civil. Assim, entender o progresso tecnológico como fenômeno alheio aos anseios da humanidade refletiria, muito provavelmente, o sacrifício de valores

429 “De fato, no cenário jurídico contemporâneo, em que se percebe a importância da burocracia para concretizar as promessas e valores da Constituição, a expressão pode ser invertida para que se possa pontuar que ‘se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa’. Nesse novo sentido, uma burocracia alheia à identidade constitucional promove uma sensação de verdadeira ‘impermeabilidade’, não apenas frustrando o sentimento de cidadania na sociedade, como também a própria implementação de um autêntico Estado democrático de Direito. Em uma democracia, não é suficiente que as estruturas institucionais representem valores democráticos. As práticas administrativas devem estar imbuidas de tais valores, sob o risco de se oferecer uma ‘embalagem democrática esvaziada de conteúdo’ para os cidadãos.” (BAPTISTA, Patrícia; CAPPECHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1948, 2016.)

éticos caros à sociedade, aproximando o Estado Democrático de Direito de um modelo de determinismo puro.

Do mesmo modo, também é preciso reforçar que instituições importam: repensar o desenho institucional do Estado, de modo a permitir o máximo aproveitamento das novas tecnologias em favor dos direitos fundamentais e da coletividade, é o grande desafio dos estudiosos do Direito Administrativo. Nesse contexto, de acordo com as pretensões deste trabalho, é possível concluir que *a tentativa de contenção do processo de mudança evidentemente não é o caminho, até porque seria como tentar aparar o vento com as mãos*. Ao contrário, o que se defende é justamente a acomodação das inovações disruptivas com os meios social, econômico e político, pautada nos valores do Estado moderno e do Direito.

Com efeito, afastar-se de tais premissas é deixar de acreditar no potencial transformador do próprio Direito. É dizer que, entre o fatalismo tecnológico de Sergio Abranches e o determinismo "soft" manifestado pelo ministro Luís Roberto Barroso, no paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP, prefiro o segundo, que estimula o debate ao constante aperfeiçoamento institucional. Diante das incertezas do novo tempo, o Direito Administrativo precisa de estudiosos comprometidos com a ressignificação do papel do Estado, e sem medo do experimentalismo necessário à consolidação de novas soluções para os problemas enfrentados pela humanidade.

5. Referências Bibliográficas

- ABRANCHES, Sergio. *A era do imprevisto: a grande transição do século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- ARGENTINA. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Expediente nº 14483/2017. DJ: 18/06/2018.
- BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *UC Davis Law Review*, n. 615. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3038939>>. Acesso em: 10 set. 2019.
- BAPTISTA, Patrícia; CAPPECHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n 4, p. 1938-1960, 2016.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 257, 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights, public law litigation, and inequality: a case study from Brazil. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n 2, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução digital, crise da democracia e aquecimento global: limites do Direito em um mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.660.168-RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Relator p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 8/5/2018. DJe: 5/6/2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.343 Relator: Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux. DJ: 1/9/2011. DJe: 6/12/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.054.110-SP. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. DJ: 8/5/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 8/5/2019.
- CADOT, Julien. Lesbienne: Google a enfin modifié son algorithm. *Numerama*, 18 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.numerama.com/politique/534430-google-a-enfin-modifie-son-algorithme-pour-la-requete-lesbienne.html>>. Acesso em: 27 ago. 2019.
- CJEU. C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LECHER, Collin. How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for “productivity”. *The Verge*, 25 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>>. Acesso em: 30 set. 2019.
- LIMA JUNIOR, João Manoel de. *O regime jurídico da autorregulação: um estudo sobre os limites da juridicidade do estabelecimento de regras e fiscalização*

dos mercados financeiro e de capitais por pessoas jurídicas de direito privado. Rio de Janeiro, UERJ – Faculdade de Direito, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 17, n. 69, 2017.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PREFEITURA DO RIO. Busca avançada. Disponível em: <<http://prefeitura.rio/web/guest/exibeconteudo?id=6993721>>. Acesso em: 21 set. 2019

RAUCH, Daniel; SCHLEICHER, David; MASON, George. Like Uber, but for local governmental policy: the future of local regulation of the “sharing economy”. *George Mason Law & Economics Research*, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2549919>>. Acesso em: 11 set. 2019.

RISSE, Mathias. Human rights and artificial intelligence: an urgently needed agenda. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-16, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

THIERER, Adam. The pacing problem, the collingridge dilemma & technological determinism. *The Technology Liberation Front*, 16 ago. 2018. Disponível em: <<https://techliberation.com/2018/08/16/the-pacing-problem-the-collingridge-dilemma-technological-determinism>>. Acesso em: 1º set. 2019.

TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VELASCO, Clara. Quase 60% das obras de infraestrutura paralisadas no país são de saneamento básico, aponta estudo. *G1*, 10 set. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/10/quase-60percent-das-obras-de-infraestrutura-paralisadas-no-pais-sao-de-saneamento-basico-aponta-estudo.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2019.

13

Maria Eduarda Kormann

Inovação Disruptiva e Regulação: Em Busca de uma Caixa de Ferramentas

Inovação Disruptiva e Regulação: Em Busca de uma Caixa de Ferramentas

Maria Eduarda Kormann⁴³⁰

Resumo

O presente trabalho versa sobre os pontos de contato entre inovações disruptivas e regulação, buscando demonstrar como o equilíbrio sistêmico almejado pela regulação e os esquemas regulatórios vigentes são afetados quando do surgimento de inovações disruptivas no setor em questão. A partir deste diagnóstico e à luz do quadro constitucional que impõe ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, sem olvidar da premissa contemporânea de que a segurança decorre da certeza da mutabilidade, busca-se identificar possíveis caminhos para conciliar a regulação com as inovações disruptivas, propondo-se, ao final, uma incipiente caixa de ferramentas para regulação de inovações disruptivas.

Palavras-chave: inovação disruptiva; regulação; equilíbrio sistêmico; caixa de ferramentas.

1. Introdução

Uber, AirBnB, Whatsapp, Netflix, Bitcoin, NuBank: nos últimos anos, novos produtos e formas de prestação de serviços desestabilizaram mercados há muito estabelecidos e chacoalharam o equilíbrio sistêmico então vigente nos setores de transportes, hotelaria, telefonia, comunicações, bancário e financeiro.

As insurgências dos atores já estabelecidos tementes à “concorrência desleal”, as constantes intervenções estatais, a multiplicidade e a inconstância de regulações, reguladores e controladores, bem como os benefícios auferidos pelos consumidores, fizeram eclodir manifestações⁴³¹ e alçaram aos holofotes a problemática da regulação de novas tecnologias, especialmente aquelas de caráter disruptivo.

Ocorre que usualmente estes novos produtos, serviços ou softwares não se enquadram nos quadros normativos regulatórios

preexistentes, apesar de suas atividades inserissem-se no espectro temático/competência de órgãos ou entidades reguladoras⁴³².

Assim, na medida em que estas inovações se popularizam e afetam o funcionamento do mercado antes consolidado, riscos e benefícios não antecipados são revelados, aumenta a insegurança jurídica e crescem as demandas por respostas por parte das autoridades reguladoras. O fenômeno vem sendo chamado de *disrupção regulatória*⁴³³.

A resistência ao novo e as pressões dos atores já consolidados somam-se aos desafios dos reguladores e muitas vezes os motivam a sair da inércia de modo atabalhado para proteção de interesses de determinados grupos mesmo que sob justificativas nebulosas⁴³⁴.

Não obstante, é preciso considerar que o fenômeno das inovações disruptivas não é novo, o que há de inédito hoje decorre da velocidade e do volume dos eventos disruptivos, ou seja, de sua profusão e concentração⁴³⁵. Exemplos mais tradicionais de situações disruptivas passam pelo telefone de Bell, pela imprensa, pelo icônico Ford T, além da câmera Kodak e da própria internet, sem falar dos softwares que, há décadas, dão causa a intensos debates no âmbito médico/sanitário. As novas plataformas digitais de economia colaborativa, sistemas de streaming e moedas digitais apenas se somam aos exemplos históricos.

Diante desse cenário e das previsões de ainda maior intensificação do ritmo de inovações a surgir nos próximos anos, notadamente

432 Ilustra bem esta situação o debate desenvolvido na Comissão de Turismo acerca dos impactos da economia colaborativa e os desafios regulatórios daí decorrentes. Mais em: SANTIN, Jane. Comissão de turismo debate os impactos da economia colaborativa. *Camara dos Deputados*, 9 dez. 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ctur/noticias/comissao-de-turismo-debate-os-impactos-da-economia-colaborativa>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

433 CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014. p. 183. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=btlj>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

434 Interessantes reflexões sobre o tema e sobre o papel do judiciário em ajustar os caminhos da regulação são encontradas em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STJ Nº 939 (06 a 10 de maio de 2019). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo939.htm#Lei%20municipal%20e%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20transporte%20remunerado%20individual%20de%20pessoas%20E2%80%93202>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

435 JOICHI, Ito. HOWE, Jeff. *Disrupção e inovação: como sobreviver ao futuro incerto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018. p. 15-16.

com os avanços da inteligência artificial e internet das coisas, os reguladores vêm se deparando com os questionamentos de por que, quando, com que intensidade e como regular com cada vez mais frequência, tendo de rever constantemente as diretrizes e normativas vigentes. A questão que se coloca é: como preservar e incentivar a inovação, assegurar a livre concorrência, a segurança do usuário e o respeito às liberdades e direitos individuais neste contexto?

À luz de experiências pretéritas e especulações futuras, o presente trabalho versa sobre estes desafios, ainda que de maneira brevíssima, tratando da articulação entre disrupção e regulação, buscando viabilizar a ampliação do debate e divulgação do que pode vir a ser empregado como ferramental para a regulação de inovações disruptivas. Não há aqui a pretensão de encontrar uma única solução definitiva e abrangente, mas apenas a de identificar possíveis ferramentas e caminhos a serem trilhados.

Para tanto, inicialmente são apresentadas as noções adotadas quanto à regulação e seus objetivos, discorrendo-se na sequência acerca da ideia de inovações disruptivas e seu impacto em sistemas regulados, para que, ao final, se demonstrem possíveis caminhos para a regulação de inovações de caráter disruptivo com breves notas reflexivas.

2. Regulação e a Busca pelo Equilíbrio Sistêmico

A atuação do Estado enquanto agente regulador da economia é fenômeno amplamente estudado tanto no âmbito jurídico, quanto econômico⁴³⁶. Os fundamentos, as formas e os limites impostos a esta intervenção estatal no domínio econômico, entretanto, variam ao longo do tempo, de acordo com as ideias vigentes a cada época acerca das atribuições e fins do Estado, o que ocorre em movimento pendular⁴³⁷, alternando-se períodos em que se admite maior ou menor intervenção por parte do Estado.

⁴³⁶ FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 297-324, jul./dez. 2009.

⁴³⁷ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada - o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

Isto porque “a relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas⁴³⁸”. Cuida-se de relação em que há mútua ingerência e limitação, na medida em que o direito se presta a limitar e direcionar a atividade econômica, mormente via regulação, e a atividade econômica, por sua vez, influencia a edição e aplicação das normas jurídicas, por vezes fazendo emergir as situações disruptivas.

Para ilustrar esta relação de dialeticidade entre Estado e economia, é salutar lembrar que, enquanto na concepção liberal de Estado a intervenção estatal admitida era mínima e visava somente à garantia do próprio liberalismo, justificando-se pela correção de falhas técnicas de mercado e não por preocupações sociais⁴³⁹, no modelo do Estado Social, admite-se a ampla intervenção estatal, na medida em que responsabilidades sociais são assumidas pelo Estado, que passa a ser visto como garantidor de direitos sociais e empresário substituto⁴⁴⁰.

Contemporaneamente, de outra parte, percebemos um movimento que aproxima o Estado da ideia de “regulador”. Neste contexto, o Estado busca diminuir sua atuação como proprietário e empresário, delegando aos particulares a satisfação das necessidades individuais e coletivas por meio do exercício de atividades econômicas, ao mesmo tempo em que mantém para si a função reguladora, editando normas, fiscalizando e sancionando a atuação dos privados⁴⁴¹.

