

I Gama e.  
rudência  
tório. São

FE, Martin  
2010.

## Capítulo 2

# A REGULAÇÃO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO ESTATAL

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. A regulação como mecanismo de intervenção estatal: 1.1 Modalidades de intervenção estatal e a regulação: 1.1.1 As modalidades de intervenção estatal; 1.1.2 Regulação e poder de polícia; 1.2 A regulação como função estatal: o dever de regular; 1.3 A autorregulação; 1.4 O fomento como técnica regulatória - 2. Bibliografia.

### 1. A REGULAÇÃO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO ESTATAL

A despeito do crescente papel desempenhado pela iniciativa privada, incluída a sociedade civil, fato é que o Estado consiste no principal protagonista de promoção do desenvolvimento econômico-social no Brasil.<sup>1</sup> Historicamente, o modelo de governança pública brasileira oscilou entre mais ou menos intervenção do Estado no domínio econômico conforme o projeto político de governo em conjunturas específicas. É importante salientar que, no caso brasileiro, a decisão sobre o grau de ingerência estatal no domínio econômico esteve invariavelmente relacionada à função que fosse ser conferida ao instituto da concessão.<sup>2</sup>

Em outra oportunidade tentamos demonstrar que a concessão se configura no instituto fundamental do desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro, im-

1. É nessa linha que Egon Bockmann Moreira esclarece nunca ter existido o liberalismo puro no Brasil, cuja economia historicamente se desenvolveu de modo compartilhado entre público e privado. Cf.: MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956). *Revista de Direito Público da Economia*, ano 2, n. 6, p. 67-96. Belo Horizonte, abr.-jun. 2004, passim.

2. O termo "concessão" é empregado nesse como "concessão-delegação", que implica "a conferência, pela administração, de direitos ao particular, os quais podem corresponder à prestação de um serviço público, à implantação e à exploração de uma obra pública, ao exercício de uma atividade econômica (industrial ou comercial), à exploração de recursos naturais ou ao uso de bens públicos" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013, p. 159).

pactando não apenas na construção doutrinária e jurisprudencial, mas, ainda, no modo de compreender o papel do Estado no domínio econômico.<sup>3</sup> E, de fato, o instituto da concessão delimitaria diversos outros institutos jurídico-administrativos, como os serviços públicos e a responsabilidade objetiva do Estado. Também a concessão delimitaria o conteúdo jurídico da intervenção estatal nos domínios econômico e social.

A diferenciação entre as modalidades de intervenção estatal em direta e indireta<sup>4</sup> considera, *a priori*, a figura do Estado. Trata-se de averiguar se os serviços públicos são prestados pela própria estrutura administrativa, sem se observar qualquer delegação da atividade-fim aos particulares. Mas a classificação pode ser analisada segundo outra perspectiva, que considera o papel dos particulares na satisfação de utilidades públicas: estando o Poder Público ainda incumbido da satisfação de competências administrativas prestacionais, se a opção for pelo modelo de intervenção estatal indireta, então necessariamente deverá o Estado se valer dos particulares para prestarem essas comodidades na qualidade de delegatários de serviços públicos. No Brasil, o instrumento típico de conferências dessa função é a concessão.

É a concessão como “fonte de normatividade”,<sup>5</sup> ou seja, sua celebração enseja uma regulação contratual da utilidade pública concedida e, ainda, demanda o exercício de funções regulatórias pelo Estado para ordenação da prestação da atividade delegada. Vislumbra-se intrínseco entrosamento entre regulação e concessão, na medida em que esta, para efetivamente satisfazer as finalidades públicas a que se endereça, demanda a regulação estatal. É dizer, os particulares não desenvolvem livremente as atividades de competência estatal que lhe foram delegadas, mas o fazem conforme a ordem normativa contratual e os preceitos que o Poder Público editar no uso de sua capacidade normativa. Reserva o Poder Público a titularidade do serviço prestado, o que lhe legitima editar normas regulatórias para que as finalidades públicas sejam satisfeitas, observados os limites jurídicos à atuação estatal. Desse modo, o Estado procede à regulação das tarifas e define metas de universalização, por exemplo. Ainda, a intervenção estatal indireta na concessão se apresenta no *enforcement* dessas regras mediante atos de fiscalização e de sanção. Em maior ou menor medida,<sup>6</sup> o Poder Público regula os contratos de concessão.<sup>7</sup>

3. Idem. Afirma o autor que “a concessão é um instituto fundamental para o direito administrativo contemporâneo, em especial naqueles países ligados à tradição europeia continental, como o Brasil. E, como tal, ela cumpre a função de ser veículo de engajamento dos privados na consecução das finalidades públicas. Exatamente por isso é que a concessão influencia vários conceitos e concepções que hoje formam o que poderíamos chamar de ‘administrativismo’”. Idem, p. 18-19.

4. Cf. item 1.1.1 deste Capítulo.

5. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto...* cit., p. 238.

6. O nível da regulação estatal poderá variar conforme o modelo contratual que se apresente, bem como o mercado no qual a concessão se desenvolva. Tratando-se de uma concessão prestada em mercado aberto à concorrência, a intervenção estatal tende a ser menor em razão da dinâmica de mercado que, em regra, supera algumas falhas de mercado.

7. A permanência da intervenção estatal mesmo com a delegação de atividades públicas a particulares foi o fator que ensejou a criação das Agências Reguladoras no Brasil no contexto da Reforma da

Analisando o contexto histórico brasileiro, depreende-se a convivência dos dois principais modelos de intervenção estatal nos domínios econômico e social. Não foi a política estatista do II PND capaz de fulminar com todas as concessões-delegações no Brasil, assim como as privatizações não ensejaram a abolição de todas as empresas estatais. Hodiernamente, inclusive, tem-se verificado a recuperação das empresas estatais no plano federal, bem como a criação de figuras estatais híbridas e recurso cada vez maior às empresas semiestatais para satisfação de finalidades públicas.<sup>8</sup> Todavia, notam-se períodos em que um ou outro tipo de intervenção estatal foi preferido por melhor traduzir os anseios políticos em determinados contextos. E, especificamente no caso brasileiro, o antagonismo se coloca entre o recurso, ou não, às concessões para consecução de finalidades públicas.

Na sequência, analisaremos duas expressões recentes do Estado como agente de intervenção.

## 1.1 Modalidades de intervenção estatal e a regulação

### 1.1.1 As modalidades de intervenção estatal

É o Poder Executivo competente para proceder materialmente à intervenção estatal. Por meio do manejo de prerrogativas exorbitantes, o Executivo operacionaliza os instrumentos de intervenção legalmente previstos para satisfação de uma ordem de objetivos politicamente definida. Na acepção corrente, adotada nesse trabalho, a locução "*intervenção estatal*" refere-se àquela praticada pelo Executivo. Diversas são as expressões da intervenção estatal, as quais a doutrina tende a classificar em duas modalidades: a *intervenção direta* e a *intervenção indireta*.

Na intervenção estatal direta, os serviços públicos são prestados diretamente pelo Estado. Em geral, estruturas administrativas são criadas no âmbito da Administração Pública para prover essas atividades, as quais passam a ser monopólios estatais na maior parte das vezes. Já na intervenção estatal indireta o Estado intervém no domínio econômico ou social sem assumir para si as atividades sobre as quais se projeta.

De fato, no âmbito econômico, tradicionalmente a intervenção estatal se dava por meio da reserva da atividade sobre a qual incidia para relegar à iniciativa estatal

Estado. Consensual a necessidade de intervenção estatal das novas concessões, que substituiriam o modelo de prestação direta de serviços públicos por meio de empresas estatais, a conformação das Agências Reguladoras correspondeu ao aprimoramento institucional da intervenção estatal indireta no domínio econômico, com capacidade técnica e blindagem política. Cf. capítulo 4 da Parte IV.

8. Estão compreendidas na acepção de *empresas semiestatais* aquelas que, embora não pertencentes à estrutura administrativa estatal, submetem-se a um regime jurídico especial devido à participação minoritária relevante do Estado na composição acionária (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais*. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 9. n. 36. Belo Horizonte, out.-dez. 2011, passim).

por meio da introdução de privilégios de exploração ou mediante a introdução de regime de monopólio.<sup>9</sup> A forma típica de intervenção estatal no domínio econômico corresponde à instituição de empresas estatais monopolizadoras de mercado, principal mecanismo de intervenção estatal no período conhecido como Estado empresário no Brasil, cujo ápice se deu na década de 1970. Caracteriza-se a intervenção estatal direta no domínio econômico pelo seu insulamento no Estado, centrada na unilateralidade e autoridade indiferente à importante noção de equilíbrio do setor em que recai a intervenção. A intervenção direta é feita em substituição aos agentes econômicos privados.

O auge da crise fiscal na década de 1980 associado às insuficiências da produção eficiente de bens e serviços pelas empresas estatais brasileiras determinou nos anos 1990 a redução da interação estatal que a Reforma do Estado teve como uma das frentes de transformação o fortalecimento do papel regulador do Estado. Porém, a prevalência da intervenção indireta do Estado no domínio econômico não significaria a completa supressão da intervenção estatal direta: ambas as modalidades podem coexistir.<sup>10</sup> Nesse ponto convém diferenciar intervenção estatal indireta no domínio econômico da regulação econômica.

A regulação é mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico. Nesta qualidade, a regulação se projeta para a disciplina jurídica de uma determinada atividade sem que esta seja assumida pelo Poder Público como atribuição sua, tal qual ocorre na intervenção estatal direta. Em outros termos, quando estamos diante de intervenção de ordem regulatória, o Estado não assume obrigação de prover uma utilidade. Pode ocorrer de o Estado ter a obrigação (e dela dar cabo direta ou indiretamente, delegando aos privados) e ainda assim preservar para si a atividade regulatória.

### 1.1.2 Regulação e poder de polícia

É inevitável a aproximação entre poder de polícia e regulação. O componente de autoridade que dinamiza significativa parcela dos instrumentos de regulação, dos quais são exemplos os atos fiscalizatórios e sancionatórios, leva à inevitável comparação com a polícia administrativa. Na doutrina de direito administrativo, tradicionalmente as prerrogativas de autoridade encontram-se no capítulo correspondente ao poder de polícia.<sup>11</sup>

9. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 13.

