

Agências Reguladoras no Brasil: fundamento constitucional e base legal

Regulatory Agencies in Brazil: constitutional foundation and legal basis

José Marinho Paulo Junior*

Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas**

Sumário

1. Introdução. 2. Das Agências Reguladoras: origem e evolução histórica. 3. Fundamento de validade constitucional e Normatização infraconstitucional. 4. Da ebulição da consensualidade. 5. Da ressignificação da regulação reflexiva. 6. Conclusões. Referências.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o fundamento constitucional e as bases legais das agências reguladoras no Brasil. Sob a luz da Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck e da ciência interdisciplinar de resolução de conflito, o recorte de pesquisa se adstringe ao exame de suas balizas normativas contemporâneas, não se dedicando à análise comparatística ou histórica. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a ressignificação do conceito de regulação, enquanto também reflexiva.

* Pós-Doutorando (IVIG/COPPE-UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito (UERJ). Especialista em Resolução de Conflitos (*Justice Institute of British Columbia/Canada*). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

** Doutor em *Economie de l'Environnement* – *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* – EHESS – Paris (1994). Mestre em Engenharia Nuclear e Planejamento Energético pela COPPE/Universidade Federal do Rio de Janeiro (1988). Diretor da Sociedade Brasileira de Planejamento Energético. Professor do Programa de Planejamento Energético da COPPE/UFRJ. Coordenador Executivo do Instituto Virtual Internacional de Mudanças Globais (IVIG/COPPE/UFRJ). Foi Superintendente de Estudos e Informações Hidrológicas da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL – 98 a 2000); Diretor da Agência Nacional de Águas (ANA – 2000-2004); Secretário Executivo do Centro Nacional de Referência em Biomassa (97-98); Assessor Hidrológico Brasileiro junto à Organização Mundial de Meteorologia (OMM – 1998-2004); *Adviser* da Comissão de Hidrologia da Organização Mundial de Meteorologia (OMM – 2004-2008), e Coordenador do Programa de Planejamento Energético da COPPE/UFRJ (10/2011 a 03/2014).

Abstract

This article aims to assess, through bibliographic review, the constitutional foundation and the legal basis of Brazilian regulatory agencies. Under the light of Lênio Streck's Critical Hermeneutics of Law ("Crítica Hermêutica do Direito") and of the interdisciplinary conflict resolution science, this research is limited to inquiring about their contemporary normative boundaries, but not examining any comparative or historical perspective. This study is justified by the urge of redefining the nature of regulatory agencies, equally reflexive.

Palavras-chave: Agência reguladora. Resolução de conflito. Fundamentos constitucionais.

Keywords: Regulatory agency. Conflict resolution. Constitutional basis.

1. Introdução

O presente artigo perquire, em revisão bibliográfica, o fundamento constitucional e as bases legais das agências reguladoras no Brasil. Sob a luz da Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck e da ciência interdisciplinar de resolução de conflito, o recorte de pesquisa se adstringe ao exame de suas balizas normativas contemporâneas, não se dedicando à análise comparatística ou histórica. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a ressignificação do conceito de regulação, enquanto também reflexiva.

A abordagem se dá através do método hermenêutico fenomenológico, com revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem, não mais a partir de um sistema fechado de referências, mas sim no plano da historicidade. A ênfase, portanto, passa à compreensão – em que o compreender não é mais um agir do sujeito e sim um modo de ser que se dá pela intersubjetividade.¹

2. Das Agências Reguladoras: origem e evolução histórica

A origem histórica das agências reguladoras remonta ao ano de 1887, quando, nos Estados Unidos, iniciou-se o período intervencionista do Estado (por meio da regulação), após a fase liberalista, para enfrentar os monopólios e a concorrência desleal então perpetradas pelas ferrovias americanas. Nada obstante isto, somente a partir da ascensão de Franklin Delano Roosevelt, em 1933, é que proliferaram as *Independent Regulatory Comissions*, ampliadas para outros setores da economia, igualmente em combate ao controle monopolista e à concorrência desleal.²

¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

² MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro: Problemas e soluções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 23-39.

No ordenamento norte-americano há três espécies de agências: agências reguladoras independentes – *Independent Regulatory Comissions*; agências reguladoras quase independentes; e agências executivas.

As Agências Reguladoras Independentes (*Independent Regulatory Commission*) são entidades administrativas autônomas e altamente descentralizadas, com estrutura colegiada, com membros nomeados para cumprir um mandato fixo, do qual apenas podem ser exonerados por força de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*). A nomeação, inclusive a do presidente do colegiado (*Chairman*), cabe ao Chefe do Executivo com a prévia aprovação do Senado. A independência dessas agências pressupõe a discricionariedade técnica, isto é, suas posições são lastreadas em critérios puramente técnicos. Caracterizam-se também pela especificidade, atuando em setores específicos da atividade econômica, principalmente em serviços públicos, tais como água, energia elétrica, gás e telecomunicações.

As agências executivas, por sua vez, têm características jurídicas similares às das autarquias brasileiras: entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei com a atribuição de gerenciar e conduzir, de forma especializada, uma missão governamental específica. Apesar de formalmente com autonomia funcional, são entes vinculados à Administração Central, quedando sujeitas à orientação ditada pelo Presidente ou Ministro de Estado responsável pelo setor respectivo. Sua direção, ademais, pode ser exonerada a qualquer momento pelo Presidente, embora para a nomeação seja invariavelmente submetida à aprovação do Senado. Assim, ao contrário do que ocorre em relação às agências tipicamente reguladoras, o Presidente dos Estados Unidos da América tem total controle sobre as agências executivas, sendo de sua competência legal ditar-lhes a política a ser seguida, com possibilidade de exonerar *ad nutum* a chefia.

Fato é que o modelo norte-americano de agências reguladoras acabou por influenciar os demais países que copiaram ou adaptaram esse modelo introduzindo-o na estrutura administrativa do Estado. Não foi diferente com o sistema brasileiro.