Este movimento se deve em muito à complexidade da realidade contemporânea que impõe a constante modificação normativa ao ponto de poder-se considerar que “é a mutabilidade que garante a estabilidade e a segurança jurídicas⁴⁴²”. Assim, como a regulação permite dispor de meios mais dinâmicos e de maior grau de especialização, vem se mostrando mais adequada aos tempos vigentes.

Com esta forma de atuação, o Estado objetiva orientar a ação dos particulares para que possam ser alcançados os objetivos cons-

438 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

439 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 52.

440 TAVARES, op. cit., p. 57.

441 MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da união europeia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 1, p. 227-248, 2003. p. 239.

442 MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviço público e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 25, p. 101-117, 2009. p. 104.

titucionalmente traçados, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do desenvolvimento nacional, sem olvidar de fazê-lo em observância aos fundamentos da República⁴⁴³, notadamente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Afinal, “mercados livres demandam mais regras e maiores responsabilidades públicas. Mercados mais fortes exigem Estados ainda mais fortes⁴⁴⁴”.

Assim, o papel do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica é hoje positivado constitucionalmente e engloba as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, com a particularidade de que este será somente indicativo para o setor privado⁴⁴⁵. Esta atuação deve observância aos já citados fundamentos e objetivos da República, bem como à ordem econômica que é também fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com vistas a assegurar a todos existência digna, observados princípios como a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Neste panorama, portanto, a intervenção estatal via regulação não se justifica somente para correção das falhas de mercado, como a formação de oligopólios e monopólios, as assimetrias de informação, as externalidades e os bens públicos. Justifica-se a intervenção estatal igualmente para a promoção de direitos fundamentais e de valores sociais e culturais, em prol da inclusão de grupos minoritários e excluídos, assim como da proteção de interesses transgeracionais (como o direito ao meio ambiente), e ainda para a correção de falhas de escolha⁴⁴⁶.

A fim de viabilizar esta atuação, o Estado vem criando entes reguladores independentes e especializados, norteados pela atuação pelo princípio da eficiência, buscando, com isto, harmonizar os vários interesses envolvidos, aí englobados os interesses do agente econômico privado e do setor econômico a ser regulado, bem como

443 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º e 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

444 MOREIRA, 2009, p. 112.

445 CRFB/1988, Art. 174.

446 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659>>. Acesso em: 10 nov. 2017. p. 140.

os interesses sociais, notadamente, o do consumidor⁴⁴⁷, o que deve sempre ser feito com ampla participação popular.

Isto porque o *timing* do processo legislativo tradicional tem se mostrado incompatível com a velocidade demandada pelos sistemas econômicos e sociais, além de resultar em diplomas marcados pela falha de conhecimento e assimetria informacional⁴⁴⁸, ao passo que “a função reguladora representa a busca por equilíbrio e regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade⁴⁴⁹”.

Em verdade, a atividade regulatória:

i) permite a adequação aos níveis de especialização exigidos por cada setor da economia (cada subsistema); ii) enseja mais dinamismo e agilidade na função normativa, permitindo uma resposta do sistema regulatório mais ágil do que a resposta possível no âmbito do ordenamento estatal. iii) favorece uma maior integração entre os sistemas, uma vez que o engate entre eles não se dá pelo vértice de cada sistema, e sim pela articulação no ambiente do próprio subsistema regulado (onde interagem os atores econômicos, sociais, estatais e os distintos interesses de cada qual); iv) favorece as mediações técnicas àquelas de matiz exclusivamente política, sem deixar de reconhecer naquelas um forte conteúdo de arbitragem de interesses⁴⁵⁰.

Assim, tendo em mente que o Estado depende dos indivíduos para cumprir seu papel e só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos cidadãos⁴⁵¹, bem como que a

447 SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 153-185, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50738/49536>>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 168.

448 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009. p. 30.

449 GUERRA, Sérgio. Regulação estatal e novas tecnologias. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016. p. 205.

450 MARQUES NETO, 2009, p. 33.

451 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSATIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 409.

relação entre o Estado e a economia é das mais complexas, assim como as implicações com temas como a liberdade individual e, mais genericamente, com o modelo de constituição adotado⁴⁵², o que se propõe é a análise dos desafios impostos à regulação com a consequente identificação de possíveis ferramentas para regular inovações disruptivas, lembrando sempre que, ao passo que tais inovações exigem dos reguladores o repensar de suas abordagens, também os rememoram de sua habilidade de influir no desenvolvimento técnico sociológico ao fazê-lo⁴⁵³.

Tendo em mente, portanto, que a regulação não pode ignorar a realidade por mais que esta pareça inacreditável, inexplicável ou desproporcional⁴⁵⁴, cumpre verificar o que se entende por inovações disruptivas e de que maneira estas situações levam ao desequilíbrio sistêmico para que, na sequência, possam ser buscadas formas de conciliar disrupção e regulação.

3. Inovação Disruptiva e Desequilíbrio

A ideia de tecnologias disruptivas foi introduzida há mais de vinte anos para designar tecnologias que se aproveitam dos recursos já disponíveis e os organizam de maneira distinta, viabilizando a simplificação/modificação do uso, maior acessibilidade e menores custos. A expressão acabou sendo alterada ao longo dos anos, passando a locução inovação disruptiva a referir-se àquelas tecnologias que se sobrepõem e alteram substancialmente o funcionamento de determinado mercado, afetando os *players* estabelecidos e, por vezes, substituindo-os integralmente⁴⁵⁵.

Exemplos notáveis de inovações disruptivas ao longo da história incluem a câmera Kodak, o telefone de Bell, automóveis como o Ford T, computadores pessoais, celulares e a própria internet. As recentes plataformas de economia colaborativa, contudo, foram as

452 TAVARES, op. cit., p. 45.

453 MOSES, Lyria Bennet. How to think about law, regulation and technology: problems with "technology" as a regulatory target law. NSW Law Research, p. 1-19, 12 jul. 2014. p. 9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2464750>. Acesso em: 20 nov. 2019.

454 MOREIRA, 2009, p. 104.

455 CORTEZ, op. cit., p. 182-183.

principais responsáveis pelo alvoroço regulatório, judicial e midiático dos últimos anos.

De toda forma, independentemente do exemplo a ser utilizado, importa ter em mente que as inovações disruptivas “incorporam padrões e esquemas novos de atuação, provocando o desarranjo dos esquemas de produção e regulatórios vigentes⁴⁵⁶”.

Em outras palavras:

fala-se de tecnologia e/ou inovação disruptivas, querendo significar não a melhora do que já existe nem algo de inédito, mas, sim, a utilização da tecnologia já presente em diferentes modelos de negócios, dantes não imaginados pelos criadores originais. As tecnologias disruptivas tendem a criar peculiares cenários de rompimento no curso dos processos econômicos (os quais chamarei de situações disruptivas). No mais das vezes, são fenômenos que se prolongam no tempo, a conviver com os modelos de negócios originalmente implementados, rompendo a sua lógica. Não se trata de simples ruptura acumulada com a imediata substituição, mas, sim, de situações paralelas que exploram concomitantemente as mesmas tecnologias, sob perspectivas diversas, seja para melhorar os preços, seja para aprimorar os produtos, seja para ambos os efeitos⁴⁵⁷.

A ideia de desequilíbrio, portanto, é inerente à noção de disrupção. Assim, como não poderia deixar de ser, quando inovações disruptivas afetam sistemas regulados da economia acabam por ocasionar o desbalanceamento destes nichos econômicos, gerando o que se tem chamado de disrupção regulatória⁴⁵⁸.

O fenômeno tem lugar quando a inovação rompe com o quadro regulatório então vigente, seja porque insere-se em feixes não

456 MOSES, op. cit., p. 131.

457 MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 223.

458 CORTEZ, op. cit., p. 177.

abrangidos pelo desenho regulatório prévio formulado para um cenário distinto implicando em diferenças entre os regimes aplicáveis aos novos entrantes e aos antigos *players* com consequentes atritos, seja porque a situação disruptiva faz com que as disposições prévias atinentes à regulação da tecnologia preexistente e afetada pelo fenômeno torne-se obsoleta, implicando em desconexão entre regulação e tecnologia⁴⁵⁹. Afinal, como o próprio nome indica, situações disruptivas “quebram, rompem, fraturam o que já existia e, dentro da mesma perspectiva negocial-tecnológica, criam soluções mais baratas e/ou mais sofisticadas⁴⁶⁰”.

Assim, quando do surgimento de inovações com potencial disruptivo, a primeira pergunta que se coloca aos reguladores é a que busca identificar como a novidade se encaixa ao quadro normativo regulatório existente⁴⁶¹ para só então, acaso constatada a disrupção regulatória dar-se início aos questionamentos quanto à necessidade de adaptações ou edição de novas regulamentações a serem aplicadas à inovação em questão e, em caso positivo, seguir com as definições acerca de quando, como e com que intensidade fazê-lo.

Dentre os problemas enfrentados pelos reguladores para concretização destas tarefas podem ser destacados a necessidade de buscar o reestabelecimento da conexão regulatória, já que o arcabouço normativo preexistente deve ser harmonizado com o contexto fático imposto pela nova tecnologia, bem como o problema de andamento que demanda o esforço de acompanhamento pelo aparato estatal do rápido ritmo da evolução tecnológica em mercados caracterizados por uma alta velocidade de mutação, além do chamado dilema de Collingridge, que cuida da problemática de identificação do momento de maior eficiência para promover a reconexão regulatória (isto é, a acomodação da inovação às normas regulatórias vigentes ou criação de nova regulação específica, ou ainda adaptação de norma

459 MOSES, op. cit., p. 6.

460 MOREIRA, 2018, p. 228.

461 MOSES, op. cit., p. 17.

preexistente⁴⁶²): assim que a disrupção acontece ou quando o novo arranjo estiver estabelecido em algum grau⁴⁶³.

Cotidianamente, o que se tem verificado, dado que as inovações disruptivas convivem com os modelos de negócios já estabelecidos, é a instauração inicial de uma disputa de mercado entre fornecedores das novas economias e agentes já regulados a resultar em uma verdadeira batalha regulatória. “De um lado, os agentes já estabelecidos passam a buscar a regulamentação e a paridade de custos com os novos players. Estes, por sua vez, tentam manter sua atividade longe dos custos pesados da economia tradicional”⁴⁶⁴ e, assim, a interação com os ambientes regulatórios e políticos se intensifica, demandando respostas por parte das autoridades.

Nesta etapa, uma das principais dificuldades tem sido o processo de reconhecimento das diferenças intrínsecas entre os dois negócios jurídicos – disruptivo e tradicional. É o caso, por exemplo, da Lei Complementar nº 99, de 18/12/2017, do Município de Caldas Novas/GO, por meio da qual o regulador passou a exigir dos anfitriões AirBnB licenciamento e alvará de funcionamento, além de prever a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação entre locador e locatário, confundindo um negócio de locação de imóvel com atividade empresarial pelo simples fato de ser a locação negociada em plataforma digital.

Ao agir deste modo, garantindo suposta igualdade entre hotéis e locatários, o que se verifica, em verdade, é que a legislação municipal em comento equiparou situações intrinsecamente distintas, gerando obstáculos irracionais ao funcionamento da plataforma digital AirBnB⁴⁶⁵.

462 BRUZZI, Eduardo. Disrupção regulatória e inovação tecnológica. *JOTA*, 31 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/disrupcao-regulatoria-e-inovacao-tecnologica-31082019>>. Acesso em: 14 set. 2019.

463 BAPTISTA, op. cit., p. 138-139.

464 GALVÃO, Eduardo. Disrupção e regulação. *InfoMoney*. 11 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/pensando-politica/post/6879545/disrupcao-regulacao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

465 CARVALHO, Vinicius Marques de. Regulação e concorrência em tempos de disrupção. *JOTA*, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/regulacao-e-concorrencia-em-tempos-de-disrupcao-23102018>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Situações como esta é que denotam a eminente necessidade de conciliar os processos disruptivos com as ferramentas regulatórias, afinal, a regulação contemporânea exige convivência aberta com o novo, sensibilidade técnica quanto à necessidade de mutação jurídica, rapidez nas soluções e certeza de sua precariedade, aqui entendida como premissa para acolhimento do futuro que não para de chegar⁴⁶⁶.