10. Como afirmamos em outra oportunidade, “[o] que é relevante para o advento da atividade regulatória estatal, tal como vimos apresentado, não é, pois, a supressão da intervenção estatal direta na ordem econômica, mas, basicamente, (i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor e (ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta), o que leva alguns autores a caracterizar essa nova regulação como ‘regulação para a competição’”. *Idem*, p. 21.

11. Cf. Parte II, capítulo 1 desta obra, relativa ao poder de polícia.

No Estado brasileiro, o poder de polícia correspondeu ao instrumento por excelência de disciplina das atividades econômicas e sociais anteriormente à Reforma do Estado. Embasadas em poderes legalmente conferidos ao Executivo, os atos de polícia são emitidos pela autoridade competente com a finalidade de satisfazer alguma finalidade de interesse público. É a “garantia da ordem pública” o mais notório argumento de legitimação das limitações às liberdades públicas por meio do exercício do poder de polícia.<sup>12</sup> No campo da jurisprudência constitucional, o STF desenvolveu linha de entendimento favorável aos atos de polícia a partir das seguintes finalidades públicas: segurança, sossego e saúde.<sup>13</sup> No tema do poder de polícia, o desafio do equilíbrio entre autoridade e liberdade é ainda mais evidente e, não raro, a balança pende significativamente para a autoridade. Tendo em vista o desenvolvimento da noção de poder de polícia a partir do paradigma do Estado de Polícia, caracterizado pela sujeição absoluta dos cidadãos ao soberano, perdura o legado autoritário na concepção deste instituto.<sup>14</sup>

As limitações aos direitos e garantias individuais por meio de atos editados no exercício de autoridade, com baixa atenção às garantias individuais e legitimado em conceitos de baixa densidade normativa, fez com que o conceito de poder de polícia passasse a ser revisitado pela doutrina após a redemocratização.<sup>15</sup> Esta modalidade de ação administrativa não mais se adequaria aos anseios garantistas e valores públicos da sociedade, sendo oportuna sua substituição por um instrumento cujo método de exercício se mostrasse tanto deferente aos direitos individuais quanto permeável.<sup>16</sup> A regulação diferencia-se do poder de polícia ao menos em duas vertentes: conceitual e metodológica.

Quanto à vertente conceitual, regulação e poder de polícia não se confundem na medida em que a regulação configura-se em um instrumento mais abrangente que o poder de polícia. Aceitando-se ainda a noção de poder de polícia, pode-se afirmar que a regulação a contempla.<sup>17</sup> Seria o poder de polícia, nessa linha, apenas uma das

12. Nesse sentido, cf.: MEIRELLES, Hely Lopes. O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional. *Revista dos Tribunais*, n. 61, São Paulo, 1972, p. 287-289.

13. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Regulação e Autoridade: o poder sancionador na regulação. In: Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (org.). *Poder de Polícia na Atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 79-107.

14. Ver neste sentido Parte II, capítulo 1 deste volume.

15. Essa crise é apresentada por SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.

16. Carlos Ari Sundfeld defende a substituição do conceito de poder de polícia por *ordenação administrativa*. Longe de se tratar de mera “mudança de rótulos”, o emprego do instrumento de ordenação administrativa no lugar da polícia administrativa culminaria em outra ordem de restrição, limitação e condicionamento de liberdades individuais, notadamente respeitosa aos direitos e garantias dos destinatários da ordenação administrativa. *Idem*, p. 11-17.

17. SCHIRATO, Vitor Rhein A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público, *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 4, n. 16, p. 7-9. Belo Horizonte, out. 2006.

expressões da regulação, a qual contempla outras modalidades de ação. A regulação por incentivos,<sup>18</sup> cujo crescimento como técnica na prática regulatória é digno de nota, desafia a noção de poder de polícia e demonstra como a regulação é tanto mais abrangente quanto complexa na comparação com o poder de polícia.

Com relação à vertente metodológica, regulação e poder de polícia se diferenciam significativamente na medida em que as metodologias de efetivação das competências que lhes são correspondentes são diametralmente opostas. Na polícia administrativa, é a relação autoridade *vs.* liberdade que guia suas manifestações, razão pela qual a metodologia de edição dos atos de polícia é marcadamente hierarquizada e insulada na esfera burocrática do Estado. O papel dos cidadãos na dinâmica de exercício do poder de polícia é limitado à condição de destinatário dos comandos públicos, razão pela qual a defesa de seus direitos se promove apenas de modo reativo, i.e., em resposta à ação de polícia. Ainda nos casos em que o poder de polícia seja concretizado no curso de um processo administrativo, a construção das decisões de polícia (ato normativo, autorização, licença etc.) é reservada à autoridade competente.

Ao contrário da atuação estatal orientada pelo poder de polícia, a regulação é permeável aos interesses dispersos na sociedade,<sup>19</sup> sendo uma de suas finalidades exatamente a busca pelo arbitramento desses interesses. Enquanto aos cidadãos resta apenas a defesa daqueles direitos impactados pelo exercício do poder de polícia, os interesses também são tutelados na regulação.

Várias das transformações da gestão pública em curso são alinhadas à *governança pública*,<sup>20</sup> termo que, embora polissêmico, apresenta-se no estudo da teoria do Estado como a mudança do modo de atuação administrativa de uma técnica de comando, apoiada na determinação unilateral de decisões pelo Poder Público e imposição hierárquica aos regulados, para a construção colaborativa do conteúdo ou o emprego de instrumentos consensuais.<sup>21</sup> Sem resultar em radical guinada do modo de construção das decisões na Administração Pública brasileira, paulatinamente elementos da governança pública são incorporados ao Direito Administrativo, a exemplo dos acordos substitutivos de sanção. Interessa consignar que tal fenômeno de transformação se desenvolve no caso brasileiro por meio da regulação, e não pelo poder de polícia, ainda estruturado sob as bases tradicionais. Em grande medida, a abertura do sistema de direito administrativo à governança pública pela via da regulação deve-se às próprias características deste instrumento, com especial destaque para o atributo da permeabilidade e pela função de arbitramento de interesses.

18. Cf. item 1.4 deste Capítulo.

19. Sobre a fragmentação de interesses na sociedade contemporânea: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87 e ss.

20. CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. Governance and administrative reforms. In: Levi-Faur, David (ed.). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 255-265.

21. LEVI-FAUR, David. From "Big Government" to "Big Governance", In: Levi-Faur, David (ed.). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 3-15.

## 1.2 A regulação como função estatal: o dever de regular

É a regulação uma função estatal. Isso significa que, necessariamente, ela deve ser exercida para satisfação de finalidades públicas, traduzindo-se como efetivas obrigações que a autoridade competente tem de desenvolver. De fato, a edição de atos regulatórios permite não apenas a satisfação de finalidades públicas, mas também **guia a prática de atividades pelos particulares ao conferir previsibilidade e segurança jurídica sobre as regras do jogo. Essas são decorrências típicas da atividade regulatória normativa, sendo outras, ainda, oriundas dos outros tipos de regulação.** Mencione-se, assim, a garantia da efetividade das normas regulatórias pela fiscalização e sanção após regular processo administrativo sancionador.

Desse modo, há um dever de a autoridade reguladora exercer as competências que lhes são conferidas por lei.

## 1.3 A autorregulação

Detém o Estado o monopólio do poder coercitivo. Toda e qualquer norma cogente que imponha restrições, limitações ou condicionamentos a direitos individuais tem origem, invariavelmente, no Estado. Tal não significa, porém, que os particulares não possam voluntariamente aderir a normas privadas de ordenação, sujeitando-se, por liberalidade, às suas determinações. É o que se verifica com o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar). Outro exemplo é extraído do mercado de valores mobiliários, que conta com entidades privadas para disciplina consensual das transações econômicas realizadas nesse mercado.

A *autorregulação* consiste, pois, na ordenação que surge dos atores econômicos atuantes em determinado sistema para disciplina das condições de acesso e exploração da atividade econômica à qual se dirige.<sup>22</sup> Trata-se de regulação não estatal, razão pela qual é comumente conhecida como *regulação privada* ou *regulação corporativista*. Não se confundem regulação estatal e autorregulação na medida em que apenas naquela o elemento do poder coercitivo se verifica: regulação estatal consiste em efetiva intervenção do Estado na ordem econômica para promover, restringir, limitar ou condicionar atividades privadas, independentemente da vontade dos regulados em submeterem-se, ou não, ao comando normativo estatal. Mais ainda, o monopólio do poder coercitivo confere aos atos de regulação o atributo da autoexecutoriedade. Já na autorregulação, a observância das normas pelos pares é consensual enquanto os atos produzidos pelo ente privado são destituídos de autoexecutoriedade, uma vez que o monopólio da coerção exorbita a esfera privada.

Em resumo, regulação estatal e autorregulação diferenciam-se ao menos em quatro aspectos. Variam, primeiramente, quanto à *natureza dos interesses tutelados*, pois a regulação privada visa a tutelar os interesses de seus pares, ao passo que a re-

22. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit., passim.

gulação estatal se volta ao arbitramento de interesses e ao equilíbrio sistêmico. Em segundo lugar, o elemento *autoridade* está presente apenas na regulação estatal na medida em que o Estado detém o monopólio da coerção.<sup>23</sup> Ainda, enquanto na regulação estatal as *barreiras à entrada* ao setor tendem a ser formais e rígidas, na autorregulação elas serão mais flexíveis e podem até mesmo não se fazerem presentes. Por fim, a natureza do vínculo varia entre ambos menos pelos instrumentos de sanção e mais pelo dever de cumprimento dos comandos normativos: enquanto na regulação estatal o regulado encontra-se obrigado a cumprir as determinações do regulador, o autorregulado obriga-se apenas na medida de seu interesse em manter-se vinculado ao sistema autorregulatório, pois qualquer medida coercitiva o fará atender às determinações da entidade autorreguladora.

A complexidade regulatória não caracteriza apenas os setores regulados. Em grande medida, a "hibridização da regulação",<sup>24</sup> que decorre da coexistência da regulação estatal e da autorregulação, tende a tornar cada vez mais desafiador o reconhecimento e mensuração da disciplina jurídica que incide sobre determinada relação privada. No mais, a interação entre regulação estatal e autorregulação, para além da hierarquia normativa, chama para estudos mais aderentes às possíveis imbricações entre ambos os institutos.