As agências reguladoras são relativamente recentes em nosso país, surgindo na última metade da década dos anos 90, enquanto fruto das transformações do próprio Estado brasileiro, que passara, não mais como produtor, a dar ênfase à sua função reguladora, intervindo indiretamente na ordem econômica. Nesse processo de transformação do Estado, deu-se a desestatização de serviços públicos, notadamente nos setores de telecomunicações e energia elétrica, além da flexibilização do monopólio do petróleo.

Seria, entretanto, incorreto afirmar que não havia órgãos reguladores de diversos setores econômicos antes disso. Basta citar, por exemplo, o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Imobiliários, que, de certa forma, são órgãos de regulação, embora se distanciem das Agências Reguladoras

criadas durante a desestatização por não terem a independência destas.³ Todavia, a grande novidade das Agências Reguladoras consiste justamente em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública indireta.⁴ As agências reguladoras observam uma agenda estatal e não governamental, competindo-lhes cumprir políticas de Estado, de caráter mais amplo e permanente, insubordinadas a prioridades e diretrizes do governante de ocasião.⁵

3. Fundamento de validade constitucional e Normatização infraconstitucional

O poder regulatório da atividade econômica é expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

A despeito disto, a menção a agências reguladoras no texto constitucional se dá apenas e exclusivamente quanto às Agências Nacionais de Telecomunicações e do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (respectivamente, ANATEL e ANP), com a referência à expressão “órgão regulador” contida nos arts. 21, XI,⁶ e 177, 2º, III⁷ – o que suscita dúvidas sobre a constitucionalidade de outras que não estas e, assim, há mesmo quem sustente que a função reguladora só tem validade constitucional para as agências

³ VALADA, Matheus Malta. Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Jusbrasil* [16 ago. 2022]. Disponível em: <https://matheusvalada.jusbrasil.com.br/artigos/250343710/agencias-reguladoras-nodireito-brasileiro>. Consulta em: 19 out. 2022.

⁴ MORAES, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 25.

⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania* – a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo/Brasília: Editora 34/ENAP, 1998, p. 226.

⁶ Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

⁷ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. [...] § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

previstas na Constituição, inexistindo tal opção a outras, porquanto simplesmente imprevisas.⁸ Prevalece, todavia, entendimento⁹⁻¹⁰ no sentido de que tais menções feitas pelo Constituinte não são exaustivas, porquanto aberta à opção de, no exercício do poder regulatório, criar agência para tanto, dotando-a de mecanismos de garantia de sua independência.

Superando tal discussão, a primeira agência a ser criada foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), através da Lei nº 9.427/96,¹¹ com funções pertinentes ao setor de energia elétrica e de uso de potenciais energéticos. Através de delegação do Ministério de Minas e Energia, cabia-lhe também outorgar concessões e permissões de serviços referentes a este setor – neste ponto, reconheça-se, com independência reduzida, porquanto vinculada ao Ministério.

No ano seguinte, é criada a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio da Lei nº 9.472/97,¹² com competência para implementar a política nacional de telecomunicações, celebrar os contratos de concessão no setor, bem como normatizar toda a outorga de serviços públicos ao particular e, portanto, a prestação do serviço privado. Cabia a ela também definir normas quanto à padronização de todo equipamento usado pelas prestadoras de serviço, visando à integração de todas as redes e assim garantindo a concorrência. Tal agência já é dotada de maior independência, inclusive com a impossibilidade de demissão *ad nutum* de gestores.

Ainda no ano de 1997, através da Lei nº 9.478/97,¹³ é criada a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP),¹⁴ cuja peculiaridade era a de compartilhar competências com o Presidente da República e com o Conselho Nacional de Política Energética. Se a estes competia a fixação de políticas públicas referentes ao setor, àquela cabia a regulação para sua eficaz implementação. Posteriormente, em virtude da descoberta de reservas de petróleo no pré-sal, para que se garantisse à União maior controle da área e maior arrecadação de valores, retirou-se parte das atribuições da ANP relativas à licitação: a esta, apenas a competência de processar a licitação, ao passo que ao Ministério de Minas e Energia, a decisão de licitar e de elaborar o edital.

No ano de 1999 é criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da Lei nº 9.782/99,¹⁵ com competência para a regulação sobre grandes áreas

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2022. p. 146-147.

⁹ Tal como o de Leila Cuéllar: “A atipicidade não permite sustentar a inconstitucionalidade das agências. Assim, a ausência de previsão constitucional expressa acerca de cada uma das agências que eventualmente fossem criadas não importa imediatamente a inconstitucionalidade dos entes reguladores.” (CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001)

¹⁰ Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta (Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

¹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472cons.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

privadas da economia que podem apresentar risco à saúde da população, como medicamentos, tabaco, alimentos, bebidas e equipamentos médicos, além de propor ao Ministério da Saúde o estabelecimento de políticas públicas sobre o setor.

No ano seguinte, através da Lei nº 9.961/00,¹⁶ é criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), competente para a regulação dos planos de saúde privados, com amplo poder regulatório em setor privado da economia, inclusive sobre as relações contratuais entre empresas de saúde e seus clientes.

No mesmo ano, é criada, através da Lei nº 9.984/00, a Agência Nacional de Águas (ANA),¹⁷ responsável por regulamentar a implementação da Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe inclusive a avaliação da operação de reservatórios tanto pelo poder público como por particulares.

Após isso, em 2001, são ambas criadas através da Lei nº 10.233/01,¹⁸ a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). A ANTT regula assuntos referentes ao transporte ferroviário de cargas e passageiros pelo Sistema Nacional de Viação, ao transporte rodoviário de carga e passageiros e à exploração da infraestrutura relativa tanto ao transporte rodoviário quanto ao ferroviário, inclusive a outorga e licitações para a exploração de tais infraestruturas. A ANTAQ, por sua vez, regula o transporte de carga e de passageiros através dos cursos de água, sejam rios, lagos, ou no mar, seja o transporte feito de longo curso ou de cabotagem, bem como a infraestrutura portuária, a exploração portuária por particulares e também as convocações de procedimentos licitatórios.