4. Regulando Inovações Disruptivas: Possíveis Caminhos para uma Caixa de Ferramentas

Num primeiro momento, de modo intuitivo, a tendência geral é de que a regulação seja percebida como um obstáculo indesejável a ser evitado ou contornado pelas inovações disruptivas. Não obstante, os próprios agentes desenvolvedores de novas tecnologias, produtos ou serviços com potencial disruptivo vêm reconhecendo a necessidade e a importância da regulação, endossando a demanda regulatória de situações disruptivas.

A percepção corrente por parte dos agentes envolvidos em mercados disruptivos é de que “não basta estar à frente de seu tempo e lançar um produto ou serviço revolucionário. É preciso estar à frente também no que diz respeito à segurança jurídica e regulação de sua atividade⁴⁶⁷”.

Nesse sentido, tem-se notado a insuficiência de se cuidar somente da atividade econômica ou do desenvolvimento tecnológico, sendo o monitoramento do ambiente regulatório uma das necessidades atuais das empresas disruptivas⁴⁶⁸.

Esse sentimento e percepção é explicitado pelos desenvolvedores de tecnologias com potencial disruptivo. Caso ilustrativo é o que vem ocorrendo com o setor automotivo: enquanto a tecnologia está suficientemente desenvolvida para o lançamento de carros

466 MOREIRA, 2009, p. 112.

467 OLIVEIRA, Camila; RIBEIRO, Raphael José. Disrupção e (auto)regulação. *Augment*, 18 out. 2017. Disponível em <<https://portalaugment.com.br/artigos/disrupcao-e-autoregulacao/>>. Acesso: 20 nov. 2019.

468 GALVÃO, op. cit.

autônomos de nível 3, as montadoras externam preocupações relevantes com a estrutura regulatória⁴⁶⁹.

Mike Ramsey⁴⁷⁰, analista do grupo de pesquisa Gartner, chegou mesmo a declarar, no decorrer da última CES (Consumer Electronics Show), que “a estrutura regulatória é um problema que precisa de muito mais esclarecimentos do que qualquer dos sistemas”, destacando a necessidade de clareza quanto às fronteiras legais.

Preocupações como esta decorrem de riscos não antecipados quando do desenvolvimento tecnológico, bem como de intervenções regulatórias de teor proibitivo que puderam ser verificadas em alguns seguimentos (vide exemplo da Lei do Município de Caldas Novas acima).

No caso específico dos carros autônomos, um evento trágico foi o gatilho: a morte de uma pedestre em um acidente envolvendo carro autônomo da Uber, em março de 2018, e que disparou o alerta e atraiu a atenção das autoridades reguladoras e da sociedade como um todo, ampliando o debate sobre os perigos e as possibilidades de responsabilização decorrente da utilização de carros autônomos.

Fatos como este têm levado parte destes agentes a perceber que, talvez, a melhor maneira de lidar com essa batalha regulatória seja a manutenção de um monitoramento contínuo dos regulamentos e reguladores em torno do seu negócio, bem como das políticas públicas aplicáveis⁴⁷¹.

Há, em suma, uma demanda por regulação mesmo por parte de quem está por trás dos serviços disruptivos, como o são as novas plataformas digitais de economia colaborativa. Isto porque “a regulação, além do reconhecimento, traz segurança jurídica para que as atividades se desenvolvam sob o amparo do direito⁴⁷²”.

469 WATERS, Richard. Montadoras reduzem entusiasmo com carros autoguiados durante a CES. *Folha de São Paulo*, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/01/montadoras-reduzem-entusiasmo-com-carros-autonomos.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsfolha>. Acesso em: 20 nov. 2019.

470 Ibid.

471 GALVÃO, op. cit.

472 BAPTISTA, op. cit., p. 158.

Afinal, é preciso que as companhias que atuam em áreas disruptivas garantam uma mínima zona de segurança para os usuários que se utilizam dos serviços oferecidos ou, ao menos, os cientifiquem dos riscos envolvidos em sua utilização⁴⁷³.

Porém, resta a questão: como conciliar os discursos, objetivos e expectativas de reguladores, atores do mercado, consumidores e demais envolvidos em prol de um novo equilíbrio sistêmico (ainda que precário e passageiro) e promover, assim, maior segurança jurídica?

Inicialmente, percebe-se a necessidade de viabilização de uma arena de diálogo contínuo e constante entre aqueles que desenvolvem, aqueles que detêm, os que utilizam e os que regulam os produtos, serviços e tecnologias inovadoras com potencial disruptivo. É preciso ter em mente que:

O debate sobre ideias disruptivas deve passar pela regulação e pelos reguladores. Afinal, um dos maiores testes para as empresas disruptivas é equalizar o frescor do novo modo de investir e fazer negócios com o ímpeto do poder político em regular, muitas vezes instigado por setores já estabelecidos na economia⁴⁷⁴.

Para viabilizar este debate, um dos pontos de partida demanda o reconhecimento da complexidade das intersecções entre direito, regulação, tecnologia e sociedade, em detrimento de uma abordagem isolacionista que foque exclusivamente na tecnologia e suas peculiaridades como alvo regulatório⁴⁷⁵.

Num momento inicial, uma das saídas é a adoção voluntária de mecanismos de autorregulação por parte das empresas de inovação disruptiva a fim de que possam afirmar seu compromisso com a qualidade e segurança de seus produtos e serviços por meio da estipulação de parâmetros internos e normas setoriais voluntárias voltadas à proteção do usuário, visando, com isto, ocupar lacunas regulatórias e viabilizar a utilização da inovação ao minimizar a insegurança a ela atrelada⁴⁷⁶.

473 OLIVEIRA, op. cit.

474 GALVÃO, op. cit.

475 MOSES, op. cit., p. 2.

476 OLIVEIRA, op. cit.

Ainda nesta perspectiva, tais companhias podem fixar seus próprios parâmetros de serviços e publicizar sua posição institucional sobre temas relevantes, como proteção aos dados de usuários, ressarcimento em caso de danos e integridade⁴⁷⁷.

De outra parte, sobre a postura a ser adotada pelos reguladores, ainda não há consenso: há quem recomende o emprego de uma regulação *soft* a ser efetivada por meio de ameaças por parte dos agentes reguladores e há quem entenda pela adequação de uma regulação mais consistente, ainda que realizada de modo experimental, testando-se regras, alcance e mesmo prazos para as normativas estabelecidas para calibragem e alcance de uma regulação ótima, além do aperfeiçoamento decorrente da judicialização de demandas que podem guiar o regulador⁴⁷⁸.

5. Considerações Finais

O que resta claro é que o desafio da regulação e de sua conexão com a realidade diante das inovações – disruptivas ou não – é um desafio contínuo que demanda mecanismos que viabilizem a adaptação à mudança de circunstâncias, já que a inovação e a alteração do cenário técnico sociológico são inevitáveis e nunca cessarão de impor desafios.

Nesse sentido, revela-se de extrema importância o pensar e repensar dos valores que se pretendem preservar, como a garantia da segurança ao usuário e do respeito às liberdades fundamentais da sociedade, por exemplo, e a investigação de mecanismos que permitam conciliar a proteção almejada com os riscos advindos de realidades antes não imaginadas.

Em suma, é preciso pensar como regular para proteger valores e minimizar riscos em um cenário técnico sociológico em constante mutação e não somente buscar respostas acerca de como regular uma tecnologia em específico.

Pode-se dizer que “o maior desafio ao regulador das novas tecnologias disruptivas será a adoção de um desenho regulatório capaz de

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ CORTEZ, op. cit., p. 227.

conjugar ferramentas de regulação forte e fraca que permitam a adaptação e o aprendizado diante de uma realidade veloz e mutável⁴⁷⁹”.

Afinal, “na atualidade, para ser estável e perene, é necessário ser mutável. A regulação normativa não tem o atributo de prever o futuro, nem tampouco de o submeter ao Direito. Por isso que a certeza da mudança é uma premissa da segurança⁴⁸⁰”.

Assim, este singelo trabalho busca contribuir para futuras reflexões acerca da temática, propondo ferramentas incipientes que poderão ser úteis para guiar reguladores contemporâneos e alargar o debate quanto às diretrizes para adaptação da regulação frente à disrupção de cada dia. Resta, por fim, constatar que “a construção, desconstrução e reconstrução do Direito a ser aplicado é uma tarefa contínua, incessante e, por isso mesmo, árdua⁴⁸¹”.

6. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659>>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º e 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.
- BRUZZI, Eduardo. Disrupção regulatória e inovação tecnológica. *JOTA*, 31 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/disrupcao-regulatoria-e-inovacao-tecnologica-31082019>>. Acesso em: 14 set. 2019.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. Regulação e concorrência em tempos de disrupção. *JOTA*, 23 out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/regulacao-e-concorrenca-em-tempos-de-disrupcao-23102018>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=btlj>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

479 BAPTISTA, op. cit.

480 MOREIRA, 2009, p. 110.

481 Ibid., p. 117.

- FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 297-324, jul./dez. 2009.
- GALVÃO, Eduardo. Disrupção e regulação. *InfoMoney*. 11 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/pensando-politica/post/6879545/disrupcao-regulacao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- GUERRA, Sérgio. Regulação estatal e novas tecnologias. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- JOICHI, Ito. HOWE, Jeff. *Disrupção e inovação: como sobreviver ao futuro incerto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSATIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviço público e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 25, p. 101-117, 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da união europeia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 1, p. 227-248, 2003.
- MOSES, Lyria Bennet. How to think about law, regulation and technology: problems with “technology” as a regulatory target law. NSW Law Research, p. 1-19, 12 jul. 2014. p. 9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2464750>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- OLIVEIRA, Camila; RIBEIRO, Raphael José. Disrupção e (auto)regulação. *Augment*, 18 out. 2017. Disponível em <<https://portalaugment.com.br/artigos/disrupcao-e-autoregulacao/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- SANTIN, Jane. Comissão de turismo debate os impactos da economia colaborativa. *Camara dos Deputados*, 9 dez. 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ctur/noticias/comissao-de-turismo-debate-os-impactos-da-economia-colaborativa>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Uma análise do aspecto regulador do Estado brasileiro à luz do papel das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 153-185, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50738/49536>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STJ N° 939 (06 a 10 de maio de 2019). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo939.htm#Lei%20municipal%20e%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20transporte%20remunerado%20individual%20de%20pessoas%20%E2%80%93%202>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VETTORAZZO, Lucas. Taxistas fazem manifestação contra o Uber no Rio. *Folha de São Paulo*, 1 abr. 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1756341-taxistas-fazem-manifestacao-contra-o-uber-no-rio.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

WATERS, Richard. Montadoras reduzem entusiasmo com carros autoguiados durante a CES. *Folha de São Paulo*, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/01/montadoras-reduzem-entusiasmo-com-carros-autonomos.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsfolha>. Acesso em: 20 nov. 2019.

14

Pedro Sutter Simões

**Notas sobre
Concentração
Econômica e
Fundamentos do
Constitucionalismo
Democrático**

Notas sobre Concentração Econômica e Fundamentos do Constitucionalismo Democrático

Pedro Sutter Simões⁴⁸²

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto pelo princípio da justiça⁴⁸³.

1. Introdução: uma Breve Narrativa sobre Desigualdade, Pobreza e Concentração Econômica

Nas últimas duas décadas do século XIX, os países ricos do mundo viveram anos de profunda contradição nos seus estratos sociais. Os Estados Unidos servem como boa ilustração. Superada a Guerra Civil, o país passava uma era dourada: um inequívoco progresso econômico o alçava ao posto de maior economia industrial do mundo. O crescimento dos lucros refletia no aumento dos índices absolutos de desenvolvimento social. Em meio ao entusiasmo pelo novo, profundas mudanças aconteceram no estilo de vida americano, com o desenvolvimento tecnológico influenciando inovações nos mais diversos setores produtivos.

Por outro lado, os mesmos anos que enriqueceram o setor industrial e financeiro americano foram marcados pelo contraste entre concentração elevada de renda e extrema pobreza. Com o crescimento econômico e tecnológico, as cidades passaram a abrigar uma quantidade sem precedentes de pessoas em situação de miséria⁴⁸⁴. Um por cento dos americanos mais ricos chegaram a acumular 51% de toda a riqueza produzida no país, ao passo que aos 44% mais pobres cabiam 1,2%⁴⁸⁵. Já nesses anos, era corrente o debate sobre a perda do caráter republicano que marcara o discurso constitucional

⁴⁸² Advogado público, graduado na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, mestrando em Direito Público, na Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

⁴⁸³ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 410.