No caso brasileiro, três espaços de autorregulação são verificados.<sup>25</sup> Primeiramente, há a *autorregulação delegada*, em que a lei formal delega competências regulatórias da esfera estatal para a esfera pública não estatal,<sup>26</sup> da qual fazem parte os conselhos de fiscalização profissional, por exemplo. A *autorregulação induzida*, por sua vez, não vem acompanhada por lei formal, originando-se na sociedade por incentivo ou recomendação do Estado, que reconhece como legítima a regulação privada, como se verifica com as entidades de certificação, por exemplo. Neste caso, as entidades autorreguladoras celebram contrato com o Estado para desempenhar a função regulatória privada, que, conseqüentemente, enseja menor intervenção do Poder Público no domínio econômico. Terceira arena de autorregulação corresponde à *autorregulação espontânea*, instituída pelos particulares sem qualquer ingerência ou incentivo estatal. Nesta modalidade de regulação privada, inexistente qualquer modo de delegação de competências regulatórias (expressa ou tácita).

23. Ressalte-se, todavia, que nas situações de autorregulação delegada será legítimo o manejo do poder extroverso pela entidade autorreguladora.

24. HALPERN, Sydney. *Hybrid Design*, Systemic Rigidity: institutional dynamics in human research oversight. *Regulation & Governance*. n. 2. p. 85-92. 2008.

25. Sistematiza-se, aqui, as três arenas de autorregulação que já foram apresentadas em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit., passim.

26. A natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional encontra-se em discussão no STF, que, na ADIn 3.026/2006, reconheceu que a Ordem dos Advogados do Brasil seria ente público, na medida em que desenvolvem atividade de interesse público, mas não integrante do aparelho do Estado. Pende, todavia, precedente em que se defina o entendimento do STF sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional em geral.

ta), assim como estabelecimento de vínculos formais entre Poder Público e entidade autorreguladora.

#### 1.4 O fomento como técnica regulatória

Uma das técnicas de regulação que tem cada vez mais recebido atenção na doutrina e explorada na prática de gestão pública corresponde ao fomento.<sup>27</sup> Doutrinariamente,<sup>28</sup> a atividade administrativa de fomento é concebida como técnica de indução de comportamentos: sem carregar qualquer comando normativo em seu conteúdo, o fomento destina-se a incentivar, positiva ou negativamente, o comportamento de seus destinatários. Classifica-se o fomento em positivo ou negativo de acordo com o efeito comportamental esperado pelo Estado. Se o fomento positivo volta-se a incentivar uma conduta socialmente desejável, o fomento negativo objetiva desencorajar a prática socialmente indesejável, ainda que lícita. Para estimular o comportamento, o fomento trabalha com estímulos e a lógica de incentivos, dos quais se destacam as isenções e benefícios fiscais, cessão de bens e as políticas de crédito no fomento positivo, ao passo que são exemplos do fomento negativo a majoração tarifária, a criação de taxas e exigência de autorizações específicas.

Muito embora a regulação seja amplamente conhecida como uma medida de exercício da autoridade, estabelecendo relações de comando e controle com os regulados, a regulação pode assumir um papel fomentador, ainda que o atributo da autoridade não seja afastado, atividade que podemos designar por *regulação fomentadora*.<sup>29</sup> É o que se verifica, por exemplo, com a edição de atos normativos regulatórios que induzem o regulado à adoção de comportamentos que sejam condizentes com as finalidades públicas setoriais. Ainda, os próprios contratos de concessão de serviços públicos, cujo monitoramento do cumprimento da avença fica a cargo da Agência Reguladora, podem dispor de cláusulas fomentadoras. Importante assinalar, no entanto, que fomento e regulação não se confundem: enquanto a regulação tem um caráter de exercício da autoridade – ainda que possa estabelecer relações de indução de comportamento, e não de comando e controle –, o fomento pressupõe um vínculo volitivo.

## 2. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Bruno Costa de. Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 36. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar. 2012,

27. O tema do fomento será estudado detalhadamente na Parte III desta obra, à qual remetemos o leitor.

28. Cf., por todos, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 87 e ss.

29. Sobre o tema ver Parte III – Fomento neste volume.

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a "regulação" no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1.
- BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1974.
- BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Teoria da regulação. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Roberto (org.). *Economia do setor público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, vol. 1.
- BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Boletim de Direito Administrativo*. n. 8. p. 507-515. São Paulo: NDJ, ago. 1997.
- BERNSTEIN, Marver H. *Regulation Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 8. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1916.
- BILAC PINTO, Olavo. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- \_\_\_\_\_. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atual. por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. Entre política e *expertise*: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na lei geral de telecomunicações. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 6. n. 21. Belo Horizonte, abr.-jun. 2008.

- \_\_\_\_\_. Relações entre a Advocacia-Geral da União e as agências reguladoras federais. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 7. n. 27. p. 27-42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Librairie de la Societ è du Recueil J. B. Sirey, 1935.
- BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.), COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; PRADO, Marina Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia. O debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- \_\_\_\_\_. Regulatory conversations. *Journal of Law and Society*. n. 29. p. 163-196. Oxford, 2002.
- BALCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. n. 12. Santiago: Lexis Nexis, jan. - jul. 2004.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1982.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *Fórum Administrativo - Direito Público*. vol. 9. p. 20-34. Belo Horizonte, 2009.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Jurisprudência Argentina*. n. 9. Buenos Aires: LexNexis, 2006.
- \_\_\_\_\_. El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. vol. 140. p. 95-110. Buenos Aires, 1996.

- CASSESE, Sabino. Dalle regole del gioco al gioco con le regole. *Lo spazio giuridico globale*. Roma: Laterza, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- \_\_\_\_\_. L'arena pública: nuovi paradigmi per lo Stato. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 3. p. 602-650. Milano, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000.
- \_\_\_\_\_. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 1. p. 35, 2002. Texto traduzido publicado na *Revista Interesse Público - IP*. ano 6. n. 24. Belo Horizonte: Fórum, mar.-abr. 2004.
- CASTRO, Camila Moreira de. Audiências públicas como instrumento para melhorar a participação em políticas regulatórias: estudo de caso da agência nacional de energia elétrica. *Revista de Administração Pública*. vol. 47. n. 5. p. 1080. 2013.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Serviços de utilidade pública. *Revista do Serviço Público*. ano IV. vol. 1. n. 3, p. 69-73. DASP e IAP, 1941.
- \_\_\_\_\_. Serviços de utilidade pública e sua regulamentação. *Direito*. ano IV. vol. 19. p. 14-24. DASP. jan.-fev. 1943
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo: teoria geral do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre serviços de interesse geral: COM(2003)270 final*. Disponível em: [[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003\\_0270pt01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf)]. Acesso em: 15.06.2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário. Comunicação interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário (2000/C, 121/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 29.04.2000. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUruServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:PT:PDF>]. Acesso em: 15.06.2014.
- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. Impact assessment of an initiative on concessions. 2011. Disponível em: [[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/concessions/SEC2011\\_1588\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/concessions/SEC2011_1588_en.pdf)]. Acesso em: 15.06.2014.
- COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*. vol. 42. n. 5. p. 829-874. Rio de Janeiro, set.-out. 2008.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 27. n. 57 (supl.). p. 181-208. Porto Alegre, 2004.

- CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. Governance and administrative reforms. In: Levi-Faur, David (ed.). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem nas concessões de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*. n. 128. p. 63-67. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 1995.
- \_\_\_\_\_. Concessões urbanísticas. *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*. n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- \_\_\_\_\_. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. O direito administrativo brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *ReDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 8. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nov.-dez. 2006, jan. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930. t. II.
- DUTRA, Pedro. Agências reguladoras: reforma ou extinção? *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 1. n. 3. p. 187-208. Belo Horizonte, jul.-set. 2003.
- EISEMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. II.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. vol. 2.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrência e regulação. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 11. n. 44. Belo Horizonte, out.-dez. 2013,
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

- FERRÃO, Alfredo Mendes de Almeida. *Serviços públicos no direito português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.
- FLEINER, Fritz. *Les principes du droit administratif allemand*. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.
- FONSECA, Tito Prates da. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha Os serviços de transporte de passageiros por ônibus e as inovações da Lei Federal 11.445/2007. *Interesse Público*, vol. 12, n. 62. Belo Horizonte, jul.-ago. 2010.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FREEMAN, Jody. Extending public law norms through privatization. *Harvard Law Review*, n. 116, p. 1285-1352. Cambridge, USA, 2002-2003.
- \_\_\_\_\_. The private role in public governance. *New York University Law Review*, vol. 75, 2000. Disponível em: [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2014.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 1 e 2.
- \_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.
- GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 9, n. 35. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/]. Acesso em: 11.09.2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. Atividade econômica e regulação. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 6. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun.-jul. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 20.10.2011.
- \_\_\_\_\_. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- GUERRA, Sérgio. Controle das agências reguladoras por meio da supervisão ministerial. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. vol. 3. n. 10. p. 205-221. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2005.
- \_\_\_\_\_. Controle judicial das escolhas regulatórias: o fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. n. 22. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2012.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP - Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vols. 1 e 2.
- HALPERN, Sydney. Hybrid Design, Systemic Rigidity: institutional dynamics in human research oversight. *Regulation & Governance*. n. 2. p. 85-92. 2008.
- HARTER, Philip J. Negotiating regulations: A cure for malaise. *Georgetown Law Journal*. vol. 71. 1982-1983. Disponível em: [www.heinonline.org]. Acesso em: 23.08.2013.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public general*. Paris: Recueil Sirey, 1921.
- \_\_\_\_\_. *Principios de derecho publico y constitucional*. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.
- HODGE, Graeme A; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E. (ed.). *International handbook on public-private partnerships*. Northhampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. t. II, 6 volumes.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- \_\_\_\_\_. O direito regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar (org.). *Cenários de direito administrativo - Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- \_\_\_\_\_. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 1. n. 1. p. 95-135. Belo Horizonte, jan.-mar. 2003.
- \_\_\_\_\_. Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica". In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

- JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAUBARDÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Libreria, 1984.
- \_\_\_\_\_; MODERNE, Frank; DEVOLVÈ Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983.
- LEVI-FAUR, David. From "Big Government" to "Big Governance", In: Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LIMA, Ruy Cirne. Organização administrativa e serviço público no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Público*. n. 59-60. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1981.
- LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the raise of governance in contemporary legal thought. *Minnesota Law Review*. n. 89. 2004-2005. Disponível em: [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010
- MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. *West European Politics*. vol. 17. n. 3. p. 77-101. 1994
- MARQUESNETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- \_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes e seu enquadramento legal: a importância de uma lei quadro. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. vol. 1. n. 1. p. 41-58. Belo Horizonte, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras - Instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.
- \_\_\_\_\_. Concessões de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. ano XXII. n. 6. p. 645-654. São Paulo: NDJ, jun. 2006,
- \_\_\_\_\_. Direitos das telecomunicações e Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo: Direito Público*. vol. 9. n. 100. Belo Horizonte: Fórum, jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. La moderna regulación: entre publico y privado la búsqueda del equilibrio. In: DE LA CUÉTERA, J. M.; LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez; VILLAR ROJAS, Francisco J. *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011b.