Ainda em 2001, é criada a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) através da Medida Provisória n.º 2.228-1, posteriormente convertida na Lei nº 10.454, de 13 de maio de 2002, administrada por uma diretoria colegiada, composta de um Diretor-Presidente e três Diretores, com mandatos fixos e não coincidentes, aprovados pelo plenário do Senado Federal. Suas atribuições mais relevantes são o fomento à produção cinematográfica regional e à adaptação de obras publicitárias cinematográficas estrangeiras para o país.

Nova Agência Reguladora vem a ser criada em 2005 pela Lei nº 11.182/05: a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), responsável pela regulação da aviação civil e da infraestrutura aeroportuária, fiscalizando a outorga de serviços de aviação no Brasil, concedendo a exploração de tais serviços e também, em conjunto com órgãos de defesa da concorrência, reprimindo infrações de ordem econômica.

Com atribuição para o planejamento da exploração mineral e o aproveitamento dos recursos minerais, assegurando, controlando e fiscalizando o exercício das atividades de mineração, além de regular o uso dos recursos minerais de domínio da União, observando a utilidade pública e o interesse nacional, garantindo racionalidade do aproveitamento dos bens minerais, da concessão do subsolo, reparabilidade

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

financeira e estrutural à sociedade e a sustentabilidade do meio ambiente, a Agência Nacional de Mineração (ANM) vem a ser criada por meio da Medida Provisória nº 791, de 25 de julho de 2017, posteriormente convertida na Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017.¹⁹⁻²⁰

E ainda mais recentemente, a Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022,²¹ transformou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial.

Existem também agências reguladoras estaduais e municipais, que em sua grande maioria, devido a menor quantidade de atividades reguladas,²² acabam sendo multissetoriais, diferentemente das agências federais.

A título meramente exemplificativo, tenha-se a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), que regula os serviços de saneamento, transporte de passageiros, energia elétrica, estações rodoviárias, travessias hidrográficas, travessias hidroviárias, rodovias concedidas e gás canalizado.²³ No Estado do Rio de Janeiro, também a título ilustrativo, a Lei Estadual nº 4.555/2005 criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP), enquanto a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) foi criada através da Lei Estadual nº 4.556/05.²⁴

Há ainda quem enxergue no próprio Ministério Público uma agência reguladora.²⁵ Alencar²⁶ aduz que a autorregulação do *Parquet* e seu amplo arsenal de possibilidades de interferência em seu foco de atuação permitem chamá-lo agora de órgão público regulador, como uma agência *sui generis*, conferindo-lhe “sem sombra de dúvida, o título de maior e mais importante regulador estatal do Brasil.”

¹⁹ BRASIL. Publicação no site do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm. Consulta em: 31 out. 2022.

²⁰ Foi efetivamente instalada em 28 de novembro de 2018, pelo Decreto nº 9.587, com a extinção do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que prosseguira transitoriamente até tal marco (conforme Parecer nº 00233/2017/PF-DNPM-SEDE/PGF/AGU).

²¹ BRASIL. Publicação no site do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1124.htm. Consulta em: 25 out. 2022.

²² Em sentido diverso, sustentando a complexidade específica de serviços, nascidos de realidades locais e sujeitos a moldes distintos, na vastidão de um país com centenas de municípios de pequeno porte, vide por todos AMORIM, Alexandre Gonçalves de. Gestão Municipal em um país de pequenas e médias cidades. In *Gestão Municipal no Brasil: modernização, cooperação e humanização*. CARNEIRO, José Mario Brasiliense; GIOSA, Livio Antonio; LEMOS, Murilo Lemos de. (Org.). São Paulo: Oficina Municipal; Fundação Konrad Adenauer Brasio, 2021, p. 72-91.

²³ Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/inicial>. Consulta em: 19 out. 2022.

²⁴ Disponível em: http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=27. Consulta em: 21 out. 2022.

²⁵ Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta(Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

²⁶ ALENCAR, Paulo Wunder de. Autorregulação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 58, p. 179-194, out./dez. 2015.

Sintomático o poder-dever regulatório de velamento de fundações confiado às Provedorias do Ministério Público, enquanto defensor da cidadania *lato sensu*,²⁷ na forma dos artigos 62 e seguintes do Código Civil em sua forma combinada com os artigos 764 e 765 do Código de Processo Civil.²⁸

As fundações, como, de resto, outras instituições que, embora privadas, perseguem fins de interesse público, têm estado sempre sujeitas à ação fiscalizadora e tutelar do Estado, atribuição essa denominada provedoria. Arremata Sérgio de Andréa Ferreira, o primeiro provedor de fundações do Estado do Rio de Janeiro:²⁹ “O provedor é o que provê, porque prevê; o é o que dispõe, o que regula [...]”.