⁴⁸⁴ RIIS, Jacob A. *How the other half lives*. 1890.

⁴⁸⁵ FRASER, Steve. *The age of acquiescence: the life and death of american resistance to organized wealth and power*. EUA: Little, Brown and Company: 2015. p. 66.

no país até então: industrialistas começaram a usar sua influência e fazer lobby com representantes, sendo compreendidos como os verdadeiros *chefes do Senado*⁴⁸⁶. A literatura, sempre capaz das mais perspicazes críticas sociais, deu contribuição crucial aos contornos deste período. Em célebre sátira, Mark Twain e Charles Dudley jogaram luzes críticas sobre a opulência de uma classe super rica, que, ao importar valores da aristocracia europeia, vivia em mansões palacianas, se locomovia com carruagens deslumbrantes e contava com uma legião de criados⁴⁸⁷. Sua obra, *Gilded Age, a Tale of Today*, metáforiza os Estados Unidos como uma espécie de bijuteria folheada a ouro: por trás de uma fina, dourada e enganosa camada de pujança econômica, existia uma volumosa quantidade de aço escuro, com pouco valor agregado, no qual se reproduziam seríssimos problemas sociais. A expressão *Gilded Age* – ou *Era Dourada*, para fins deste artigo – ganhou contornos pejorativos desde então, sendo utilizada na cultura americana para descrever um momento de excessos materialistas combinados com pobreza extrema.

A despeito da *Era Dourada* ter durado até meados do século XX, o estudo concluiu que, após as Guerras Mundiais⁴⁸⁸, os níveis de desigualdade econômica nos países ocidentais desenvolvidos sofreram drástica redução, associado a uma agenda de políticas públicas com claro cunho social. Esta fase retratou a compressão da desigualdade, que se efetivou até os anos 1970, chegando ao estágio de maior homogeneidade já documentada entre os estratos sociais⁴⁸⁹. Em 1960, o 1% mais rico acumulava 11,5% da riqueza na França, e 12,6% nos Estados Unidos. Por outro lado, grande parte da riqueza nacional desses países passou a ser alocada entre

486 Neste sentido, notabilizaram-se charges publicadas pela *Puck Magazine*. No caso da charge mencionada, sua publicação se deu em 1899, e se encontra disponível em: YAHOO NEWS. Parade of satire: Puck magazine Easter illustrations from cartooning's Gilded Age. Disponível em: <<https://news.yahoo.com/parade-satire-puck-magazine-easter-slideshow-wp-160607608/photo-p-puck-easter-l-m-photo-160607329.html>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

487 DUDLEY, Charles; TWAIN, Mark. *The Gilded Age*. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/3178/3178-h/3178-h.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

488 Ponto fulcral para compreender a desigualdade no Século XX, afirma Piketty, é que não há nada de espontâneo neste processo. As Guerras Mundiais ocasionaram esta mudança em razão da destruição de riqueza ocorrida entre os anos de 1914 e 1945, mas a tendência da economia de mercado segue sendo, em condições normais, a concentração econômica. PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 234.

489 Ibid., p. 265-295.

as camadas mais modestas da sociedade, abrindo margem para o surgimento de uma classe média enriquecida. No mesmo ano, a fatia acumulada pelos 40% no meio do estrato social era de 44% da riqueza nacional em ambos os países⁴⁹⁰.

Este momento de fortes influxos distributivos no campo econômico reverberou nas instituições jurídicas dos países desenvolvidos. O direito constitucional nas sociais-democracias passou por profundas transformações, assumindo um modelo no qual o direito se perfaz conferindo foco ao ser humano e na sua posição dentro do mundo⁴⁹¹. Neste momento, desenvolveram-se muitos dos institutos jurídicos que o Brasil se inspirou, anos depois, para cuidar da redistribuição de riqueza em sede da Constituição Federal de 1988. De um lado, instalou-se nos ordenamentos constitucionais um sistema capaz de conferir maior efetividade aos direitos promotores de justiça redistributiva. Principalmente nos ordenamentos jurídicos europeus, evoluíram direitos trabalhistas, sociais e econômicos⁴⁹². De outro, foi introduzida no interior das constituições social-democratas uma *casa de máquinas* que almejava a construção de uma sociedade economicamente mais igualitária, por meio da efetivação de políticas públicas com finalidades redistributivas. Foram os anos de expansão da seguridade social e dos serviços públicos, das políticas de tributação progressiva, e mesmo da atuação do Estado na condição de empresário.

É este modelo constitucional, vigente tanto no Brasil pós-1988 quanto na maior parte dos países desenvolvidos, que se choca, desde a década de 1970, com profundas limitações fiscais, capazes de limitar a plena eficácia dos direitos prestacionais. Foram crescentes

490 Dados obtidos no sítio eletrônico: WORLD INEQUALITY DATABASE. Home. Disponível em: <<https://wid.world/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

491 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 67. O autor europeu traça uma dualidade entre direitos derivados do jusnaturalismo racionalista e outros derivados do católico-cristão. Os primeiros dizem respeito a “direitos de liberdade”, e os segundos aos “direitos de justiça”. Sobre o processo ocorrido no pós-Guerras, o autor narra, em citação direta, que “(...) las nociones de dignidade humana y persona humana - nociones que no pertenecen a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristano católico - que se encuentran enunciadas em muchas constituciones u em varias declaraciones internacionales de derechos a modo de eje sobre el que gira toda la concepción actual del derecho y de los derechos, expresan um concepto objetivo derivado de uma determinada visión del hombre u de su posición em el mundo”.

492 Sobre a evolução dos direitos na Europa, ver MARSHALL, T.H. *Cidadania e classe social*. In: *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

as críticas associadas a um movimento econômico liberalizante⁴⁹³, que buscavam enxugar o tamanho do Estado Social e reduzir a regulação sobre diversos setores da economia. Este modelo estatal temperou-se, numa perspectiva que advogava o *trade off* entre equidade e eficiência econômica. Os influxos distributivos abandonaram a preocupação com a concentração de renda, restringindo-se essencialmente à pobreza extrema⁴⁹⁴.

De fato, desde então, grande parte das mazelas sociais atingiram os índices mais baixos já catalogados:⁴⁹⁵ a fome parece estar no caminho para a erradicação em muitas partes do mundo⁴⁹⁶, e é possível observar o aumento no poder de compra para adquirir bens e serviços que, até alguns anos, teriam sua fruição impensável. No século XXI, as externalidades de uma economia pujante e global parecem trazer benefícios que trouxeram melhoria de vida para pessoas mais pobres. Estudos bem-intencionados afirmam categoricamente: nunca se viveu tão bem no mundo como hoje em dia⁴⁹⁷.

No entanto, o crescimento econômico escorado na evolução tecnológica, capaz de garantir a vitória de muitos cidadãos pelo mundo na luta contra a pobreza, não tem sido acompanhado de uma alocação isonômica da riqueza. Com reformas econômicas, a tendência igualitária não se manteve nos países ricos do mundo ocidental. A trajetória de concentração de riqueza voltou a galopar ao final do século XX, de modo que o 1% mais rico nos Estados Unidos em 2000 já chegava a deter 18,3% da riqueza nacional⁴⁹⁸.

493 Sobre críticas liberalizantes ao Estado Social do pós-Guerras que induziram à guinada política, econômica e ideológica a partir da década de 1970, ver FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Londres; Chicago: The University of Chicago Press, 2002; e KRISTOL, Irving. *About equality*. *Commentary*, p. 41-47, nov. 1972.

494 SOUZA, Pedro Ferreira de. *Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013*. São Paulo: Hucitec, 2018.

495 Este diagnóstico não quer dizer que a pobreza tenha sido erradicada no mundo. Na verdade, em algumas regiões, como é o caso da África Subsaariana, os índices de pobreza extrema apresentam tendência de crescimento. Neste sentido, ver DEUTSCHE WELLE BRASIL. Banco Mundial: Pobreza extrema ainda preocupa em África. 17 out. 2018. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/banco-mundial-pobreza-extrema-ainda-preocupa-em-C3%Alfrica/a-45924718>>. Disponível em: 20 jan. 2020.

496 WORLD BANK. *SDG Atlas 2017: Zero hunger: end hunger, achieve food security and improved nutrition, and promote sustainable agriculture*. Disponível em: <<http://datatopics.worldbank.org/sdgateas/archive/2017/SDG-02-zero-hunger.html>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

497 ROSER, Max. The short history of global living conditions and why it matters that we know it. In: DICKOVICK, J. Tyler; EASTWOOD, Jonathan (Edit.). *Current Debates in Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

498 Dados obtidos em: WORLD INEQUALITY DATABASE, op. cit.

O panorama de contínua dispersão entre os estratos sociais deu a tônica nos países ricos nos últimos 20 anos. Em 2014, o índice chegou a 20,2% nos Estados Unidos, e a 13% no Reino Unido⁴⁹⁹. Segundo dados assustadores produzidos pela OXFAM, em 2015, os 62 indivíduos mais ricos do mundo possuem a mesma riqueza da metade mais pobre da população mundial⁵⁰⁰. Não por acaso, este processo reintroduziu a discussão sobre a possibilidade de estarmos vivendo uma segunda *Era Dourada*⁵⁰¹. Diante da aceleração da concentração econômica, economistas e cientistas sociais têm investido na questão, aprimorando métodos de pesquisas e dados sobre a evolução econômica. Os resultados são preocupantes, e apontam para o agravamento, ao longo deste século, dos índices de concentração de riqueza⁵⁰².

O mesmo método de pesquisa alcançou o Brasil nos últimos anos. Intensa produção acadêmica narra que, ao longo do século XX, vivemos em meio a alto grau de desigualdade, cuja característica mais marcante e visível é precisamente a concentração de riqueza em uma pequena fração da população⁵⁰³. Em suma, observou-se durante este período que a concentração econômica flutuou entre níveis altíssimos, de modo que a fração do centésimo mais rico permaneceu num patamar muito alto, entre 20 e 25%⁵⁰⁴, na maior parte do período. Já em 2015, o 1% mais rico no Brasil acumulava 28,3% da riqueza nacional⁵⁰⁵, índice este muito maior que o observado nos países desenvolvidos.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi promulgada com a proposta de um

499 Ibid.

500 OXFAM BRASIL. Relatório 2018. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

501 Ver, por exemplo: HUYSEN, David. We won't get out of the Second Gilded Age the way we got out of the first. *Vox*, 1 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.vox.com/first-person/2019/4/1/18286084/gilded-age-income-inequality-robber-baron>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

502 Verdadeira escola de desigualdade tem se desenvolvido a partir de estudos pioneiros realizados nos Estados Unidos e na Europa, por economistas como Thomas Piketty, Emanuel Saez. Para um panorama dos Estados Unidos no Século XXI, ver PIKETTY, op. cit., p. 244.

503 Em livro publicado por Pedro Ferreira de Souza, foi produzida pela primeira vez uma série histórica sobre a renda dos diferentes estratos sociais no país, abrangendo um período que vai de 1926 até 2013. SOUZA, op. cit., p. 24.

504 Ibid., p. 222.

505 Dados obtidos em: WORLD INEQUALITY DATABASE, op. cit.

projeto de origem social-democrata, modificada desde então por uma série de reformas liberalizantes pelas quais o Brasil passou nas décadas seguintes. Sua marca é um forte caráter compromissório, que dá posição central à noção de dignidade humana, buscando a efetivação de direitos prestacionais e interesses redistributivos em meio a uma sociedade profundamente desigual. Nas próximas páginas, serão ensaiadas algumas das implicações deste fenômeno socioeconômico em um ordenamento democrático-constitucional.

2. Assentando Ideias: Análise Econômica do Direito, Classes, Falhas de Mercado e *Status* Relativo

O trabalho aqui desenvolvido possui intensa relação com a economia. A despeito da economia poder ser persuasiva quanto ao pretensão fornecimento de respostas certas, questão fundamental para o manuseio de análises econômicas no campo jurídico é o reconhecimento nelas de um caráter não científico⁵⁰⁶. Neste campo, ao evocar institutos econômicos, um jurista precisa reconhecer o aspecto valorativo na eleição dos aspectos que utilizará em seu raciocínio. Em comum, diferentes doutrinas econômicas buscam por uma forma preferencial de alocar recursos, o que ocorre em boa medida na disputa pelo funcionamento de instituições jurídicas no caso concreto. Neste cenário, os dados e as construções econômicas relacionadas à concentração de renda não só podem, como devem ser inseridas no debate jurídico, ao mesmo tempo que se reconheça por trás delas um objetivo socioeconômico.