- \_\_\_\_\_. Limites à abrangência e à Intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nov.-dez. 2005, jan 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 13.09.2013.
- \_\_\_\_\_. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fev. 2005.
- \_\_\_\_\_. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 4. n. 4. p. 75-115. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 28. p. 27-42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 4. n. 13. p. 147-166. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando dias Menezes; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATTO, Vitor Rhein (org.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum. 2013.
- \_\_\_\_\_. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. n. 223. São Paulo: Renovar, jan.-mar. 2001.
- \_\_\_\_\_; COSCIONE, Milene Louise Reneé. *Telecomunicações. Doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.; SHANE, Peter M. *Administrative Law. The American Public Law System Cases and Materials*. 6. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2003.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Novos Estudos - Cebrap*. n. 76. p. 140 e ss. São Paulo, nov. 2006.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán. Parte General*. Trad. directa del original francês de 1904. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.
- MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*, 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MELLO, Evaldo Cabral de. "Raízes do Brasil" e depois. In: HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- MELLO, Luiz Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Escolas Profissionais do Liceu Coração de Jesus, 1930.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional. *Revista dos Tribunais*, n. 61, São Paulo, 1972, p. 287-289.
- MENEGALE, José Guimarães *Direito administrativo e sciencia da administração*. Rio de Janeiro: Metrópole, 1938.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009.
- MORAN, Michael. Misunderstanding the Regulatory State. *British Journal of Political Science*, vol. 32, fasc. 2. Cambridge: Cambridge University Press, abr. 2002.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009.
- \_\_\_\_\_. Poder Público, serviço público: crise e conciliação. *RDE: Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 387-401. out.-dez. 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a "elaboração processual de normas". *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, n. 2, p. 245. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2003.
- \_\_\_\_\_. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956). *Revista de Direito Público da Economia*, ano 2, n. 6, p. 67-96. Belo Horizonte, abr.-jun. 2004.
- \_\_\_\_\_. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (Parte II: 1956-1964). *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 3, n. 11, p. 121-143. Belo Horizonte, jul.-set. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da união europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 19. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, ago.-set.-out. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf]. Acesso em: 25.03.2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- \_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- \_\_\_\_\_; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 11. n. 43. p. 9-28. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2013.
- NOU, Jennifer. Agency Self-Insulation under Presidential Review. *Harvard Law Review*. n. 26. p. 1755. 2013
- ORTEGA, Ricardo Rivero. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madri: Marcial Pons, 1998.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. *Tiempo*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño (org.) *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Empresa pública, empresa privada, empresa interés general*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. Madrid: Portal Derecho, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação. São Paulo, USP, 2010.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo e políticas públicas: o debate atual. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; SCHIRATO, Vitor Rhein; MIGUEL Luiz Felipe (org.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- \_\_\_\_\_. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. vol. 5. n. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2010.
- PEDERSEN, William F. Contracting with the regulated for better regulations. *Administrative Law Review*. vol. 53. 2001.
- PEREZ, Marcos Augusto, *A administração pública democrática. institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004
- \_\_\_\_\_. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2005.
- POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*. vol. 5. n. 2. p. 335-358. 1974.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

- ROCHA, Fábio Amorim da (org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.
- ROSILHO, André Janjácomo; MOTTA PINTO, Henrique; SUNDFELD, Carlos Ari. Programa de metas: uma solução municipal de transparência administrativa. *Interesse Público*, vol. 12, n. 63, p. 39-54. Belo Horizonte: Fórum, set.-out. 2010.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- \_\_\_\_\_. O manejo dos poderes fiscalizador e sancionador pela administração pública. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 3, nov.-dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2011. 309p.
- \_\_\_\_\_. A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público, *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 4, n. 16, p. 7-9. Belo Horizonte, out. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Transportes aquaviários. Doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas considerações sobre a regulação para a concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público*, n. 14. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Os princípios constitucionais da administração pública. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1979.
- SILVA, Danilo Tavares da. *Transportes terrestres. Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 798, p. 23-50. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo - Direito Público*, vol. 2, n. 16. Belo Horizonte, jun. 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo - Direito Público*, vol. 1, n. 8, p. 1022-1029. Belo Horizonte: Fórum, out. 2001.

- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações, *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. n. 2. p. 41-58. Belo Horizonte, jan.-jun. 2007.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação de atos normativos pela administração pública. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. vol. 11. n. 45. Belo Horizonte, jul.-set. 2011.
- \_\_\_\_\_; DOMINGOS, Liandro. Supremocracia ou administocracia no novo direito público brasileiro? *Fórum Administrativo - FA*. n. 159. Belo Horizonte: Fórum, maio 2014.
- \_\_\_\_\_. ROSILHO, André Janjácómo. *Direito e políticas públicas: dois mundos?* São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 9. n. 36. Belo Horizonte, out.-dez. 2011.
- TÁCITO, Caio. Evolução histórica do direito administrativo. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. Presença norte-americana no direito administrativo. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada - exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 202. p. 1-10. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico, 1949. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, 1941.
- UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Public-private partnerships: terms related to building and facility partnerships. 1999. Disponível em: [www.gao.gov/archive/1999/gg99071.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.
- URUGUAÍ, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862.
- VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 8. n. 32. p. 6. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Análise de impacto regulatório. Um instrumento à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 (original de 1968).

- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes Deferentes? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*. ano 3, n. 12. p. 107-142. out.-dez. 2008,
- VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de ciência da administração e do direito administrativo*. 3 edições, 1906, 1912 e 1914.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos labirintos do STF: em busca do conceito de Serviço Público. Uma visão a partir do caso "ECT". In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana de Moraes (org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; e WALD, Alexandre. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- YEUNG, Karen. The regulatory state. In: CAVE, Martin; BALDWIN, Robert; LODGE, Martin (ed.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

## Capítulo 3

# MECANISMOS REGULATÓRIOS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Mecanismos regulatórios: 1.1 Instrumentos regulatórios baseados na autoridade: 1.1.1 A regulação normativa; 1.1.2 A regulação fiscalizatória; 1.1.3 A regulação sancionadora; 1.1.4 A regulação adjudicatória; 1.2 Instrumentos regulatórios baseados no consenso: 1.2.1 Função regulatória de recomendação das agências reguladoras; 1.2.2 Função arbitral das agências reguladoras; 1.2.3 Os acordos regulatórios - 2. Bibliografia.

### 1. MECANISMOS REGULATÓRIOS

No conceito de regulação estão compreendidas diversas competências estatais que, ao se exteriorizarem, conformam instrumentos regulatórios bastante particularizados, com específicas estruturas, dinâmicas de *enforcement* e finalidades. A maior parte desses instrumentos decorre do exercício de autoridade estatal. Como veremos, as seguintes competências são exercidas pelo regulador com autoridade: competências normativas, fiscalizatórias, sancionatórias e adjudicatórias. Contudo, uma tendência em curso corresponde ao aperfeiçoamento e recurso cada vez mais recorrente aos instrumentos regulatórios que se lastreiam na consensualidade, em que o acordo constitui atributo característico deste tipo de regulação. Os principais mecanismos regulatórios consensuais correspondem aos contratos regulatórios, acordos substitutivos, acordos de compromisso e a regulação arbitral. Somem-se a esse panorama as recomendações editadas pelos agentes reguladores para que os particulares desenvolvam suas atividades com previsibilidade e certeza sobre os condicionantes regulatórios.

No presente capítulo serão analisados os principais mecanismos regulatórios em prática na estrutura de regulação brasileira. Não temos por proposta listá-los simplesmente ou expô-los de modo descritivo, análogo ao método doutrinário, pois tal investida se mostraria infrutífera diante da complexidade e dos desafios jurídicos em que os mecanismos de regulação estão inseridos. Some-se a esse panorama o surgimento de novos instrumentos regulatórios no âmbito dos setores regulados, o que impede qualquer tentativa de exaurimento do tema.

Um dos componentes de sucesso da disciplina regulatória consiste no endereçamento de mecanismos de regulação que, efetivamente, corroborem para o atingimento das finalidades públicas a que se destina tutelar. É fundamental para o regulador a preocupação com a escolha do instrumento mais adequado para lidar com cenários concretos. O estudo dos mecanismos regulatórios pela perspectiva jurídica contribui para a tomada desta importante decisão pelo regulador. Assim, o presente item objetiva sistematizar esses instrumentos regulatórios e apresentar a estrutura básica de cada um deles, ressaltando as principais peculiaridades e as finalidades a que almejam.

### 1.1 Instrumentos regulatórios baseados na autoridade

Na gestão pública, a atuação administrativa embasada no emprego de prerrogativas públicas consiste no típico modo de desenvolvimento das atividades estatais e de satisfação de finalidades públicas. Como bem explorado na teoria do Direito Administrativo, ao Poder Público são conferidos poderes exorbitantes à esfera privada para que, ao exercer suas competências administrativas, tutele com maior efetividade os fins públicos que tem por função tutelar. Os poderes são conferidos à Administração, portanto, com uma destinação específica, qual seja, a garantia de finalidades públicas. Da necessária relação entre prerrogativas e finalidades públicas decorre o dever de proporcionalidade no emprego desses poderes, utilizados na medida do estritamente necessário à satisfação das finalidades públicas. Do contrário, estar-se-ia diante de claro abuso de poder.