4. Da ebulição da consensualidade

Em paralelo a esta reconfiguração do Estado regulador, o estímulo à consensualidade, com evolução da ciência de resolução de conflitos, passou a ser um novo mote em nosso ordenamento, sendo a Lei Nacional de Mediação e o Novo Código de Processo Civil emblemáticos desta nova realidade por inúmeras outras iniciativas, em clara compreensão de que mesmo a indisponibilidade do interesse público não se confundiria com a disponibilidade de meios para atingi-lo, sendo imprópria a invocação do princípio da indisponibilidade do interesse público como óbice à sua utilização por entes públicos.³⁰

Desde o visionário termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 11 §5º da Lei nº 6.385/76),³¹ posteriormente remodelado pelo art. 14 da Lei nº 13.506/2017, a consensualidade também foi ampliada, por exemplo, por meio do acordo de leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011; art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), do compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), dos acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo Banco Central do Brasil (art. 30 da Lei nº

²⁷ A acepção ampla de cidadania vai além da seara eleitoral. Cabe ao *Parquet* não apenas sua defesa no estrito senso eleitoral, mas também em sua mais larga significação cívica, segundo Mazzilli (op. cit., p. 198). O velamento fundacional, de natureza eminentemente regulatória, é direcionado primordialmente ao desenvolvimento e ao crescimento do setor terciário, enquanto propulsor da efetividade de direitos da pessoa humana, segundo Luiz Fabião Guasque. FABIÃO GUASQUE, Luiz. O Estado liberal, as fundações e associações civis instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 10, p. 132-134, 1999)

²⁸ O que é reverberado difusamente na legislação, como, por exemplo, na Lei nº 13.151/2015, na Lei nº 8.958/1994 e na Lei nº 12.101/2009.

²⁹ A íntegra da passagem: “O provedor é o que provê, porque prevê; o é o que dispõe, o que regula, o que ordena, o que providencia, o que verifica, examina, fiscaliza, inspeciona, corrigindo o que não está conforme às normas pertinentes. A provedoria tem estado distribuída entre órgãos administrativos e judiciários, conservando sempre, porém, sua natureza administrativa. Com efeito, é um meio-termo entre a supervisão administrativa e o poder de polícia ordinário sobre as pessoas jurídicas particulares em geral. Do ponto de vista do Judiciário, trata-se de jurisdição voluntária ou graciosa (...)” (FERREIRA, Sérgio de Andréa. A intervenção do Ministério Público nas fundações. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 127, p. 615-622, jan./mar. 1977)

³⁰ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XIV, 2014.

³¹ Poder-se-ia retroagir ainda mais no tempo. Bastaria lembrar do longo instituto da desapropriação amigável previsto pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo artigo 10 previa expressamente que poderia efetivar-se mediante acordo.

13.506/2017) e o compromisso do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei n.º 13.655/2018.

Em paralelo, diversos diplomas legais remetem à arbitragem para conflitos da Administração Pública. A título exemplificativo, afora evidentemente a Lei n.º 9.307/96 (Lei Nacional de Arbitragem), tenham-se a Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 93, XV; Lei n.º 9.478/97 (Lei de Petróleo), art. 43, X; Lei n.º 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 11, III; Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 23-A; Lei n.º 10.848/04 (Lei sobre a Comercialização de Energia Elétrica), art. 4º, §§ 5º, 6º e 7º; Lei n.º 4.418/02 (Estatuto do BNDES), art. 9º, I.

Tal movimento conciliatório foi acompanhado por diversas unidades da Federação. No Rio de Janeiro, destacam-se, por exemplo, o Decreto Estadual n.º 42.625/2018 (de Arbitragem na Administração Pública) e a Lei Estadual n.º 5.427/2009 (sobre ajustes em procedimentos administrativos – com repercussão na atividade de velamento fundacional pelo *Parquet*).

E assim não se deu apenas na *terrae brasilis*. Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas³² também migraram de adversariais a dialógicos.

Na América Latina, na década de 90, uma série de conferências realizadas em diferentes localidades para sensibilizar os gestores de conflitos impulsionou o movimento conciliatório.³³ Consoante Highton de Nolasco *et al.*,³⁴ na Colômbia, a Lei n.º 23/1991 instituiu mecanismos para descongestionar o Poder Judiciário, com a criação de centros de mediação sob controle do Ministério da Justiça, além de obrigar Faculdades de Direito a organizarem centros próprios e de prever a mediação comunitária. No mesmo ano, na Argentina, o Ministério da Justiça iniciou a elaboração do Plano Nacional de Mediação para implementar programas consensuais em diversos setores da sociedade, sobrevivendo, nos anos seguintes, diversas iniciativas para ampliar a mediação no país – o que culminou na Lei n.º 24.573/1995 sobre mediação prévia judicial em caráter obrigatório.

Em decorrência da Diretiva n.º 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Europeia, foi editada na Itália a Lei n.º 69, de 18 de junho de 2009, posteriormente regulamentada pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010. Na França, antes mesmo da Diretiva, já se admitia mediação, por meio do Decreto n.º 96-652 de 1996, ampliando, todavia, o Decreto n.º 66, de 2012, com adoção do processo

³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI (2013). Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 22 set. 2021.

³³ SANTOS, André Luis Nascimento dos. *A influência das organizações internacionais na reforma dos judiciários de Argentina, Brasil e México*: o Banco Mundial e a agenda do acesso à Justiça. Dissertação de mestrado – Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em: http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

³⁴ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p. 153.

participativo. Na Espanha, o Decreto-Lei nº 5/2012³⁵ ampliou o tratamento antes dado pela Lei nº 15/2005. Na Alemanha, publicada a *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, em 25 de julho de 2012,³⁶ a mediação não se tornou claramente obrigatória, mas por outro lado, exige-se que ao ingressar com a ação, a parte informe se houve alguma tentativa conciliatória prévia. No Reino Unido, o *Code of Procedural Rules* prevê, em 36.21 (1), igual incentivo.³⁷⁻³⁸

Nos Estados Unidos, há o *Uniform Mediation Act*. Por seu turno, no Canadá, foram editados extensos regulamentos acerca da matéria, como o *Investment Canada Act*³⁹ e *Rules of Civil Procedure*,⁴⁰ com o instituto do *Offer to Settle*. Na Província de *British Columbia*, vigoram o *Law and Equity Act - Notice to Mediate (Family) Regulation*⁴¹ e *Small Claims Rules*.⁴²

Longe de ser apenas um fenômeno ocidental, países como a China (por seu *People's Mediation Law*)⁴³ igualmente adotaram inovações legislativas nesta direção.