Abordagem relevante é conferida pela professora Susan Rose-Ackerman, que desenvolve uma proposta de *análise econômica do direito progressiva*. Aqui, é criticada a forma com que os juristas deixaram de participar das análises político-econômicas que influenciavam as principais ideias sobre reforma do estado administrativo, e, em oposição, afirma-se o papel central do estudo de interseção

506 PARGENDLER, Mariana; SALAMA Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 131, jan./abr. 2013. Propagam-se doutrinas econômicas, das quais, além de diagnósticos pretensamente "científicos", faz parte a filosofia ética e a partir dos quais são elaborados um conjunto de proposições. Segundo os autores, "(...) [a]o contrário do que possa parecer, os problemas da doutrina jurídica como não ciência são comuns àqueles observáveis na doutrina econômica. O ponto é sutil e talvez contraintuitivo, porque é bastante comum pensar-se na economia como ciência e no direito como dogma".

entre direito e economia para o Estado Social existente nos países democráticos ocidentais. A partir deste diagnóstico, a autora defende uma integração que combine a análise realista fornecida pelos estudos econômicos com a proposição institucional que a técnica jurídica desenvolve⁵⁰⁷.

Para tratar do tema da concentração de riqueza nas sociedades, é preciso estudar uma *classe* composta pelos seus integrantes mais ricos. A pesquisa histórico-econômica especializada costuma personificar este conjunto de indivíduos como o décimo ou centésimo mais rico do estrato social. Neste ponto, o artigo buscará partir do mesmo recorte. Ao mesmo tempo, será adotado um modelo tripartite sobre os estratos sociais. É usual distinguir a distribuição de riqueza entre os mais ricos; uma classe média, e um terceiro grupo efetivamente mais pobre⁵⁰⁸.

A história da riqueza pode ser entendida como a mesma do décimo ou centésimo mais ricos. Estabelecendo bases empíricas confiáveis para a construção de um debate público sincero, Thomas Piketty buscou demonstrar que a desigualdade não é um acidente ou uma imperfeição do mercado, mas, sim, gestada a partir de uma contradição central do capitalismo. Num cenário em que a taxa de retorno médio do capital ao longo da história é superior à taxa de crescimento da economia, a riqueza acumulada no passado cresce mais rapidamente que a produtividade e os salários⁵⁰⁹. Em suma, é observada uma tendência⁵¹⁰ da economia de mercado, pela qual suas forças convergem na direção do retorno a um *capitalismo patrimonial*. Heranças vultuosas assumem papel fundamental na

507 ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. In *Yale Law Journal*, v. 98, n. 2, p. 341-368, 1998. p. 368.

508 Pedro Fernandes de Souza constrói um histórico sobre a forma com que se desenvolveu a descrição da sociedade em classes. A sistemática tripartite não foi sempre a forma mais utilizada, competindo usualmente com a leitura polarizada da constituição. Neste sentido, ver SOUZA, op. cit., p. 20.

509 BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1252-1313, set./dez. 2019.

510 Este artigo tem a pretensão de construir uma análise jurídica baseada nas conclusões alcançadas pela pesquisa econômica sobre a concentração de riqueza nas sociedades constitucional-democráticas, de modo que não buscaremos adentrar rigorosamente no desenvolvimento da metodologia empregada. Para uma leitura aprofundada sobre a disparidade da relação entre as taxas de retorno médio do capital e a taxa de crescimento da economia, ver PIKETTY, op. cit., p. 163-195 e 233-264. Ao longo do texto, será abordada com maior detalhamento a ideia central, assim como outras mais particulares desta obra.

economia, transparecendo uma narrativa histórica em que sociedades baseadas na economia de mercado tendem a concentrar cada vez mais riqueza nos setores mais ricos.

Esta narrativa tem como ponto de partida um retrato de extrema concentração de riqueza dentro das sociedades ocidentais, cuja tendência é o agravamento. A contínua acumulação, afirmam estudos econômicos, também não leva necessariamente a ganhos mercadológicos⁵¹¹. Joseph Stiglitz⁵¹² tem associado uma série de aspectos do comportamento exarado pelos mais ricos à ideia de *rentismo* (*rent seeking*). A *renda* está associada à remuneração de grupos pelo simples fato de possuir o capital, independentemente do trabalho⁵¹³, e pode ser constituída por aluguéis, juros, dividendos, lucros, royalties, valores mobiliários ou diversas outras categorias jurídicas. Baseado nesta ideia de gerar riqueza sem necessariamente trabalhar, o autor associa condutas rentistas às *falhas de mercado*, resultantes no desalinhamento entre os retornos privados e os benefícios sociais oriundos de determinado setor da economia. A falha ocorre quando um grupo, cujos incentivos privados se diferenciam do retorno social esperado, amplia seus ganhos às expensas dos demais cidadãos, por meio da exploração de outras esferas da vida em sociedade, influenciadas pelo poder econômico. A chave para o sucesso destes grupos em uma economia de mercado seria garantir a inexistência de competitividade, ou, pelo menos, tempo suficiente para promover um monopólio que a inviabilize.

O *capitalismo patrimonial* que se desenvolve nas economias ocidentais é indesejável para quem objetiva viver em uma ordem econômica livre, eficiente e inclusiva. Ele traz contornos graves ao sistema econômico, por distorcer as demais esferas sociais, assim como pilares da economia de mercado. Grupos extremamente ricos por vezes tendem a *bypassar* ou moldar as instituições jurídico-políticas em seu favor, de modo que surge o dever dos governos em temperar excessos. O poder público deve ter papel central na correção das falhas de mercado, de modo a garantir a existência de

511 STIGLITZ, Joseph E. Inequality is holding back the recovery. In: Johnston, David Cay (Org.). *Divided: the perils of our growing inequality*. Nova York: The New Press, 2015. p. 44-49.

512 STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*. New York: Norton, 2013. p. 48-64.

513 PIKETTY, op. cit., p. 411-412.

um sistema econômico próspero e justo – mesmo que estas intervenções jamais sejam perfeitas⁵¹⁴. A atuação distributiva do Estado pode funcionar como espécie de contrabalanceamento à tendência dos mercados que objetivam produzir resultados eficientes, especialmente quando existem limitações orçamentárias⁵¹⁵.

Evidentemente, não se busca aqui afirmar um determinismo no comportamento humano. A discussão sobre falhas de mercado não pressupõe que todo agente econômico extremamente rico, ao buscar tão somente lucros pessoais, se valerá do poder econômico para distorcer as demais esferas sociais. Seria possível argumentar, com base em tais dados, que pleitos contrários a extrema riqueza são, no fundo, reflexos de um ressentimento por parte de pessoas que não conseguiram alcançar tal *status* econômico⁵¹⁶.

Todavia, esta posição parece não se confirmar na realidade brasileira. *Primeiro*, a discussão quanto à manutenção de estruturas econômicas que concentram renda há gerações fazem ainda mais sentido em nosso ordenamento jurídico. A importância da herança é maior na América Latina e no Brasil: 47% dos bilionários pátrios são herdeiros⁵¹⁷. *Segundo*, a construção da maior parte das fortunas nesta geração não constitui um fator impeditivo à organização de grupos de interesse que moldam os mercados e o sistema político por meio de seu poder econômico, incidindo assim em comportamentos rentistas. Apesar de a economia capitalista

514 STIGLITZ, 2013, p. 48-64.

515 STIGLITZ, Joseph E. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. In: BALLEISEN, D; MOSS, D. (Eds.). *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 6.

516 O economista laureado com o Nobel de Economia, James Heckman, por exemplo, afirma que, superada a garantia de uma vida digna para todos numa sociedade, não importaria que uns ganhem muito, e muitos ganhem pouco. Neste sentido, ver MENA, Fernanda. Pré-distribuir habilidades é melhor jeito de reduzir desigualdade, diz Nobel de Economia. *Folha de São Paulo*, 29 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/07/pre-distribuir-habilidades-e-melhor-jeito-de-reduzir-desigualdade-diz-nobel-de-economia.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020. Também, merece nota a discussão promovida no programa de Mestrado da UERJ com o professor Luis Roberto Barroso, que defendeu posição parecida à de Heckman. Afirmar que a maioria dos bilionários construíram sua fortuna pode parecer, a primeira vista, um poderoso argumento contra qualquer tentativa de traçar uma tendência concentradora de riqueza numa sociedade de mercado. Estudos demonstram que, atualmente, a maior parte dos bilionários construíram as próprias fortunas, tendo apenas 30% destes herdado valores tão vultuosos. Isso é considerável menos do que há duas décadas, quando as heranças correspondiam a uma parcela maior do dinheiro.

517 FREUND, Caroline; OLIVER, Sarah. The Origins of the Superrich: The Billionaire Characteristics Database. *Working Paper*, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.piie.com/publications/wp/wp16-1.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

tender à concentração de riqueza, existem fatores históricos capazes de expandir a desigualdade. *Terceiro*, estudos demonstram que, apesar do aumento do número de novos bilionários, isso não significa que aqueles que já eram ricos não tenham ficado ainda mais endinheirados. Cerca de 20% do aumento da riqueza nas mãos de bilionários no período se deve ao enriquecimento de quem já fazia parte do grupo⁵¹⁸.

Estas distorções, que se originam no topo da pirâmide, são notadas também nos diferentes setores sociais. Mesmo que o desenvolvimento econômico venha levando à acentuada diminuição de pobreza, a desigualdade econômica possui aspectos distintos, que podem se manifestar dentro negativamente em diferentes setores da sociedade. Em pesquisa realizada por Michael Norton e Dan Ariely, entrevistados acreditavam que o quinto mais rico nos Estados Unidos detinha, no máximo, 59% da riqueza nacional. A perspectiva mostrou-se bastante otimista, eis que o valor acumulado por esta fatia do estrato social é, hoje em dia, de 84%⁵¹⁹.

São comuns ilusões positivas deste tipo de sentimento geral sobre desigualdade, e a econômica comportamental vem apresentando conclusões que implicam diretamente no estudo sobre concentração econômica. Keith Payne procura demonstrar que boa parte da resposta dada à desigualdade é moldada pela necessidade dos indivíduos em ocupar um *status* que as permitam se sentir confortáveis. Crer que a concentração econômica é consideravelmente menor nos países que vivem faz com que pessoas de classe média e pobres se coloquem em uma situação de maior vantagem do que caso reconhecessem os abismos sociais que representam as verdadeiras medidas de desigualdade econômica nos países aqui documentados. Extrai-se, assim, que a desigualdade não se constrói apenas pela questão monetária, mas também pelo comportamento espelhado nas outras pessoas⁵²⁰.

518 Ibid.

519 ARIELY, Dan; Norton, Michael. Building a better america - one wealth quintile at a time". *Perspectives on Psychological Science*, p. 10, 2011. Disponível em: <<http://www.people.hbs.edu/mnorton/norton%20ariely%20in%20press.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

520 PAYNE, Keith. *The broken ladder: how inequality affects the way we think, live, and die*. Nova York: Viking, 2017. p. 29.

A percepção sobre riqueza e pobreza são sempre relativas no tempo e no espaço, e isso inclui o fato de que pessoas realizam comparações sociais entre demais, até mesmo sem perceber objetivamente este tipo de atitude. Gary Becker aponta que a economia não deve observar os indivíduos apenas tomando como critério uma perspectiva individualista, ancorada no lucro, já que as pessoas buscam maximizar o bem-estar *na forma que elas o percebem*⁵²¹. O julgamento acerca da própria posição social nunca é dissociado da comparação relativa, e nossa noção de valor jamais está ligada à situação daqueles à nossa volta.

Entre uma pessoa muito rica, uma de classe média e uma extremamente pobre, tudo lhes é oferecido de forma diferente. Indivíduos em ordens econômicas muito desiguais são afetados de maneiras que transcendem o seu acesso a bens de consumo. A excessiva concentração de riqueza, mesmo que nem sempre implique no empobrecimento de um estrato social, permite a existência de abismos sociais que afetam diretamente o reconhecimento do *status* dos indivíduos – mesmo que estes só percebam isso inconscientemente⁵²². A insegurança raramente é associada a altos níveis de desigualdade econômica, mas constitui uma marca da atual classe média, num contexto de incompreensão sobre o futuro, que influencia de forma decisiva na efetividade dos projetos constitucionais igualitários pelo mundo.