A atuação administrativa pautada pelo exercício de poderes públicos é reconhecida pela sua estruturação em torno de um ato administrativo que dispõe da imperatividade como um de seus atributos, razão pela qual seu conteúdo incide sobre a esfera de direitos do destinatário independentemente de este aquiescer, ou não, com os deveres, as restrições, as limitações ou os condicionamentos de direitos que dele podem decorrer. A prerrogativa imperativa consiste, portanto, em um poder exorbitante à esfera privada, exercida com exclusividade pelo Poder Público. Reconhece-se como atuação administrativa baseada na autoridade aquela em que a prerrogativa imperativa é exercida na conformação da decisão pública. Pela via do ato imperativo e unilateral é estabelecida uma relação verticalizada entre a autoridade competente e o destinatário da decisão administrativa.

Como mecanismo de atuação administrativa, a regulação também pode ser editada baseada na autoridade. O ato regulatório é, por essência, um ato administrativo imperativo e unilateral. Como veremos, a regulação não se configura unicamente em atos imperativos e unilaterais, porém, ganhando cada vez mais relevância a regulação baseada no consenso, na qual se incluem esquemas contratuais e acordos regulatórios. No entanto, não se pode desconsiderar o fato de que a regulação originariamente se desenvolveu por meio do modelo de atuação administrativa baseada na autoridade. No Brasil, o debate se deu especialmente na construção das Agências Reguladoras e do modelo regulatório. O principal argumento a favor da criação das

Agências Reguladoras na estrutura burocrática brasileira consistiu na disciplina independente e tecnicamente especializada dos setores regulados, com a blindagem política esperada à manutenção dos contratos de concessão de longo prazo. Para tanto, o modelo de disciplina regulatória para viabilizar esta disciplina setorial se apoiou no exercício de poderes exorbitantes, com especial destaque para as competências normativa, fiscalizatória e sancionadora. Por isso a afirmação de que os atos regulatórios são, por excelência, atos imperativos e unilaterais, embora a regulação neles não se limite. Doravante, o emprego do termo “regulação” neste texto remeterá à regulação baseada na autoridade.

Para a satisfação de finalidades públicas – em regra, finalidades setoriais –, à autoridade reguladora são atribuídas competências públicas diversas, cujo desempenho se formaliza em atos imperativos e unilaterais. Nessa linha temos as sanções, editadas unilateralmente pela autoridade regulatória no exercício de competência sancionatória. Também podem ser mencionados os atos normativos, como as resoluções e as instruções, que resultam da prática da competência normativa que dispõem determinadas autoridades reguladoras. A regulação baseada na autoridade, portanto, decorre do exercício de uma competência cuja formalização corresponda a um ato unilateralmente editado e imperativo, pois que o correspondente conteúdo é de observância obrigatória aos regulados.

Ao contrário do fomento público, de adesão voluntária pelos sujeitos que realizam a atividade incentivada, a regulação determina um dever de observância obrigatória, cujo descumprimento enseja a aplicação de sanção. Caso os regulados não observem as determinações cominadas no ato regulatório, estarão sujeitos à aplicação de sanção pela autoridade pública, observadas as garantias processuais e a proporcionalidade na dosimetria da sanção, como será analisado.

Toda e qualquer competência que culmine em uma regulação baseada na autoridade consiste em matéria sujeita à reserva de lei. Para que a autoridade reguladora possa regular nos quadrantes da legalidade, é imprescindível a expressa determinação da competência em lei formal, i.e., lei oriunda do Parlamento. Em outros termos, o *permissivo genérico* à regulação que importe no exercício de prerrogativas públicas deve vir expressamente previsto em lei, como se verifica na listagem exaustiva das competências regulatórias nas leis de criação das Agências Reguladoras. A reserva de lei justifica-se pela restrição à esfera de direitos dos particulares quando da edição de atos regulatórios; encontra-se o Legislativo constitucionalmente legitimado a conferir tais competências aos órgãos e entes administrativos, a edição de lei que expressamente disponha sobre o exercício de competências regulatórias é suficiente para a prática da regulação pela autoridade pública competente. Isso não significa, porém, que todas as nuances da regulação devam estar minudentemente previstas na lei formal. Determinada a competência regulatória em lei, resta amplo espaço para que a própria autoridade reguladora, no exercício de competência normativa, discipline os parâmetros de sua própria atuação em regulamentos aos quais ela se autovincula.

A seguir serão apresentadas as competências regulatórias que ensejam uma regulação baseada na autoridade. Pretende-se expô-las e ressaltar os principais desdobramentos dessas competências na disciplina regulatória, o que conferirá ao leitor o panorama da regulação em prática hoje no Brasil.

### 1.1.1 A regulação normativa

Consiste a *regulação normativa* naquela praticada pelo regulador no exercício de poderes normativos para edição de atos unilaterais e imperativos, gerais e abstratos.<sup>1</sup> Como se depreende da definição apresentada, a regulação normativa é reconhecida pela competência para edição de atos administrativos marcados pela abstração e pela generalidade. Para melhor compreensão dos fundamentos, parâmetros e limites da regulação normativa, convém analisar de modo mais detido o seu produto final, qual seja, o ato normativo.

Os atos normativos dispõem de uma estrutura bastante particularizada ante os atos administrativos em geral.<sup>2</sup> São atos caracterizados pela *generalidade* na medida em que alcançam uma coletividade, que pode ser determinada em gênero, mas não em quantidade. Ao contrário dos atos administrativos que se exaurem com a efetivação de seu conteúdo, os atos normativos não se esgotam em um caso concreto, voltando-se a reger inúmeras situações futuras que se compassem com a determinação normativa. Os atos normativos gozam, nesses termos, de *abstração*.<sup>3</sup> Os atributos da abstração e da generalidade<sup>4</sup> conferem perpetuidade aos atos normativos emitidos pela Administração Pública, os quais apenas são retirados do sistema por ato de revogação, quando não mais se coadunarem com a interpretação de interesse público conferida para sua edição, ou de invalidação pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

1. Para uma compreensão da prática regulamentar da Administração Pública e seus atuais contornos, cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2014.
2. Em razão dessas particularidades do ato normativo, parte da doutrina os aparta da teoria dos atos administrativos, considerando-os espécie dos atos da Administração, mas não atos administrativos propriamente ditos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230 e ss.
3. Sobre os atributos da abstração e da generalidade dos atos normativos, BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005, p. 180-181.
4. Não raro os atributos da abstração e da generalidade são limítrofes, tendo em vista a edição de atos normativos ensejada por um determinado cenário concreto, como um impasse regulatório a que o regulamento é endereçado. No âmbito setorial, normas podem ser editadas com a exclusiva finalidade de interditar uma futura prática sinalizada pelos regulados, prática essa entendida pelo regulador como contrária às finalidades públicas. Especialmente nos setores em que poucos são os *players*, o caráter geral e abstrato da regulação pode ser mitigado. Apesar de tais normas nascerem com um destino certo, elas dispõem, de fato, de natureza normativa na medida em que são perenes e se projetam para o futuro, vindo a ser aplicadas sempre em que a situação concreta se apresenta. SILVA, José Afonso da. *Ato normativo*. 2012, p. 244.

A regulação normativa, portanto, encerra-se com a produção de um *regulamento*,<sup>5</sup> que incide sobre a esfera de direitos dos particulares. Considerando a abrangência dos comandos regulamentares, os atos normativos podem ser classificados em regulamentos de organização – quando dirigidos ao âmbito interno da Administração para disciplina de organização administrativa – ou em atos normativos jurídicos, com abrangência externa à Administração.<sup>6</sup> O exercício da competência normativa pelo regulador se aperfeiçoa com a edição de um regulamento jurídico adstrito aos parâmetros legais e às finalidades públicas (setoriais) a que visa satisfazer.

Invariavelmente os atos normativos produzidos pelo regulador são do tipo derivado, assim considerados aqueles que retiram seu fundamento de validade em lei formal. Assim como as demais competências regulatórias que terminam por limitar, condicionar ou restringir direitos particulares, a competência normativa apenas pode ser exercida legitimamente pelo ente regulador se prévia lei oriunda do Parlamento lhe conferir capacidade normativa. É imprescindível, portanto, o fundamento legal da regulação normativa. Ademais, todos os parâmetros e as condicionantes determinados em lei devem ser observados pelo regulador para a produção de um ato normativo válido.

As leis que conferem competência normativa a autoridades reguladoras tendem a adotar condicionantes no formato de *standards*, com baixa densidade normativa e que se relacionam diretamente à satisfação de finalidades públicas setoriais.<sup>7</sup> Trata-se de estruturas normativas vagas, genéricas e determinadas por conceitos jurídicos indeterminados, o que termina por conferir amplo poder normativo à entidade reguladora. No exercício desta competência normativa, o regulador deve se ater aos parâmetros gerais e às finalidades setoriais para que o regulamento seja legalmente editado. Assim, é obrigatória a realização de consulta pública previamente à produção de regulamentos se a lei assim dispuser, por exemplo.

Os requisitos de validade da regulação normativa abrangem o fundamento legal, a observação dos parâmetros legais de produção normativa e a adstrição às finalidades públicas, como salientado. Some-se aos referidos requisitos o dever de *processualização do exercício da competência normativa* pelo regulador.