Em termos metodológicos, ocorre vertiginosa revolução negocial⁴⁴ coletiva em um meio cada vez mais virtual e com necessidade de tratamento de *Big Data*⁴⁵ – onde

³⁵ Texto disponível no *Boletín Oficial del Estado*: <<http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A2012-3152.pdf>>. Acesso em: 07/03/2012.

³⁶ *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35*, ausgegeben zu bonn am 25. Juli 2012. Disponível em: <<http://www.bundesgesetzblatt.de>>. Acesso em: 26/07/2012.

³⁷ REINO UNIDO. *Code of Procedural Rules (1998)*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

³⁸ A mediação na Grã-Bretanha se inicia em 1978 (pelo menos), a partir do movimento *Parents Forever*, que se dedicava a conflitos entre pais e mães separados, com o primeiro serviço de mediação em Bristol. (BARBOSA, Águida Arruda. *História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências*. Disponível em: www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrod-partel.pdf. Acesso: 05 nov. 2021)

³⁹ CANADA. *Investment Canada Act*. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/ik00064.html#MediationGuideline>>. Consulta em: 15 abr. 2020.

⁴⁰ De acordo com *Rules of Civil Procedure*, autor ou réu estão autorizados a fazer propostas *without prejudice* (v.g., que não podem influenciar o julgamento pelo magistrado) que fixam em prol do ofertante o limite abaixo do qual se lhe isentam isentas custas e honorários. Noutras palavras, caso o resultado do processo não supere a proposta, o proponente ganha proporcionalmente vantagens fiscais. Tenha-se, neste mesmo sentido, o *Offer to Settle* previsto na Rule 10.1 do *Small Claims Rules of British Columbia*.

⁴¹ BRITISH COLUMBIA. *Law and Equity Act – Notice to Mediate (Family) Regulation [RSBC 1996] CHAPTER 253*. Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

⁴² BRITISH COLUMBIA. *Small Claims Rules (2012)*. Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

⁴³ Muito embora a mediação faça parte do tecido cultural chinês há milênios, sendo socialmente respeitada a assistência de terceiros neutros em conflitos desde tempos antigos, o modelo evoluiu, hoje subdividido em civil, judicial, administrativo e arbitral, com treinamento de seus integrantes e suporte institucional. (HEPING *et al.*, 2020. Disponível em: <<https://weinsteinternational.org/mediation-in-china/>>. Acesso em: 17 ago. 2021)

⁴⁴ “Negociação” em sentido amplo; incluída, pois, a negociação assistida qualificada (a mediação), esposada aqui a concepção *lato sensu* de William Ury e Roger Fisher (URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Books, 1992). Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o *Uniform Mediation Act*, que dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

⁴⁵ Diante da complexidade que denomina “ciclo de engajamento” na mídia social, fica clarividente a necessidade de haver um sistema próprio, adequado, predisposto e igualmente complexo para tratamento da informação, constante, flutuante e contínua, que passa por tal meio digital. E tudo sem mencionar a constante ebulição de tecnologias, tais como o *Open Data*, que sonham em mudar o modo como cidadãos

não se permite às instituições o simplório *opt-out*, em realidades impostas.⁴⁶ Sob tais luzes, ao se olhar para o cenário jurídico-processual, frente a demandas processuais coletivas *lato sensu*, não bastará ao operador do direito adotar adequado veículo de diálogo em massa.

Haverá de ir além, devendo lançar mão, de igual forma, de instrumento de análise quantitativo-qualitativa da informação complexa, sem o que estará diante da absurda alternativa de se perder tal inestimável dado ou de se quedar paralisado em assombro diante do que não consegue compreender. Colher dados em massa e extrair significado e sentido destes são tarefas que andam de mãos entrelaçadas.⁴⁷ A resolução de conflito reclama seu reconhecimento como ciência e não só como arte.⁴⁸

Já há muito antecipava Alvin Toffler⁴⁹ o colapso dos instrumentos clássicos para construção de consenso e a implosão do sistema decisório tradicional, com sua escala inadequada, incapaz de lidar adequadamente com problemas transdisciplinares, inepto a acompanhar a velocidade crescente da realidade, inábil a lidar com altos níveis de tecnologias diversificadas, com forma obsoleta da era industrial e vácuo de liderança.

Migra-se do modelo único da audiência pública a novos meios dialógicos em massa, destacados entre estes *Consensus Building Approach*, *Open Space Technology*, *World Café*, *Deliberative Polling*, *21st Century City Hall Meeting*, além de processos circulares (como as *Gacaca Courts*), narrativos, constelares, transformativos e unitários, em suas formas multitudinárias.⁵⁰

e governos interagem em relação a problemas que conjuntamente se prestam a enfrentar. (LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012)

⁴⁶ E não há, para o Direito e a Justiça, a opção estratégica de contrafluxo comportamental. Se uma instituição resiste à mudança, pode rapidamente colocar-se em uma rota de declínio daqueles que falharam em entender o novo modelo de seu negócio, ainda que com uma menor fatia do mercado – ainda maior do que fatia alguma. (QUALMAN, Erik. *Socialnomics – How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 158)

⁴⁷ A avaliação de impacto regulatório (AIR) surge como um novo paradigma para o processo e o método de motivação e controle de escolhas com o uso de autoridade, consoante Ribeiro. (RIBEIRO, Daniel Lima. *Adaptive regulatory impact assessment: Beyond the foresight-hindsight divide*. *ResearchGate*, set. 2019)

⁴⁸ DANESH, Roshan. *Integrating conflict theory and practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

⁴⁹ Vale a transcrição: “Our so-called contemporary political systems are copied from models invented before the advent of the factory system – before canned food, refrigeration, gaslight, or photography, before the Bessemer furnace or the introduction of the typewriter, before the invention of the telephone, before Orville and Wilbur Wright took wing, before the automobile and the airplane shrunk distance, before radio and television began their alchemy on our minds, before Auschwitz industrialized deaths, before nerve gas and nuclear missiles, before computers, copying machines, birth control pills, transistors, and lasers. They were designed in an intellectual world that is almost unimaginable – a world that was pre-Marx, pre-Darwin, pre-Freud and pre-Einstein.” (TOFFLER, Alvin. *Future Shock – The third wave*. New York: Bantam Books, 1980. p. 411-415)

⁵⁰ Para maior detalhamento de novos métodos de resolução de conflito em massa, vide José Marinho Paulo Junior (PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos modernos de resolução de conflito em massa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 52, 2015). Sobre *Gacaca Courts*, experiência única de Rwanda, onde se deu aplicação de processo circular restaurativo a incidentes com violência, consulte-se Leslie Haskell (HASKELL, Leslie. The Legacy of Rwanda’s Community-Based *Gacaca Courts*. *Human Rights Watch*, 30 maio 2011).