3. Concentração Econômica e o Projeto Constitucional-Redistributivo Brasileiro

Em narrativa metafórica, Lawrence Lessig idealiza um país em que, a despeito da vigência de um regime democrático representativo, existiriam duas eleições⁵²³. Na primeira, teriam direito ao voto apenas uma fração da sociedade escolhida aleatoriamente: os *Lesters*. Este grupo seria determinante para o sucesso de qualquer candidato, já que, para poder concorrer na segunda eleição,

521 BECKER, Gary. The Economic Way of Looking at Life. *Law & Economics Working Paper*, n. 12, 1993.

522 PAYNE, op. cit., p. 50.

523 LESSIG, Lawrence. Institutional Corruptions. *Edmond J. Safra Research Lab Working Papers*, n. 1, Harvard University, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2233582>. Acesso em: 20 jan. 2020.

o potencial representante deveria se sair extremamente bem na primeira. Aqui, está desenhada uma democracia constitucional em que (i) a *influência decisiva* do cidadão comum é baixa, dependendo preliminarmente da decisão tomada apenas pelos *Lesters*; (ii) há incentivos para a transferência de poder aos *Lesters*, e (iii) legisladores dependem de dois tipos distintos de público, tendo em vista as duas etapas do processo democrático. Os *Lesters* seriam um grupo hipotético, com prerrogativas análogas ao das pessoas extremamente ricas, que servem como atores ativos no processo político dos Estados Unidos. Na verdade, a situação seria ainda pior, eis que o poder financeiro no processo eleitoral americano representa uma classe específica, com interesses específicos e identificáveis.

Para Lessig, tal modelo demonstra a *corrupção institucional*⁵²⁴ do processo democrático nos Estados Unidos, em que os dois sustentáculos da representação política americana entram em conflito – de um lado, o *dinheiro*, e de outro, o *povo*. Neste cenário, fica prejudicado o pressuposto republicano de se considerar cada indivíduo singularmente. O autor fala em corrupção, mas isso pode ser também entendido como a captura da Constituição de determinado país por um pequeno grupo afluente, que limita e molda as decisões públicas em seu favor. Haveria, portanto, um processo de *oligarquização constitucional*.

A *oligarquização* constitui uma contradição fulcral nos sistemas jurídicos construídos nos países ocidentais, e especificamente conflita com as bases do constitucionalismo brasileiro. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto tratam do percurso de abandono de uma noção meramente liberal-burguesa de constituição, pela qual se compreendia a igualdade a partir de uma perspectiva meramente formal, e cujo arcabouço se voltava à preocupação com direitos individuais e limitação a limitação do poder. O modelo, como era de se esperar, inviabilizava a intervenção redistributiva na esfera econômica, impedindo que se alterassem as relações de poder daquela sociedade. Além disso, em nada buscava-se interferir na opressão que marca as relações privadas, nem que isso significasse atenuar a pobreza ou rendas improdutivas. Um modelo

524 Ibid.

destes, além de negativo no aspecto político-econômico, opõe-se ao projeto constitucional redistributivo que permeia o ordenamento jurídico brasileiro. Em seu lugar, passaram a vigorar constituições com claro cunho social, nas quais, apesar de não renegar os elementos positivos do liberalismo, buscava-se a conciliação com os valores de justiça social e bem-estar coletivo⁵²⁵.

Em linha similar, é possível afirmar que, além das tradições liberais, outro lado do constitucionalismo democrático é o florescimento de demandas pelo robustecimento do republicanismo, que tem como condição a ampla participação no processo governamental, decorrente da emergência de uma cidadania verdadeiramente ativa⁵²⁶. Aqui, associa-se também a noção de desenvolvimento sustentável, com uma conotação positiva, especialmente em países marcados pela forte desigualdade social e falta de acesso de grande parte da população a serviços básicos. Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis afirmam que a Constituição brasileira tem a pretensão de pôr em prática o governo republicano nela desenhado, numa proposta de conciliação entre as perspectivas liberal e social. Para eles, daí surgiu uma constituição *aspiracional*, cuja relação com o desenvolvimento impõe uma noção substantiva de justiça, mediante o desenvolvimento e a transformação econômico-social, e articula meios para garantir a expansão do bem-estar coletivo. Constituições deste tipo funcionam como *pontos de partida* e não de chegada, já que dependem do jogo político e da constante presença dos atores sociais, que podem pressionar as autoridades estatais a implementar os programas constitucionais⁵²⁷.

Na esteira do constitucionalismo social, desenvolveu-se, no sistema jurídico brasileiro, a doutrina da efetividade, que procurava incutir um potencial emancipatório na Constituição Federal de 1988. Nela, identifica-se, de um lado, uma dimensão *garantística*, associada à perspectiva liberal, que consagra liberdades e garantias

525 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 80-81.

526 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

527 VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51-54.

individuais. De outro, há uma faceta *dirigente*, a partir da qual se estabelece um amplo rol de direitos sociais, trabalhistas e econômicos, associados a uma série de normas voltadas para a formulação um projeto de futuro igualitarista⁵²⁸. Sobre este segundo ponto, foi implantada na Constituição brasileira uma verdadeira *casa de máquinas* objetivando a implementação de interesses coletivos de cunho redistributivos⁵²⁹. O combate às desigualdades sociais tem sua efetivação prevista em uma série de *cláusulas redistributivas* do texto constitucional, e deve ser levado a sério em meio a um discurso de efetividade.

Este objetivo igualitário pode ser identificado tanto por meio de normas principiológicas quanto por estas *cláusulas redistributivas* em sentido estrito, que tomam a forma de *programas constitucionais*.

Na primeira categoria, destaco, sem pretensão de exaurir as possibilidades, (i) o art. 3º, inciso II, que inclui no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil não só a erradicação da pobreza e da marginalização, mas também “reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e (ii) o art. 170, VII, que estabelece, como princípio da ordem econômica brasileira, a “redução das desigualdades regionais e sociais”. Neste ponto, parecem existir excelentes razões para argumentar que a noção de isonomia, segundo a Constituição Federal, não passa apenas pelo tratamento igualitário perante a lei ou a erradicação da pobreza extrema – valores estes que parecem estar se consolidando na prática jurídico-política brasileira. Normas abertas como estas têm o condão de promover um debate mais profundo sobre as diferentes noções de desigualdades sociais, que diz respeito também à concentração econômica nos setores extremamente ricos da sociedade.

Prosseguindo, a Constituição Federal estabelece *programas* com a pretensão de interferir diretamente em diversos setores da economia e da vida privada, objetivando dar concretude ao projeto social-redistributivo instaurado pelo ordenamento jurídico em 1988. São exemplos destas *cláusulas redistributivas*, (i) o capítulo relativo

528 SARMENTO, op. cit., p. 198.

529 Neste ponto, ver ALEXY, Robert. Individual Rights and Collective Goods. In: NINO, Carlos Santiago (Ed.). *Rights: International Library of Essays in Law and Legal Theory*. New York: New York University Press, 1992. pp. 169-174.

à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, que, dentre outras funções, atribui competência à União para “desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária” (art. 184); (ii) o capítulo relativo à política urbana, que consagra hipóteses de usucapião, instituto jurídico que permite aos indivíduos adquirir originariamente a propriedade de imóveis, sejam rurais ou urbanos, após percorrido prazo ininterrupto e sem oposição (artigos 183 e 191); e (iii) o capítulo relativo à seguridade social, que deve ser financiada “por toda a sociedade, de forma direta e indireta” (art. 195). Estes três institutos ilustram a vasta pretensão redistributiva do direito constitucional brasileiro, que merece um estudo mais aprofundado.

Sociedades cujos recursos econômicos se encontram concentrados numa pequena elite são fundamentalmente incompatíveis com uma forma republicana de governo, e serão apresentados dois cenários que apontam para transformações no constitucionalismo que baseia tais ordenamentos jurídicos⁵³⁰.

3.1 A Constituição Oligarquizada

No país alegórico de *Lesterland*, a invasão das “distinções de berço” no sistema político é considerada uma forma de corrupção, tamanha a distorção que a conduta é capaz de trazer às bases do republicanismo fundador da constituição americana. Lessig se ampara no *Federalista 52* de Madison, que afirmava a dependência dos representantes eleitos em face de cada um de seus eleitores⁵³¹.

530 SITARAMAN, Ganesh. Economic Inequality and Constitutional Democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford Univ. Press, 2018. O autor também fala, em outros efeitos, da extrema desigualdade econômica que ameaçam o sistema democrático. Um destes é a impossibilidade de uma vida razoável diante da opressão privada, num mundo em que o poder econômico é capaz de ditar questões essenciais à vida das pessoas comuns. Situações extremas teriam sido vistas ao longo da história, como é o caso da escravidão e da servidão nas sociedades feudais. Tais formas de opressão são vistas por autores republicanistas como uma modalidade evidente de tirania, configurando arranjos econômicos incompatíveis com o constitucionalismo democrático. Nos dias de hoje, o processo de precarização de trabalhos pode ser visto como porta de entrada relevante para o domínio econômico. Sociedades cuja riqueza é extremamente concentrada vêm oferecendo postos de trabalho sem uma margem de proteção que seria considerada mínima há alguns anos. Sobre a questão, é preocupante a relação que pessoas de classe média-baixa têm com aplicativos de economia compartilhada, como *Uber* e *Ifood*. Também, ver ANDERSON, Elizabeth. *Private government: how employers rule our lives*. EUA: Princeton University Press, 2017.

531 LESSIG, op. cit.

No Brasil, em que pese ter o Supremo Tribunal Federal proibido recentemente a doação de empresas privadas em campanhas eleitorais⁵³², a captura pelo poder econômico do funcionamento das constituições ainda ocorre, e vai na contramão do que o constituinte planejou que fosse realizado no período de redemocratização do país, ao consagrar um constitucionalismo econômico compromissório – ou seja, atento à liberdade econômica, mas também à promoção da justiça social⁵³³. O constitucionalismo brasileiro ainda procura conferir mais efetividade a estas *cláusulas*, seja por meio da alocação de recursos financeiros – especialmente na realização de direitos sociais, mas também nos *programas constitucionais*.

Em estudo que trata dos efeitos da desigualdade econômica sobre as democracias constitucionais, Ganesh Sitaraman aponta para a possibilidade de se estarem formando sociedades oligárquicas, cujo interesse de preservação do seu quinhão é o que estimula as classes mais ricas⁵³⁴. Financiamento de campanhas eleitorais, lobby nos processos legislativo e judicial, efeito de porta giratória em cargos-chave das políticas econômicas e captura das agências reguladoras são preocupações centrais para o constitucionalismo americano, do qual se aproxima a premissa de tradução do poder econômico em poder político. Questões como estas, num mundo de grande concentração econômica, tem efeitos que incluem a excessiva financialização da econômica americana, baixa tributação

532 Este problema parece ter sido atenuado no Brasil, em decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Mas, a despeito de uma significativa renovação no parlamento ocorrida nas eleições de 2018, ainda estamos numa fase em que grande parte dos políticos comprometidos com a pauta das empresas que lhes financiavam conseguiram se manter no poder. A situação parece ainda mais grave no cenário americano, em que a Suprema Corte decidiu recentemente pela constitucionalidade da doação de empresas em campanhas eleitorais. A decisão é vista com uma permissão implícita ao que costumava ser entendido por estudiosos como corrupção institucional, já que naturaliza no sistema jurídico vícios provenientes da troca de dinheiro por favores políticos.

533 Neste sentido, André Cyrino afirma que, em uma constituição compromissória, tem-se um alargado espectro de possíveis conformações da economia, consoante decisões a serem tomadas pelos órgãos democraticamente eleitos. Ver CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*, 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2018. Há também quem diga que o constitucionalismo é “chapa branca”, entrincheirando privilégios no sistema rígido do texto constitucional. Neste sentido, ver SUNDFELD, Carlos Ari. A Constituição Chapa Branca. Disponível em: <<https://raphaelmoras.wordpress.com/2014/10/20/constituicao-chapa-branca-carlos-ari-sundfeld/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

534 SITARAMAN, Ganesh. Economic Inequality and Constitutional Democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford Univ. Press, 2018.

sobre pessoas extremamente ricas, e sucateamento das organizações de classe. O autor analisa a disfuncionalidade pela qual esta estrutura social causa no sistema político, e, após, na efetividade de diferentes democracias constitucionais.