De acordo com a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999), a função administrativa deve desenvolver-se no curso do processo administrativo para

5. A doutrina reconhece cinco tipos de regulamentos no Direito Administrativo brasileiro: regulamentos de execução, regulamentos autônomos, regulamentos independentes, regulamentos de necessidade e regulamentos delegados.
6. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Novos Rumos para o Direito Público. Reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 228.
7. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 408.

que seja válida,<sup>8</sup> observando-se, para tanto, os preceitos desta lei geral de processo administrativo. No caso da regulação normativa praticada por entidade federal, a Lei Federal de Processo Administrativo aplica-se subsidiariamente. Desse modo, impõe-se o dever de motivar o ato normativo, expondo as razões de fato e de direito,<sup>9</sup> a indelegabilidade da edição de atos normativos;<sup>10</sup> e as diretrizes de observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e de adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito ao direito dos administrados.<sup>11</sup>

O procedimento básico do processo administrativo normativo é compreendido nas seguintes fases processuais: instauração, instrução e decisão. Previamente à fase de instrução, porém, pode se desenvolver procedimento interno pelo regulador objetivando recolher dados e informações que permitam deliberar entre instaurar, ou não, o processo para elaboração da regulação normativa. Diante da instrumentalidade dos instrumentos regulatórios,<sup>12</sup> ao analisar o cenário setorial e as informações levantadas com relação a uma determinada temática o regulador pode decidir regular por meio de um contrato em vez de editar uma norma. Assim, a questão se encerrará no procedimento interno, sem se convolar em processo administrativo normativo.

O processo administrativo normativo inicia-se com o ato de instauração, de competência exclusiva do Poder Público.<sup>13</sup> Via de regra, a instauração do processo administrativo normativo procede-se de ofício pelo regulador tendo em vista a sua própria iniciativa de proceder à regulação de determinado assunto por meio de ato normativo. Interessante observar que o exercício da competência normativa pela Administração não se destina unicamente a superar eventual problema que se coloca no setor regulado. Ao lado deste caráter reativo da regulação normativa, o regulador pode editar uma norma visando a aprimorar o ambiente regulatório pela introdução de novas diretivas e instrumentos inéditos de atuação. Nesses casos, ganha destaque o *planejamento estatal*, que determina a *agenda regulatória*<sup>14</sup> a ser observada pela entidade para disciplina normativa setorial.

8. Art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.784/1999.

9. Art. 50 da Lei 9.784/1999.

10. Art. 13, I, da Lei 9.784/1999.

11. Art. 2.º, parágrafo único, VIII e IX, da Lei 9.784/1999.

12. Cf. capítulo 4 da Parte IV.

13. Além da instauração de ofício do processo administrativo normativo, o correspondente ato de instauração pode ser provocado por iniciativa do particular. O direito constitucional de petição (art. 5.º, XXXIV, *a*, da CF) legitima a submissão de proposta normativa pelo particular para que o Poder Público, caso a entenda oportuna e conveniente, instaure o processo administrativo normativo.

14. Apesar de não haver modelo uniforme de agenda regulatória, em geral nela são listados os temas em que a Agência irá se debruçar durante um determinado período (biênio, semestre, ano etc.) para fins de normatização. A maior utilidade da agenda regulatória corresponde à possibilidade de os agentes de mercado, que potencialmente sofrerão a incidência do conteúdo normativo, precaver-

Na fase de instrução o regulador recolhe subsídios para tomada de decisão envolvendo o exercício da competência normativa. A instrução do processo administrativo normativo se destina a, fundamentalmente, levantar informações sobre o tema em discussão por meio da juntada de pareceres, estudos técnicos, documentos, análises diversas e comentários dos particulares quando for realizada participação administrativa. Com base na compilação desses elementos, o regulador elabora o ato normativo. Também é nesse momento que devem ser realizados os *estudos de impacto regulatório*, dos quais são exemplos a avaliação de impacto regulatório.<sup>15</sup>

Ao final do processo, verifica-se a edição da decisão relacionada ao ato normativo que pode adquirir, entre outras, as seguintes conformações: (i) ato normativo; (ii) ato de interpretação; (iii) termo de compromisso de acordo setorial, caso seja previsto; ou (iv) arquivamento do processo. Além do dever de publicação da decisão final, é imprescindível a apresentação da correspondente motivação, que necessariamente deve considerar a instrução do processo administrativo normativo.

Conforme se evidencia na prática regulatória, diversas são as formalizações da regulação normativa. O tipo de revestimento do ato normativo é disciplinado especificamente em cada setor, de modo que o regulamento pode se materializar em um determinado setor como instrução normativa, enquanto se traduz como resolução normativa em outro. Esta particularidade da regulação normativa determina que o operador do direito se atenha às características do ato em análise para verificar a sua natureza jurídica: se seu conteúdo se projetar para o futuro, não se exaurindo em um caso concreto, e for destinado à disciplina dos particulares, então se estará diante de uma regulação normativa.

### 1.1.2 A regulação fiscalizatória

A *regularização fiscalizatória* é caracterizada pelo *exercício de competência fiscalizatória para fins de monitoramento das atividades reguladas e aferição das condutas de modo a impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios*.<sup>16</sup>

Conforme se depreende da definição, nos setores regulados a fiscalização se volta a duas principais finalidades. Primeiramente, ao fiscalizar o regulador *monitora* o correspondente setor, mantendo-se permanentemente informado sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado. Nessa linha, a fiscalização desenvolvida como monitoramento setorial permite avaliar a implementação das políticas públicas setoriais, verificando os êxitos e impasses na concretização de determinada política para constante ajustamento em benefício da satisfação das finalidades pú-

rem-se e iniciarem seus estudos com relação ao tema para que possam, desse modo, participar de modo mais qualificado quando da realização de audiência ou consulta pública, caso o processo normativo se abra à participação administrativa.

15. Cf. capítulo 5, item 1.2.1.

16. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 55.

blicas setoriais. Outra importante funcionalidade desse instrumento regulatório corresponde à análise da efetividade da regulação normativa, ou seja, à avaliação do impacto regulatório esperado com a edição de um determinado ato normativo. Como analisado,<sup>17</sup> ao contrário dos demais atos administrativos, os atos normativos são marcados pelo traço da perenidade e se voltam a disciplinar situações futuras, extinguindo-se apenas por revogação ou invalidação, pois não se exaurem. A fiscalização permite, assim, compreender o cenário no qual a norma é aplicada e os efeitos práticos que dela decorrem para lidar com o passivo normativo.<sup>18</sup> Tomem-se como exemplos dessa dinâmica as normas tarifárias editadas pelas Agências Reguladoras. O mesmo raciocínio pode ser projetado sobre os contratos regulatórios na medida em que as informações recolhidas durante a atividade de fiscalização viabilizam uma renegociação mais efetiva dos termos do contrato, caso a modificação dos termos contratuais se faça necessária.

Além do monitoramento setorial, a fiscalização regulatória também se destina a verificar a regularidade das condutas – tanto dos regulados quanto dos usuários – para impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios. Esta é a vertente da fiscalização mais difundida. De fato, na dinâmica regulatória três competências estão imediatamente relacionadas: a normativa, a fiscalizatória e a sancionatória. A norma editada pelo regulador determina o comportamento considerado lícito ou aderente às finalidades setoriais que necessariamente deve ser observada pelos destinatários e, caso a determinação normativa não seja cumprida, o regulador aplicará sanção proporcional à gravidade da infração observada e as garantias do devido processo legal, por meio da fiscalização se verifica a regularidade da conduta dos administrados.

Embora sejam diversas as exteriorizações da fiscalização regulatória, quatro procedimentos se destacam, a saber: (i) supervisão; (ii) inspeção; (iii) observação e (iv) vigilância.<sup>19</sup> Na atividade de supervisão, o regulador avalia o cumprimento das obrigações pelo regulado pactuadas em contrato, a exemplo da observância das metas de universalização de serviço público definidas em cláusula de contrato de concessão. A inspeção destina-se a verificar a observância das normas que definem o regime jurídico setorial por meio do exercício de poderes indispensáveis para promover a efetividade da fiscalização regulatória, nos limites da competência definida em lei formal. Na observação o regulador fiscaliza sem fazer uso de poderes como se

17. Cf. item 1.1.1 deste Capítulo.

18. Sabe-se que a criação das Agências Reguladoras relaciona-se diretamente com o escopo de conferir o necessário nível de segurança jurídica para promover uma regulação antes técnica que política, propiciando a atração de capital estrangeiro aos projetos econômicos nacionais, notadamente os de infraestrutura. O gerenciamento das normas editadas pelas Agências Reguladoras é de importância ímpar para que se promova segurança jurídica, de modo que regulados e usuários saibam, efetivamente, quais são as normas disciplinadoras das atividades a que se relacionem (regras do jogo). Restando dúvida sobre o regime jurídico em razão do passivo normativo não revisitado pelo regulador, a almejada segurança regulatória é colocada em risco.

19. SCHIRATO, Vitor Rhein. O manejo dos poderes fiscalizador e sancionador pela administração pública. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 3. nov.-dez. 2013, passim.

evidencia na supervisão. Por sua vez, a vigilância se diferencia das demais práticas de fiscalização quanto ao momento de efetivação, uma vez que se trata de uma atuação preventiva destinada a identificar potenciais condutas irregulares.

Diversas são as materializações da inspeção, variando significativamente de setor para setor, considerando as especificidades do objeto da regulação. Na fiscalização sanitária, por exemplo, são comuns as análises laboratoriais para verificar se um determinado produto emprega ativo proibido pela Anvisa ou seja produzido em desconformidade com as regras de produção. Não raro o exercício da fiscalização regulatória implica a visita técnica a estabelecimentos empresariais, o envio de relatórios pelo regulado, a vistoria de livros de registros e a presença pessoal para fins de esclarecimento (procedimento este comumente conhecido como *oitiva*). Invariavelmente o ato de fiscalização deve ser *motivado*, com apresentação das devidas razões de fato e de direito que habilitam o regulador a fiscalizar uma determinada atividade. Para que seja válida, a motivação do ato de fiscalização necessita apresentar ao menos os seguintes elementos: preceito normativo que confere competência fiscalizatória ao regulador; a indicação de como os poderes públicos serão exercidos no caso concreto (i.e., quais as práticas que os agentes de fiscalização irão realizar concretamente) e a relação de pertinência das práticas de fiscalização com os objetivos setoriais. Padece de vício de motivação, portanto, um ato de fiscalização.