É preciso compreender, todavia, na esteira de Castanheira Neves,⁵¹ ao reconhecer que os modelos atuais (de justiça e jurisdição) entraram em crise,⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴ contrapondo que disto não se extraía o negativo circunstancial, tampouco o lamento da quebra anômica, mas sim e sobretudo a consumação histórico-cultural da perda contextual do sentido das referências até então regulativas, tem-se que o conceito clássico e paradigmático tomba por terra sem sentido, sendo necessário algo novo e ressignificado. Portanto, o presente estudo se encontra no “novo da concomitância”.⁵⁵ As mudanças devem ocorrer a partir do paradigma e do contexto social vivenciados. Nesta medida, a contemporaneidade do sistema *sub oculis* não significa a ruptura total com paradigmas anteriores, com superação ou sucessividade, mas sim a própria transição.⁵⁶

5. Da ressignificação da regulação reflexiva

A regulação pertine às modalidades segundo as quais o Estado delega a gestão de serviços públicos e coletivos a empresas privadas com a premissa de instituir agências administrativas independentes, chamadas de agências reguladoras, como assinala Boyer.⁵⁷ Também é definida como o conjunto de ações decididas e executadas por uma instância (governo, hierarquia de uma organização) para orientar as ações e as interações dos atores sobre os quais detém certa autoridade, na letra de João Barroso.⁵⁸

Regular é o agir estatal mediante o qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.

⁵¹ NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXXIV, p. 2, 1998.

⁵² A noção de crise para Edgar Morin “acontece numa teoria científica ou no meio científico, a partir do momento em que a teoria em vez de integrar os dados, não pode mais fazê-lo e quando as anomalias se multiplicam tanto que, decididamente, questionam a teoria.” (MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 7). Neste sentido, o sistema jurídico atual estaria em crise (estrutural, funcional e institucional), com questionamento incessante de suas anomalias.

⁵³ Conquanto reconhecendo como imprescindível o Poder Judiciário, aduzem Spengler *et al.* que a crise deste Poder pode ser identificada como de identidade e de eficiência, com embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, inapto a lidar com a complexidade conflitiva atual, em termos de tempo e espaço. (SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 15, n. 2, p. 66, dez. 2011)

⁵⁴ Vale a voz de Greco, no sentido de que, se o Estado e a Justiça estão em crise, consequentemente também está o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados. (GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3)

⁵⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

⁵⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Marcia Michelle Garcia. Interdisciplinariedade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. *RJLB*, n. 4, ano 4, p. 955-999, 2018.

⁵⁷ BOYER, Robert. *Teoria da regulação: os fundamentos*. Tradução de Paulo Cohen. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 23. Título original: *Théorie de la régulation. Lês fondamentaux*.

⁵⁸ BARROSO, João. Os novos modos de regulação das políticas educativas na Europa: da regulação do sistema a um sistema de regulações. In. *Educação em revista*. Belo Horizonte, v. 39, p. 19-28, jul. 2004. p. 20.

A exata compreensão de tal conceito pressupõe também a de serviço público, que não é apriorístico, na letra de Caio Tácito,⁵⁹ variando em razão do perfil de atuação do Estado, da evolução social, econômica e tecnológica, ou mesmo da diversidade cultural entre os países (o que permite que atividades possam ser classificadas como serviço público em determinado país, mas como atividades econômicas eminentemente particulares em outros).

Diante da volatilidade intrínseca ao instituto, torna-se essencial para a caracterização de serviço público a análise sobre o ordenamento jurídico vigente.⁶⁰⁻⁶¹

Nessa linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁶² sustenta que todo e qualquer serviço público deve estar previsto no ordenamento jurídico, “porque a atividade econômica, caracterizada como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*) e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão.” Noutras palavras, não pode o administrador classificar, autonomamente, uma atividade econômica como serviço público, já que a publicização da atividade afastaria a livre iniciativa dos particulares. A noção de serviço depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividade: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado, conforme Bandeira de Melo.⁶³

De toda forma, a teoria econômica que se tornou o paradigma do Estado liberal sustentava que as leis do mercado bastariam para propiciar o pleno desenvolvimento da atividade econômica, com ações individuais tendentes a uma posição de equilíbrio, sendo a ação do Estado na economia desnecessária. O Estado seria supostamente mínimo, com funções e poderes limitados, até porque ele próprio seria ontologicamente justificado à luz do acordo entre indivíduos livres para garantir uma convivência duradoura e pacífica. Mas, tal concepção de Estado passou a

⁵⁹ TÁCITO, Caio. As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar. *Temas de Direito Público*. Editora Renovar, 1997.

⁶⁰ Medauar anota que: “No tocante ao serviço público, o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel; é o plano de escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei, na tradição”. (MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 189, 1992., p. 109)

⁶¹ Eros Roberto Grau, em igual sentido, aduz que a “Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público”, concluindo que “[s]erviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)”. (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Editora Malheiros, 1ª edição, 2003, p. 249/266)

⁶² REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): Limites e Possibilidades. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 25, 2011.