Para a consecução desta tarefa, parte-se de uma premissa aristotélica segundo a qual as comunidades políticas mais aptas à democracia seriam aquelas formadas, essencialmente, por cidadãos de classe média⁵³⁵. A narrativa de captura pelo poder econômico do sistema político, afirma Sitaraman, está diretamente associada à ideia de oligarquia⁵³⁶.

Em sua obra, Piketty faz alerta relevante sobre a impossibilidade de uma estrutura rentista, clássica das oligarquias, conviver com uma democracia nos moldes da francesa. Ao identificar como atributo inescapável da atividade econômica existente a concentração patrimonial extrema, o autor questiona a possibilidade de sucesso das sociedades democráticas, nas quais se espera que as desigualdades sejam mais fundadas no mérito e no trabalho do que na filiação e na renda⁵³⁷. Nestes tipos de democracias, a igualdade proclamada dos direitos dos cidadãos contrasta de maneira singular com a desigualdade real das condições de vida. A racionalidade econômica em nada tem a ver com a racionalidade democrática. O autor conclui que “a democracia real e a justiça social exigem instituições específicas, que não são apenas as do mercado e, também, não podem ser reduzidas às instituições parlamentares e democráticas formais⁵³⁸”. O iluminismo teria buscado superar a dominação política dos mais afluentes, mas não aboliu as forças econômicas capazes de produzir uma sociedade de rentistas.

A perspectiva encontra guarida na narrativa desenvolvida por Joseph Stiglitz: num cenário em que são criados campos favoráveis

535 BOBBIO, Norberto. *A Teoria das formas de governo*. São Paulo: Edipro, 2017.

536 *Ibidem*.

537 PIKETTY, op. cit., p. 20. O autor apresenta questão relevante relaciona ao emprego negativo da ideia de renda no imaginário francês. Se antes isso era aceito na sociedade, os valores meritocráticos e democráticos se impuseram, e a palavra “renda” se tornou quase um insulto. Cabe questionar se, no Brasil, isso também vem acontecendo.

538 *Ibid*. Piketty tem uma visão diferente da de outros economistas, segundo o qual a renda não é uma imperfeição do mercado, mas, ao contrário, a consequência de um mercado de capital “puro e perfeito” no sentido dos economistas. Seja qual for o problema encontrado, a consequência é o capitalismo patrimonial.

ao 1% mais rico da sociedade, o autor busca examinar como essa forma de concentração afeta a economia do sistema político. Os super ricos atuam com condutas rentistas, visando a manutenção de suas imensas fatias, com influência determinante para distorcer as políticas públicas capazes de transferir riqueza numa direção progressiva. Fica distorcido o raciocínio de que cada pessoa possui mesmo peso que o seu próprio voto (“one person, one vote”), que se trata de um dos pilares do constitucionalismo democrático⁵³⁹.

Essa questão parece encontrar explicações na lógica de representatividade sobre políticas públicas. Em geral, representantes eleitos são mais responsivos às preferências das elites ricas do que de pessoas com uma renda média⁵⁴⁰. No Brasil, esse tipo de cenário talvez se explique pelo maior acesso que pessoas ricas têm aos representantes: Sérgio Lazarini, em esforço de trazer para a realidade brasileira a noção de *crony capitalism* – ou *capitalismo de laços*, aproxima o funcionamento da economia brasileira da nossa tradição patrimonialista, pela qual a prosperidade é dependente das valiosas relações sociais entre agentes privados e estatais, que interagem em ambientes mutuamente frequentados, a qual o autor denomina *mundos pequenos*⁵⁴¹. Por exemplo, a política dos campeões nacionais, consistente no fomento estatal para o crescimento de empresas capazes de competir em escala internacional, é entendida como incentivo à concentração de renda que parte do próprio erário público⁵⁴².

A distorção do sistema jurídico-político pelo poder econômico assume, para Stiglitz, diferentes facetas. O autor enumera algumas práticas levadas a cabo nos Estados Unidos, e que encontram correspondentes no Brasil. São elas: (i) ajustes com o poder político pela exploração monopolista de ativos estatais; (ii) edição de leis capazes de diminuir a competitividade de determinados mercados, ou má aplicação do direito concorrencial; (iii) subsídio do governo a atividades econômicas extrativistas, por meio de estratégias de fomento

539 STIGLITZ, 2013, p. 48-64.

540 Neste sentido, ver *Ibid.*; e SITARAMAN, Ganesh. “Economic Inequality and Constitutional Democracy” in *Constitutional Democracy in Crisis?* (ed. Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet). Oxford Univ. Press, 2018.

541 LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Campus, 2010.

542 Para uma crítica relevante sobre a política dos campeões nacionais, ver CYRINO, André. Crítica ao capitalismo de Estado. *Valor Econômico*, 27 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/opiniaao/3176410/critica-ao-capitalismo-de-estado>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

público; e (iv) captura regulatória, por meio da qual o poder econômico busca eleger seus próprios árbitros no cenário regulatório.

É possível identificar um potencial processo de oligarquização do sistema jurídico brasileiro. Como aponta Stiglitz, para pessoas extremamente ricas, gastar com políticas para moldar o sistema não é uma questão de virtude cívica, mas, sim, um investimento, do qual é demandado retorno⁵⁴³. Ressalta-se, ainda, que a prática do *rent seeking* não é a única forma de se obter e preservar fortunas na sociedade⁵⁴⁴. Também são listadas questões como (a) tributação regressiva, em que aqueles no topo pagam uma fração muito menor do que o justo; ou (b) a atuação do sistema financeiro, por meio de empréstimos predatórios e práticas abusivas de cartão de crédito, especialmente em face dos mais pobres e desinformados. Como afirmado acima, este artigo não tem a pretensão de pormenorizar as complexas questões que cada situação oferece aos juristas. Entretanto, é possível acordar que, caso efetivadas no mundo concreto, as práticas listadas por Stiglitz acabam por corromper grande parte dos programas constitucionais redistributivos presentes na Constituição de 1988. Neste cenário, haveria um risco verdadeiro ao constitucionalismo democrático que a ordem constitucional brasileira estabelece.

3.2 A Constituição Degradada

Um risco de segunda ordem advindo da extrema concentração econômica surge diante dos danos à democracia constitucional, causados por oligarquias econômicas. A ansiedade de *status*, que se relativiza pela comparação com os mais afluentes, justifica-se diante da insegurança econômica em contraste com grandes fortunas veiculadas na mídia, e tem servido de ânimo a parte das recentes crises constitucionais⁵⁴⁵. Temos observados diversos *backlashes* populistas em ordens constitucionais estabelecidas, o que cria a

543 STIGLITZ, 2013, p. 148-182.

544 *Ibid.*, p. 51.

545 Para o cientista político David Soskice, as pessoas nestas democracias encontram-se ansiosas em relação ao futuro, e, diante disso, olham para o mundo exterior em busca de culpados. Neste cenário, propostas populistas, como o fechamento de fronteiras, ganham força no debate público. Ver CANZIAN, Fernando. Frente a desigualdade crescente, Estados devem ter papel mais ativo, diz cientista político. *Folha de São Paulo*, 24 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/07/frente-a-desigualdade-crescente-estados-devem-ter-papel-mais-ativo.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

necessidade de se pensar naqueles “deixados para trás” pelo desenvolvimento econômico.

Como visto, Stiglitz parte da premissa de que o sistema político é cercado de uma série de práticas com a finalidade de garantir o quinhão das pessoas mais ricas, pelo controle das escolhas públicas cruciais em seu favor⁵⁴⁶. O atual cenário de distribuição de riquezas no mundo coloca um peso desigual sobre a classe média, que sofre das mazelas da insegurança financeira. Uma grande quantidade de dívidas, redução dos mecanismos de assistência social e encarecimento do custo de vida vem levando ao achatamento deste grupo que já possuiu maior proeminência, aproximando também uma parte crucial da sociedade ao poço da pobreza⁵⁴⁷. A narrativa corrente tem sido no sentido de perda de confiança no sistema democrático. Quando vêm à tona, este comportamento leva à redução do que o autor denomina *capital social*, conceito relacionado à capacidade de coesão de determinada comunidade, uma espécie de *cola que mantém sociedades juntas*.

Diante da exposição da sociedade civil a um número considerável de transgressões, ocasionadas pela *oligarquização* da vida política – e assim das constituições, há uma significativa quebra de confiança no sistema político pela sociedade. A noção de desigualdade na vida pública favorece o sentimento de injustiça sobre o sistema econômico e a política. Neste sentido, torna-se mais custoso aumentar o número de eleitores interessados no processo eleitoral, já que pessoas passam a participar menos do processo político. Ao esvaziar o espaço de participação para o cidadão médio, grandes desigualdades econômicas abrem caminho para o domínio na política de interesses coincidentes com quem se encontra no topo dos estratos sociais. Há um cenário de verdadeira alienação do poder, que advém da falta de confiança, cooperação e senso de justiça para ordenar a sociedade. O *capital social* se desmancha⁵⁴⁸.

546 STIGLITZ, 2013, p. 148-182.

547 Recentemente, o jornal *Folha de São Paulo* produziu uma série de reportagens especiais acerca da desigualdade pelo mundo, apontando para a forma com que pessoas afetadas pela globalização perdem *status* e se rendem aos discursos populistas. Neste sentido, ver CANZIAN, Fernando. A revolta da classe média. *Folha de São Paulo*, 22 jul. 2019. Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/europa/a-revolta-da-classe-media.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

548 STIGLITZ, 2013, p. 148-182.

Neste cenário, tais sociedades correm riscos de se afastarem de uma efetiva cidadania ao ver sua participação popular capturada por agendas populistas e extremistas, cujo discurso baseia-se no ataque a um *establishment* que teria criado o sistema injusto. A incorporação desta agenda vem se desenvolvendo num cenário de cidadania mal informada nos países que passam por crises democráticas. O cidadão comum é desempoderado, enquanto eleitores muito ricos seguem corrompendo o sistema político para garantir a manutenção de seus lucros⁵⁴⁹.

A separação na sociedade tem consequências sistêmicas profundas: confiança e boa vontade recíproca são necessárias não apenas para o funcionamento de mercados, mas também para cada aspecto da cooperação social. O resultado de tais fatos pode desaguar num momento de fragilidade na coesão social, marcado por uma sensação de injustiça que reverbera no ceticismo com as instituições jurídicas⁵⁵⁰.

A narrativa construída até aqui mostra-se consoante com o que Jack Balkin denominou de *podridão constitucional* (ou *constitutional rot*)⁵⁵¹, consistente na decadência dos atributos do sistema constitucional que permitem a manutenção de uma república saudável. O autor explicita um grave problema de representação, tendo em vista que o sistema político vem se tornando menos democrático e republicano; ao passo que mais oligárquico. Isto é: a responsividade política nas democracias tem se aproximado cada vez mais de um grupo pequeno de indivíduos, enquanto abandona a opinião popular e seus representantes não procuram mais se orientar pelo interesse de todos os grupos para quem governam⁵⁵².

549 Ibid.

550 SITARAMAN, Ganesh. *The crisis of the middle-class constitution: why economic inequality threatens our Republic*. Nova York: Alfred A. Knopf, 2017.

551 BALKIN, Jack. Constitutional Crisis and Constitutional Rot, *Maryland Law Review*, v. 77, n. 1, 2017. Nesta esteira, ver VARGAS, Daniel. A degradação constitucional brasileira. In: BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de (Coords.). *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada*. Belo horizonte: Fórum, 2019, p. 161-172. O autor vem apresentando também uma visão similar sobre degradação constitucional, mas amparada no comportamento do Supremo Tribunal Federal diante dos recentes choques políticos. Também, para uma visão mais global, ver GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 78, 2018.

552 Ibid.

A concentração econômica excessiva faz com que os mais ricos tendam a abocanhar uma desproporcional do poder político, de modo a utilizá-lo para garantir sua própria riqueza. Assim, desenha-se como característica do constitucionalismo contemporâneo a corrupção das repúblicas, já que estas, no contrafluxo, passam a trabalhar com a função de enriquecer um grupo pequeno de apoiadores para mantê-los no poder. É um perigo real que, num processo de oligarquização, a perda de fé no sistema político daqueles abandonados pelos políticos permite o crescimento de demagogos⁵⁵³, que prometem o retorno a tempos pretensamente gloriosos, mas que acoplam os interesses econômicos aos seus próprios.