A fiscalização regulatória desenvolve-se no curso de um *procedimento* iniciado de ofício pelo regulador ou mediante provocação, quando o regulador recebe alguma queixa ou denúncia sobre serviços prestados ou produtos disponibilizados no mercado. Na prática brasileira, é comum as Agências Reguladoras disporem de um órgão especializado para lidar com as notificações que lhes são encaminhadas e, assim, programarem a *agenda de fiscalização*. A agenda de fiscalização consiste hoje em um instrumento de larga utilização pelas Agências Reguladoras brasileiras, seja por viabilizar o planejamento da regulação em metas de fiscalização a serem satisfeitas em um determinado período, seja por conferir previsibilidade aos fiscalizados para que se preparem. Tendo em vista que o fim último da fiscalização não corresponde à instrução do processo administrativo sancionador, é oportuna a iniciativa do regulado de promover, por exemplo, auditorias internas para corrigir eventuais irregularidades. Em regra, as leis gerais de criação preveem o pagamento de *taxa de fiscalização* para arcar com os custos das atividades materiais (deslocamento de pessoal, compra de material técnico etc.) e mesmo com os custos de capacitação dos agentes de fiscalização para que lidem com o rápido desenvolvimento tecnológico nos setores regulados.

Importante ressaltar que a fiscalização não consiste em uma etapa intrínseca ao processo administrativo sancionador. Em termos de função regulatória, as competências fiscalizatória e sancionatória não se confundem, tendo cada qual objetivos e procedimentos bastante particularizados. A fiscalização regulatória visa a coibir práticas irregulares ou descompassadas com as finalidades públicas elegidas nos setores regulados, de modo que a função pedagógica e a função simbólica se sobressaem. Com relação ao procedimento, na fiscalização este é marcadamente inquisiti-

vo na medida em que não é dinamizado pelo contraditório, como se verifica nos processos administrativos sancionadores. O fato de o procedimento de fiscalização ser inquisitivo não significa, porém, que deva ser sigiloso, pelo contrário: todos os atos de fiscalização devem estar devidamente instruídos no procedimento e publicados, os quais podem ser legitimamente utilizados pelos fiscalizados para defesa de direitos. Apenas eventualmente, havendo informações cobertas por alguma confidencialidade ou havendo risco à intimidade ou à eficiência de procedimento, é que pode ser dado caráter reservado ou sigiloso a um processo de fiscalização.

Ainda, não necessariamente o destino do procedimento de fiscalização é o processo administrativo sancionador, o qual pode ser simplesmente arquivado ante a verificação da regularidade da prática fiscalizada ou a supressão dos problemas que a maculavam. Ainda, o procedimento de fiscalização pode ensejar medidas imediatas para não comprometer as finalidades setoriais, como a suspensão de atividades ou a retirada de produtos do mercado. Nessa linha, a fiscalização pode ser determinante para a mudança do quadro normativo, quando resultará na instauração de processo administrativo normativo. Dinâmicas consensuais ainda podem resultar do procedimento de fiscalização, como mediações regulatórias ou arbitragem sobre assuntos previstos no contrato que disponha de cláusula compromissória.

### 1.1.3 A regulação sancionadora

Como analisado, a tríade base de efetividade da regulação compõe-se por normatização, fiscalização e sancionamento.<sup>20</sup> Para que os comandos jurídicos sejam efetivos, é necessário o exercício do poder sancionador pela autoridade regulatória

20. Uma linha de investigação em curso corresponde à delimitação do *Direito Administrativo Sancionador*, eixo do Direito Administrativo que se incumbiria do estudo da atividade sancionatória do Estado. Para uma corrente de interpretação, o Direito Administrativo Sancionador seria informado por princípios decorrentes do poder punitivo estatal (*ius puniendi*), razão pela qual também se verificariam nos sistemas penal e processual penal. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, "[e]sses princípios e garantias ganharam tal amplitude ético-jurídica que passaram a reger e a orientar toda e qualquer expressão de poder estatal sancionador, deles derivando-se legítimos mecanismos, à disposição dos indivíduos, para a contenção do exercício indevido do *ius puniendi* estatal que, sem essas barreiras de proteção, fatalmente retornaria às indesejáveis práticas do arbítrio que antecederam o próprio Estado de Direito". Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 11. n. 43. p. 15. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2013. Entre os princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador, listam-se o contraditório e a ampla defesa; o devido processo legal; a proporcionalidade; a segurança jurídica; a legalidade; e a tipicidade. *Idem*, p. 17-19. Sem negar o devido valor à construção teórica do Direito Administrativo Sancionador, quer-nos parecer mais adequado depreender a base principiológica de uma determinada dinâmica sancionatória a partir do conjunto de normas que determinam o sistema jurídico setorial. Ainda é necessário ressaltar que o reconhecimento do *ius puniendi* estatal não implica o transplante de princípios e preceitos do Direito Penal ou do processo penal para o Direito Administrativo Sancionador: reconhecida a autonomia científica e operacional do Direito Administrativo, notadamente após a edição das leis gerais de processo administrativo, a atuação (regulatória) sancionadora rege-se pelo regime de direito administrativo.

nas situações em que se evidenciar, após regular processo administrativo sancionador; cometimento de infração administrativa, e desde que não cabível uma solução consensual, como os acordos substitutivos de sanção.

A regulação sancionatória caracteriza-se como *a atividade regulatória destinada à aplicação de sanções definidas em lei quando evidenciada a responsabilidade administrativa pela prática infracional no âmbito de um processo administrativo sancionador, regularmente conduzido em conformidade com as garantias constitucionais e legais.*

A competência sancionatória é objeto de reserva de lei, de modo que apenas a lei oriunda do Parlamento pode conferir a capacidade a determinado ente administrativo de aplicar sanções administrativas. Na medida em que o produto dessa competência termina por limitar, restringir ou condicionar o exercício de direitos pelos particulares, aplica-se a legalidade estrita. Nessa toada, ao ente regulador é interdita a aplicação de sanção administrativa que não esteja prevista em lei formal, pois o rol de sanções manejáveis pelo regulador é *numerus clausus* e deve, necessariamente, retirar fundamento de validade diretamente da lei formal. Incorreria em abuso de poder a autoridade reguladora que, por exemplo, interditasse o desempenho de uma dada atividade pelo particular apenado quando a sanção de interdição de atividade privada não lhe fosse expressamente atribuída por lei.

O fato de a legalidade estrita se aplicar no reconhecimento da competência sancionatória e no emprego das sanções administrativas não significa, porém, que as infrações administrativas não possam ser tipificadas em atos normativos ou mesmo em contratos regulatórios, como em um contrato de concessão. Na prática, a previsão de infrações administrativas tende a ser feita no âmbito regulamentar ou contratual por conta das especificidades das atividades reguladas. De fato, a lei formal, que passa por um processo legislativo no Parlamento, é incapaz de disciplinar com a devida minúcia todas as possíveis condutas que se caracterizariam como infrações. Carece o Legislativo de conhecimento técnico necessário para definir infrações na esfera setorial. Ademais, a definição das finalidades públicas setoriais, que servirá como parâmetro para determinar infrações administrativas, é própria do regulador, conhecedor do mercado que disciplina e das dinâmicas operacionais de prestação de serviços públicos. Não ofende ao princípio da legalidade a determinação de infrações em sede regulamentar ou contratual, portanto. Pelo contrário, é a previsão de infrações administrativas nos regulamentos ou contratos administrativos que confere a dinamicidade necessária para uma efetiva regulação dos serviços públicos, que de fato acompanhe a criatividade do mercado traduzida em novas condutas, muitas delas desafiadoras ao arcabouço normativo existente. O mais importante é que as infrações estejam previstas em ato normativo ou contratual editado anteriormente à prática da infração punível, editada após regular processo administrativo.

No processo administrativo sancionador discute-se o modo de operacionalização da competência sancionatória, a saber: determinação da oportunidade e conve-

niência de aplicação de sanção considerando a instrução processual, escolha da sanção que se mostre a mais adequada considerando as especificidades do caso concreto e dosimetria. Isso não significa, porém, que invariavelmente o processo administrativo sancionador se encerrará em uma regulação de natureza sancionatória. Ao menos três possibilidades mostram-se juridicamente viáveis: edição de ato terminativo do processo (em razão do advento, por exemplo, de prescrição administrativa ou da ausência de provas da autoridade e da materialidade dos fatos, por exemplo), aplicação de sanção ou celebração de acordo substitutivo. Do exemplo se extrai a importante constatação de que os setores são informados pela *fungibilidade dos instrumentos regulatórios*, de modo que as diversas modalidades de regulação coexistem e são consideradas na tomada de decisão administrativa.

#### 1.1.4 A regulação adjudicatória

O exercício da função adjudicatória corresponde à *edição de atos que habilitem o particular a explorar uma atividade regulada ou que permitam o exercício regular de um direito, obedecendo, sempre que for o caso, os requisitos previstos na Lei de Licitação e Contratos*.<sup>21</sup> Trata-se da competência definida em lei para que a autoridade regulatória, analisando o contexto do setor e a condição subjetiva do pleiteante, outorgue o título habilitador da atividade regulada, que pode ser uma autorização, uma licença, uma permissão ou qualquer outro título que o ordenamento setorial confira. Os atos de outorga são emitidos em consonância com as políticas públicas definidas para o setor.

## 1.2 Instrumentos regulatórios baseados no consenso

Como analisado, vale-se a autoridade reguladora de múltiplos mecanismos regulatórios para disciplina setorial.<sup>22</sup> Primeiramente, como já salientado, os atos normativos editados no exercício de competência regulamentar são manifestações

21. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras...* cit., p. 165. Nessa oportunidade asseveramos que "o poder de outorga detido pelas Agências não se confunde com a prerrogativa de decidir, planejar e organizar as outorgas de direitos de exploração de um bem ou atividade objeto da regulação. É dizer, a competência das Agências para praticar os atos de outorga (procedimentos de expedição das licenças, autorizações, concessões etc.) não se confunde com a decisão, típica de políticas públicas, sobre como, quando e em que condições serão expedidas estas outorgas. Essa questão veio bem equacionada na Lei 9.472/1997 (LGT) que reservou ao Poder Executivo (art. 18, II) a prerrogativa de organizar as outorgas dos serviços prestados em regime público (editando o Plano Geral de Outorgas), mas conferiu à Anatel a competência (art. 19, V) para editar os atos de outorga. A necessidade de se reservar o poder de outorga (vinculado, preferencialmente, por balizas de políticas públicas) decorre do fato de que as condições com que se leva a cabo o processo de outorga condicionarão a futura regulação sobre o bem ou atividade outorgada. Os termos e condições presentes no ato de outorga integrarão os marcos regulatórios a serem observados. Doutra banda, interesses estatais presentes no momento da outorga poderão interferir na regulação. É o caso, por exemplo, da predominância de interesses de arrecadação de ônus pela outorga (quando onerosa), que predicarão condições econômicas de significativo impacto na regulação tarifária ou na equação econômica de um contrato de concessão". *Idem*, p. 55.