⁶³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil – Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Administrativo*. Tomo 2, Editora Max Limonad, 2001.

admitir a necessidade de intervenção, diante da falibilidade do modelo proposto,⁶⁴ especialmente assegurando situações de privilégio para os economicamente fortes, sob o pretexto da proteção à liberdade.⁶⁵

No mundo corporativo, nas duas últimas décadas, a responsabilidade social (ou *Corporate Social Responsibility* - CSR)⁶⁶ tem chamado a atenção de estudiosos, gestores e *stakeholders*, na medida em que a busca de lucros deve conviver com uma reputação pristina, com inclusão, consciência ambiental e desenvolvimento sustentável,⁶⁷

⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 48.

⁶⁵ "There have been many cases in which human rights abuses by multinational enterprises ("MNEs") have arisen in developing states, and been litigated in developed states. For example, relevant civil litigation has been brought in the United States, the United Kingdom, Canada, and the Netherlands. Such cases may arise for a variety of reasons. Remedies can be difficult to attain in states where the alleged abuser is more economically powerful than the developing state in which it is conducting operations: the host state in some cases is economically vulnerable and perhaps susceptible to influence, if not coercion and corruption. The relevant human rights abuse has sometimes involved the complicity of the host state: litigation within that state could be futile and even attract reprisals. Furthermore, a host state may lack the technological, environmental or legal expertise to properly hold an MNE to account. [...] Transnational human rights litigation is an important means of ensuring accountability for MNEs for human rights abuses. One of the key aims of the proposed BHR treaty is to ease the path for victims to access justice in appropriate courts, whether in host, home or occasionally other countries. While the draft treaty has made significant progress in that regard, more work must be done in future drafts in order for the treaty to ultimately achieve the goal of facilitating global access to justice for victims of business-related human rights abuses." (in *BHR Symposium: The Business and Human Rights Treaty and Private International Law* (sept 09 2020). 2020 *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2020/09/09/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-and-private-international-law/>).

⁶⁶ CSR não é uma iniciativa insujeita a contestações: "In the debate among scholars about the effects of CSR on firm financial performance, one of the most prominent arguments against the financial benefits of CSR has been the agency cost prediction first made by Friedman (1970), who characterized CSR activities as self-interested behavior by individual managers at the expense of the firm's shareholders. Subsequent studies have found supporting evidence of CSR as a potential agency cost, finding that CSR may be used to advance personal interests over the interests of shareholders (Borghesi et al., 2014; Brown, Helland and Smith, 2006; Cheng, Hong and Shue, 2014; Jiraporn and Chintrakarn, 2013; Krüger, 2015; Li, 2016b; Masulis and Reza, 2015), provide added job security to inefficient managers by pleasing stakeholders (Cespa and Cestone, 2007), compensate for the negative consequences of engaging in earnings management (Prior, Surroca and Tribó, 2008) and enhance individual reputations of managers (Barnea and Rubin, 2010)." (LI, Frank. *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance* (2020). *Scholarly Community Encyclopedia*. < <https://encyclopedia.pub/715>>)

⁶⁷ Surya Deva sustenta que "[...] as part of the sustainable development agenda, companies should have a responsibility to respect and to promote human/labour rights and environment and that this responsibility should be considered while doing business and making business decisions". (DEVA, Surya. *Sustainable Development: What Role for the Company Law?* *International and Comparative Corporate Law Journal*. Volume 8. 2011. Issue 1, p. 77)

revistando-se o conceito de “mercado livre”⁶⁸ e a percepção de que desigualdades são realidades postas,⁶⁹⁻⁷⁰ com recuperação da confiança pública perdida.⁷¹

John Knox⁷² assinala a mudança conceitual de *shareholders* para *rightholders*, no campo da *Business & Human Rights*, com impacto no valor das ações.⁷³

Por todo o mundo há esforços de reforma organizacional, como noticiam Gia Hoang et al.⁷⁴ E o *Statement on the Purpose of a Corporation*,⁷⁵ da *Business Roundtable*

⁶⁸ STOUT, Lynn. *Corporate governance – the shareholders’ myth* (31:31). Youtube. <<https://www.youtube.com/watch?v=s5Eoy988728https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwJXpNbVnKHnGdmqGHVxRrTxGf?projector=1>>.

⁶⁹ Deva et al. state aduzem que “[more] such empirical investigation is needed in order to create a more holistic picture of the state of play in the BHR field” – DEVA, S.; RAMASASTRY, A.; WETTSTEIN, F.; SANTORO, M. (2019). Editorial: Business and Human Rights Scholarship: Past Trends and Future Directions. *Business and Human Rights Journal*, 4(2), 201-212. Doi: 10.1017/bhj.2019.17.

⁷⁰ Surya Deva sustenta que o isolacionismo entre o mercado e os direitos humanos teria sido parte do problema: “One major reason for the lack of any effective regime of corporate responsibility for human rights violations is the structural lacuna in the approach adopted by concerned institutions and relevant laws. There is no sharing of a landscape between the trade institutions and the human rights institutions, or the trade law and the human rights law, both at the municipal and international levels. Broadly speaking, human rights are not a part of corporation or trade law, nor of the institutions governing them. Similarly, corporations and trade are not part of the human rights law and its institutions. ... The resultant divorce of the concerns of trade and human rights at all stages of decision-making – the framing of rules, application of rules, and adjudication of disputes – brings nothing but unnecessary friction and potential conflict, promoting the interests of neither trade nor human rights. 19 One BHR is supposed to fill the gap between trade and human rights.” (DEVA, Surya. Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here? (2003) 19 *Connecticut Journal of International Law* 1, 32-33 [footnotes omitted]).

⁷¹ KINLEY, David. *Necessary Evil: How to Fix Finance by Saving Human Rights*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2018.