4. Por uma Narrativa de Regulação da Concentração Econômica no Brasil

Ao longo deste artigo, pudemos tomar contato com o histórico recente, assim como dados alarmantes acerca dos níveis de concentração econômica existentes tanto no Brasil quanto em outros países. O estudo das desigualdades apresentou um salto quantitativo e qualitativo, de modo que especialmente as ciências econômicas e políticas conseguiram avançar nos mais diversos aspectos do tema ao longo da última década. Procuramos transplantar para a teoria constitucional uma parte desta literatura e, assim, a averiguar a (in)compatibilidade dos atributos de uma sociedade extremamente desigual do ponto de vista econômico, com características explicitamente rentistas, com as bases do constitucionalismo brasileiro.

Diante deste cenário, a atenuação da concentração econômica foi identificada como um interesse coletivo, a ser cumprido mediante a efetivação de direitos sociais, trabalhistas e econômicos, e de um *programa constitucional*, bem como de uma série de *cláusulas redistributivas* espalhadas pelo texto constitucional. De outra mão, tais interesses também devem ser ponderados com outros valores caros à herança liberal do constitucionalismo, que se preocupa com a limitação do poder e garantias individuais. Assim, foram introduzidos dois grandes riscos que a excessiva concentração econômica

553 Ibid.

oferece ao constitucionalismo democrático. Desenhamos um cenário de *oligarquização* constitucional, e outro em que a constituição ameaça caminhar para um processo de *degradação*.

Diante dos índices observados, assim como a aproximação destes dois riscos, parece que a concentração econômica carece de uma regulação jurídica comprometida com a sua atenuação, na qual os eventuais conflitos jurídicos com posições individuais irrenunciáveis sejam tratados de forma mais sincera. Como demonstra Stiglitz, o enfrentamento das desigualdades econômicas também envolve uma batalha de uma camada mais profunda no campo das ideias, que diz respeito à visão que as pessoas têm sobre o funcionamento de mercados e do governo. Muitas pessoas que fazem parte dos 99% menos afluentes do estrato social são levadas a pensar como se fizessem parte do seletto grupo de extremamente ricos, e são convencidas de que os interesses deste grupo coincidem com os seus na tomada de decisões públicas⁵⁵⁴. Trata-se de uma disputa por ideias que transcendem o direito, e merece ser discutida na arena apropriada.

Contudo, diferentes métodos de estudo do direito podem ser empregados para lidar com questões redistributivas. A mera ponderação de valores abstratos mostra-se insuficiente para jogar luz em muitas das questões que envolvem estes tipos de conflitos, abrindo portas para que o poder econômico capture as decisões por meio de discursos insinceros. Entretanto, é papel do direito buscar decisões que permitam o equilíbrio entre interesses e direitos do Estado, dos agentes econômicos interessados e da sociedade civil, de uma forma que uma esfera não se sobreponha às demais. Assim, uma primeira abordagem apta a aprimorar este debate é oferecida por Katharina Pistor⁵⁵⁵, que propõe uma ótica sobre o direito como o instrumento por excelência capaz de codificar os mais variados ativos, e servindo de matriz à produção do capital, e definindo em que medida os detentores dos ativos terão vantagens comparativas sobre os demais. Diante desse sistema, a autora joga luzes sobre os modelos jurídicos que disciplinam as relações entre quem possui

554 STIGLITZ, 2013, p. 185.

555 PISTOR, Katharina. *The code of capital: how law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

ativos e os demais, fornecendo assim um instrumental capaz de analisar com maior rigor a forma com que se produz e distribui riqueza na sociedade.

Associado à visão do direito como criador do capital, o Bruce Ackerman e Anne Alstott⁵⁵⁶ incentivam uma narrativa das instituições jurídicas em que seja explicitada a fatia econômica que caberá a cada grupo em determinada sociedade. Ao falar em *stakeholders*, os autores criticam a construção por juristas e economistas liberais de uma *miragem* da liberdade formal, que funciona como uma paródia de seus ideais. O debate jurídico redistributivo não pode se limitar a objeções genéricas à planificação da economia nos casos de intervenção do Estado. Este discurso carece na maior parte das vezes de base empírica, e assenta-se sobre uma visão ideologizada de mundo. Em seu lugar, devemos adotar uma postura sincera sobre os vencedores e perdedores de qualquer decisão pública. O estudo das desigualdades econômicas associadas ao direito, caso tenha como norte uma sociedade economicamente mais justa, deverá transpor imediatamente esta fronteira.

5. Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne. Why Stakeholding?. In: ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne; VAN PARIJS; Philippe (Orgs.). *Redesigning distribution: basic income and stakeholder for a more egalitarian capitalism*. Londres/Nova York: Verso, 2006.
- ANDERSON, Elizabeth. *Private government: how employers rule our lives*. EUA: Princeton University Press, 2017.
- ALEXY, Robert. Individual Rights and Collective Goods. In: NINO, Carlos Santiago (Ed.). *Rights: International Library of Essays in Law and Legal Theory*. New York: New York University Press, 1992.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARIELY, Dan; Norton, Michael. Building a better america - one wealth quintile at a time". *Perspectives on Psychological Science*, p. 10, 2011. Acesso em: <<http://www.people.hbs.edu/mnorton/norton%20ariely%20in%20press.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵⁵⁶ ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne. Why Stakeholding?. In: ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne; VAN PARIJS; Philippe (Orgs.). *Redesigning distribution: basic income and stakeholder for a more egalitarian capitalism*. Londres/Nova York: Verso, 2006.

- BALKIN, Jack. Constitutional Crisis and Constitutional Rot, *Maryland Law Review*, v. 77, n. 1, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1252-1313, set./dez. 2019.
- BECKER, Gary. The Economic Way of Looking at Life. *Law & Economics Working Paper*, n. 12, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A Teoria das formas de governo*. São Paulo: Edipro, 2017.
- CANZIAN, Fernando. A revolta da classe média. *Folha de São Paulo*, 22 jul. 2019. Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/europa/a-revolta-da-classe-media.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- CANZIAN, Fernando. Frente a desigualdade crescente, Estados devem ter papel mais ativo, diz cientista político. *Folha de São Paulo*, 24 jul. 2019. Acesso em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/07/frente-a-desigualdade-crescente-estados-devem-ter-papel-mais-ativo.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CYRINO, André. Crítica ao capitalismo de Estado. *Valor Econômico*, 27 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/opiniaio/3176410/critica-ao-capitalismo-de-estado>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2018.
- DEUTSCHE WELLE BRASIL. Banco Mundial: Pobreza extrema ainda preocupa em África. 17 out. 2018. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/banco-mundial-pobreza-extrema-ainda-preocupa-em-%C3%A1frica/a-45924718>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- DUDLEY, Charles; TWAIN, Mark. *The Gilded Age*. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/3178/3178-h/3178-h.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- FABIO, André Cabette. De onde vem a riqueza dos super ricos do mundo. *Nexo*, 23 maio 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/23/De-onde-vem-a-riqueza-dos-super-ricos-do-mundo>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- FRASER, Steve. *The age of acquiescence: the life and death of american resistance to organized wealth and power*. EUA: Little, Brown and Company: 2015.
- FREUND, Caroline; OLIVER, Sarah. The Origins of the Superrich: The Billionaire Characteristics Database. *Working Paper*, fev. 2016. Acesso em: <<https://www.piie.com/publications/wp/wp16-1.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Londres; Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

- GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 78, 2018.
- HUYSSSEN, David. We won't get out of the Second Gilded Age the way we got out of the first. *Vox*, 1 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.vox.com/first-person/2019/4/1/18286084/gilded-age-income-inequality-robber-baron>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- KRISTOL, Irving. About equality. *Commentary*, p. 41-47, nov. 1972.
- LANDIM, Raquel. Como Joesley decidiu fazer a delação que quase derrubou Temer. *Folha de São Paulo*, 5 maio 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/05/como-joesley-decidiu-fazer-a-delacao-que-quase-derrubou-temer.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Campus, 2010.
- LESSIG, Lawrence. Institutional Corruptions. *Edmond J. Safra Research Lab Working Papers*, n. 1, Harvard University, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2233582>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- MACEDO, Fausto. Temer influenciou diretamente a aprovação da MP dos portos, diz Funaro. *O Estado de São Paulo*, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/temer-influenciou-diretamente-a-aprovacao-da-mp-dos-portos-diz-funaro/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- MARSHALL, T.H. Cidadania e classe social. In: *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.
- MENA, Fernanda. Pré-distribuir habilidades é melhor jeito de reduzir desigualdade, diz Nobel de Economia. *Folha de São Paulo*, 29 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/07/pre-distribuir-habilidades-e-melhor-jeito-de-reduzir-desigualdade-diz-nobel-de-economia.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MPF. Lava Jato: entenda o caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- MPF. Caso Lava Jato: Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/rio-de-janeiro>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- OXFAM BRASIL. Relatório 2018. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 131, jan./abr. 2013.

- PAYNE, Keith. *The broken ladder: how inequality affects the way we think, live, and die*. Nova York: Viking, 2017.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 234.
- PISTOR, Katharina. *The code of capital: how law creates wealth and inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2019.
- POMPEU, Lauriberto. *Tasso quer cobrança de imposto de filantrópicas e agronegócio*. Congresso em Foco, 27 ago. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/tasso-quer-taxar-filantrópicas-agronegocio-micro-e-pequenas-empresas/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- RIIS, Jacob A. *How the other half lives*. 1890.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. In: *Yale Law Journal*, v. 98, n. 2, p. 341-368, 1998.
- ROSER, Max. The short history of global living conditions and why it matters that we know it. In: DICKOVICK, J. Tyler; EASTWOOD, Jonathan (edit.). *Current Debates in Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SOUZA, Pedro Ferreira de. *Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013*. São Paulo: Hucitec, 2018.
- STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*. New York: Norton, 2013.
- STIGLITZ, Joseph E. Inequality is holding back the recovery. In: Johnston, David Cay (Org.). *Divided: the perils of our growing inequality*. Nova Iorque: The New Press, 2015.
- STIGLITZ, Joseph E. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. In: BALLEISEN, D; MOSS, D. (Eds.). *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SITARAMAN, Ganesh. *The crisis of the middle-class constitution: why economic inequality threatens our Republic*. Nova York: Alfred A. Knopf, 2017.
- SITARAMAN, Ganesh. Economic Inequality and Constitutional Democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford Univ. Press, 2018.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A Constituição Chapa Branca. Disponível em: <<https://raphaelmoras.wordpress.com/2014/10/20/constituicao-chapa-branca-carlos-ari-sundfeld/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- VARGAS, Daniel. A degradação constitucional brasileira. In: BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de (Coords.). *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada*. Belo horizonte: Fórum, 2019.

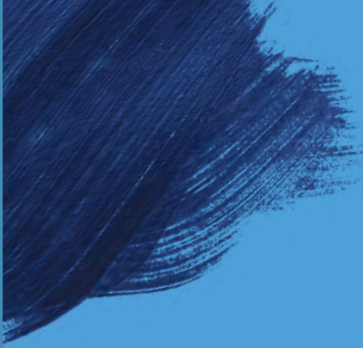
VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WORLD BANK. SDG Atlas 2017: Zero hunger: end hunger, achieve food security and improved nutrition, and promote sustainable agriculture. Disponível em: <<http://datatopics.worldbank.org/sdgatlas/archive/2017/SDG-02-zero-hunger.html>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

WORLD INEQUALITY DATABASE. Home. Disponível em: <<https://wid.world/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

YAHOO NEWS. Parade of satire: Puck magazine Easter illustrations from cartooning's Gilded Age. Disponível em: <<https://news.yahoo.com/parade-satire-puck-magazine-easter-slideshow-wp-160607608/photo-p-puck-easter-l-m-photo-160607329.html>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



O fio condutor do IV Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da FGV Direito Rio e da Faculdade de Direito da UERJ foi o mote das transformações no Direito Administrativo, com ênfase nas interações entre liberdades econômicas e regulação. O tema proposto se inspira na recente promulgação da lei 13.874/19, que, entre outros assuntos, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado. A partir desta proposta, surgiram os onze artigos selecionados para publicação nesta obra.