22. Cf. capítulo 7 da Parte IV.

da regulação. Assim também o são os atos de fiscalização, os sancionadores e os adjudicatórios, por exemplo.<sup>23</sup> Todas essas competências devem estar definidas em lei formal, uma vez que as competências regulatórias são matérias de reserva de lei. Isso não interdita, porém, que o modo de exercício dessas competências seja disciplinado amiúde em normas infralegais editadas pelas próprias entidades administrativas que detenham capacidade normativa, quando, então, se autovincularão às suas próprias determinações. Tal se verifica, por exemplo, com a edição de regulamento em que se apresente a agenda de fiscalização de uma determinada Agência Reguladora ou no qual sejam determinados os parâmetros de aplicação de sanções previstas em lei formal. De semelhante modo, contratos de natureza regulatória - como são os contratos relacionais celebrados pelo Poder Público, entre os quais a concessão é o exemplo mais significativo<sup>24</sup> - terminam por disciplinar o manejo da regulação, como se verifica com a listagem das infrações administrativas em determinada relação contratual. Como visto, em geral a regulação se materializa em um ato administrativo, mas ela também pode ser exteriorizada pela figura contratual.

Uma das chaves de transformação teórica do Direito Administrativo consiste na introdução de métodos concertados no desempenho de competências administrativas, que, sem substituir a típica forma de ação administrativa baseada no ato administrativo imperativo e unilateral, passam a assumir cada vez maior importância na prática administrativa na medida em que esses mecanismos se coadunam com as novas demandas de permeabilidade do sistema regulatório.

Vejamos, a seguir, alguns desses regulatórios baseados no consenso.

### 1.2.1 *Função regulatória de recomendação das agências reguladoras*

Em razão de sua posição privilegiada no mercado regulado, as Agências Reguladoras exercem recorrentemente a função de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo Governo central.<sup>25</sup> Isso se deve, fundamentalmente, ao seu caráter técnico e constante interação com o mercado regulado, fazendo com que as informações imprescindíveis à elaboração das políticas públicas setoriais sejam encaminhadas para o Governo central. Muito embora as recomendações dirigidas ao Governo central não sejam mandatórias (não vinculantes) - pois a competência para a elaboração da política pública não é da Agência Reguladora, e sim do órgão da Administração Direta ao qual se vincula -, essas são de indiscutível relevância para o desenho de políticas mais efetivas e que promovam a integração entre a atuação dos órgãos centrais e da regulação.

23. Em razão do desafio à noção de regulação que o instituto do fomento apresenta, a relação entre essas figuras será trabalhada na Parte III, capítulo 4, a que remetemos o leitor.

24. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013. p. 321 e ss.

25. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras...* cit., p. 30.

A prerrogativa de recomendação das Agências Reguladoras vem, em geral, prevista nas leis-quadro setoriais. No caso da Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo, a prerrogativa de recomendação é listada entre as competências do Conselho Diretor, nos seguintes termos: "Propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações".<sup>26</sup> Desse modo, considerando as finalidades públicas setoriais, o cenário de desenvolvimento setorial e a qualidade de prestação dos serviços públicos regulados, a Agência propõe a política pública ou, ao menos, repassa informações e dirige recomendações ao órgão político para que este, então, edite a política pública setorial. Assim se verifica, ainda no exemplo do setor de telecomunicações, com o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) e o Plano Geral de Outorgas (PGO).

Como as demais prerrogativas públicas regulatórias, a função de recomendação pode perfeitamente ser objeto de participação administrativa, mediante a submissão da proposta de recomendação à audiência ou consulta pública. A possibilidade de os regulados e interessados em geral de participarem da construção da recomendação é, aliás, indicada, dado que o sucesso do desenho de uma política pública reside no grau de acesso à informação, bem como no reconhecimento das demandas e preocupações das diversas categorias de atores que interagem no setor regulado.

### 1.2.2 Função arbitral das agências reguladoras

A função arbitral das Agências Reguladoras é fundamentalmente exercida pelo arbitramento dos interesses presentes no setor regulado.<sup>27</sup> Na verdade, a atividade de regulação, como um todo, pressupõe o arbitramento dos diversos interesses envolvidos no exercício da função regulatória, bem como na tutela dos interesses dos hipossuficientes. Em sentido amplo, a prerrogativa de conciliação se configura na capacidade de o regulador conciliar ou mediar os diversos interesses envolvidos no setor regulado.<sup>28</sup>

Neste específico item, preocupamo-nos com a arbitragem como mecanismo de conciliação e de composição de interesses, notadamente entre os prestadores de serviço público regulado e os usuários. Durante a prestação do serviço público regulado, diversas ordens de conflito podem vir à tona, cabendo à Agência Reguladora dirimir esses conflitos. Pode-se fazer, de modo tradicional, por meio da adjudicação. No entanto, um dos modos mais salutares de resolver conflitos no âmbito regulatório corresponde à *composição de interesses* por meio de técnicas como conciliação e mediação.

A conciliação é preferencialmente adotada na resolução de conflitos envolvendo a própria Agência Reguladora e o regulado sobre algum impasse no cumprimento

26. Art. 22, III, da Lei 9.472/1997.

27. Cf. item 1.1.3. deste Capítulo.

28. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras...* cit., p. 127.

do contrato. Trata-se de uma técnica de resolução consensual de conflitos em que não se verifica o exercício de poderes de autoridade pelo regulador, mas, ao contrário, o conflito é dirimido por meio de acordo de vontades entre regulador e regulado dentro dos limites legalmente estabelecidos.

No caso específico da mediação, que desponta como o principal mecanismo de solução de conflitos no âmbito regulatório, os conflitos entre atores participantes do setor regulado são dirimidos pela intermediação do regulador, que atua como efetivo mediador buscando a solução consensual das controvérsias verificadas, na maior parte dos casos, entre empresas reguladas e usuários de serviços públicos.

### 1.2.3 Os acordos regulatórios

A projeção da consensualidade<sup>29</sup> determina a proliferação de acordos regulatórios na prática da regulação, com a receptividade cada vez maior dos setores regulados aos instrumentos que levem à tomada de decisão consensual pelo regulador. O desenvolvimento dos acordos regulatórios foi marcadamente observado no decorrer da primeira metade dos anos 2000, com a edição de atos normativos que legitimavam o regulador a decidir de modo consensual. Apesar de não haver unicidade sobre os instrumentos consensuais na esfera da regulação, dado que cada setor dispõe de suas específicas ferramentas disciplinadas por regime jurídico particularizado, os setores tendem a trabalhar com *termos de compromissos* e *termos de ajustamento de conduta*.<sup>30</sup>

Os acordos regulatórios podem ser compreendidos em duas grandes categorias, quais sejam: os acordos substitutivos e os acordos integrativos.

Os *acordos substitutivos* correspondem àqueles pactos firmados entre regulador e regulado para substituir a decisão imperativa e unilateral, terminar consensualmente processo administrativo em curso ou mesmo evitar a instauração de processo administrativo. A funcionalidade do instrumento, como sói, é conferida pelo regime jurídico que conforma o específico setor no qual se insere. Os acordos substitutivos são amplamente empregados nos processos sancionadores, sendo a sua principal funcionalidade a substituição de uma sanção regulatória – notadamente a multa – por obrigações de fazer (realizar uma auditoria interna, por exemplo) ou não fazer (deixar

29. A consensualidade é aqui entendida como técnica de gestão administrativa pela qual acordos são firmados entre Administração e administrado, no curso de processo administrativo, mediante negociação da prerrogativa imperativa (poder de autoridade estatal). Sobre o tema da consensualidade, cf.: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação. São Paulo, USP, 2010.

30. Nem mesmo a nomenclatura dos acordos regulatórios como “termos de compromisso” ou “termos de ajustamento de conduta” é uníssona. A depender do setor em análise, e das correspondentes normas que o informam, os instrumentos consensuais podem adquirir outra intitulação. É o caso, por exemplo, da ANS, cuja Lei 9.961/2000 legitima a celebração de “termo de compromisso de ajuste de conduta” em seu art. 4.º, XXXIX.

de realizar uma prática considerada ofensiva à ordem econômica, por exemplo).<sup>31</sup> Uma vez celebrado, o acordo substitutivo suspende o processo em curso até o efetivo cumprimento do pacto, quando, então, será encerrado. A celebração de acordo substitutivo não importa em confissão quanto à matéria de fato e nem de direito. Tampouco configura reincidência ou determina a perda da primariedade do regulado, pois não se verifica a aplicação de sanção administrativa.

Ao contrário do acordo substitutivo que, como o seu próprio nome indica, substitui o processo administrativo ou a decisão regulatória final, o acordo integrativo não substitui nem um, nem outro, sendo sua principal funcionalidade determinar o conteúdo do ato unilateral e imperativo final de modo consensual. Assim se verifica, por exemplo, com a celebração de termo de compromisso por empresa regulada para se comprometer a satisfazer as obrigações do pacto e, assim, obter licença ou autorização que pleiteia.

Tanto os acordos substitutivos quanto os acordos integrativos constituem título executivo extrajudicial e encontram-se abstratamente legitimados para uso pelas Agências Reguladoras, mediante disciplina normativa específica, pela Lei da Ação Civil Pública, nos seguintes termos: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".<sup>32</sup>

## 2. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Bruno Costa de. Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 36. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar. 2012.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a "regulação" no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

31. Mencione-se, por exemplo, a Res. 63/2004 da Aneel, cujo art. 21 assim determina: "Art. 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajustamento de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica. (Redação dada pela REN ANEEL 333 de 07.10.2008.)".

32. Art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985.