⁷² KNOX, John H. *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Framework Principles* (January 24, 2018). United Nations Human Rights Council, A/HRC/37/59, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3148450>.

⁷³ FLAMMER, Carolina. Corporate Social Responsibility and Shareholder reaction: The Environmental awareness of investors. *Academy of Management Journal*. 2013, vol. 56, nº 3, 758-781. <http://dx.doi.org/10.5465/amj.2011.0744>.

⁷⁴ GIA HOANG, T.; HOANG, C.V.; VU, N.H.; NGUYEN, G.T.N.; NGUYEN, T.T.H. How can scientists and engineers contribute to organisational sustainability reform? *Social Responsibility Journal*, vol. 16, nº 6, p. 827-841, 2020. <https://doi.org/10.1108/SRJ-10-2019-0360>.

⁷⁵ BUSINESS ROUNDTABLE. *The Statement on the Purpose of a Corporation*. Released: August 19, 2019. Signatures Updated: September 2019, December 2019, February 2020, April 2020, June 2020 and August 2020. Disponível em: <https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2020/08/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-August-2020-1.pdf>. Consultado em: 02 dez. 2021. Vale a seguinte transcrição: “Statement on the Purpose of a Corporation: Americans deserve an economy that allows each person to succeed through hard work and creativity and to lead a life of meaning and dignity. We believe the free-market system is the best means of generating good jobs, a strong and sustainable economy, innovation, a healthy environment and economic opportunity for all. Businesses play a vital role in the economy by creating jobs, fostering innovation and providing essential goods and services. Businesses make and sell consumer products; manufacture equipment and vehicles; support the national defense; grow and produce food; provide health care; generate and deliver energy; and offer financial, communications and other services that underpin economic growth. While each of our individual companies serves its own corporate purpose, we share a fundamental commitment to all of our stakeholders. We commit to: - Delivering value to our customers. We will further the tradition of American companies leading the way in meeting or exceeding customer expectations. - Investing in our employees. This starts with compensating them fairly and providing important benefits. It also includes supporting them through training and education that help develop new skills for a rapidly changing world. We foster diversity and inclusion, dignity and respect. - Dealing fairly and ethically with our suppliers. We are dedicated to serving as good partners to the other companies, large and small, that help us meet our missions. - Supporting the communities in which we work. We respect the people in our communities and protect the environment by embracing sustainable practices across our businesses. - Generating long-term value for

(que agrupa as 200 maiores companhias norte-americanas, tais como Apple, Amazon, Exxon Mobil, Ford Mobile e Procter & Gamble), é um exemplo concreto disto. Segundo o *Statement*, as empresas signatárias se comprometem a: (1) entregar valor aos consumidores, superando expectativas; (2) investir em empregados, com abrigo de diversidade, inclusão, respeito e dignidade; (3) ter uma boa parceria com empresas de todos os portes; (4) dar apoio à comunidade, com respeito ao ambiente.

De toda sorte, a “mão invisível” de Adam Smith, que regularia o mercado sem a interferência estatal, foi substituída pela “mão visível”⁷⁶ mediante a participação direta no domínio econômico.⁷⁷

E, na letra de Marques *et al.*,⁷⁸ diversas razões justificariam a regulação: a uma, a garantia do próprio mercado e da concorrência; a duas, a necessidade de se organizarem os limites do mercado e as situações em que não poderia normalmente funcionar, notadamente monopólios; a três, a utilidade de se coordenarem as ações da iniciativa privada com relação a possíveis prejuízos causados na busca do lucro; a quatro, a necessidade de “proteger o consumidor” na relação de consumo, enquanto hipossuficiente relacional; a cinco, garantir “as obrigações de serviço público” após os processos de privatização em que o Estado deixa de ser o fornecedor.

No Brasil, segundo relata Demarchi, o processo regulatório foi *sui generis*.⁷⁹ Enquanto em outros países a intervenção estatal nas atividades privadas teve ou apelo dos consumidores ou mesmo dos produtores, por aqui foi resultado da política desestatizante do governo federal durante a década de 1990.

Como visto acima, a redução do Estado se deu a partir do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei n. 8.031/90, com a criação das primeiras agências reguladoras. O aparelho estatal veio a ser ainda mais reduzido para uma “Administração Pública Gerencial” a partir da Reforma Administrativa instituída pela EC n.º 19/98. Sobrevieram leis que criaram seguidas agências.⁸⁰ A arquitetura institucional dos órgãos encarregados da regulação setorial está no Brasil em fase de estruturação

shareholders, who provide the capital that allows companies to invest, grow and innovate. We are committed to transparency and effective engagement with shareholders. Each of our stakeholders is essential. We commit to deliver value to all of them, for the future success of our companies, our communities and our country.

⁷⁶ Atribui-se a metáfora a Carlos García Fernández, quando sublinhou que “frente à mão invisível do mercado, a regulação é a mão visível do Estado, em prol do bem comum”. (FERNANDEZ, Carlos García. *La Manifestación de Impacto Regulatorio-MIR: una mirada a La regulación de calidad*. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras*. Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Anvisa, 2009. p. 257.)

⁷⁷ GLÓRIA, Daniel Firmado de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003. p. 11.

⁷⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: Mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13-15.

⁷⁹ DEMARCHI, Clovis. *Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no contexto transnacional*. Tese de Doutorado submetida ao programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Itajaí-SC, p. 303, 2012.

⁸⁰ Conforme relatado acima.

e solidificação, com risco regulatório decorrente da falta de consenso em relação ao melhor desenho institucional, na letra de Gobbato.⁸¹

O Estado passa de social (intervencionista, promotor do bem-estar e prestador de serviços públicos) a pós-social ou regulador, em que, autorizando a esfera privada a dirigir a economia, tem, contudo, a responsabilidade de promover o bem-estar do povo como um todo, tendo como ferramenta da dicotomia de interesses a regulação.⁸²⁻⁸³ No Estado pós-fordista, ante o diagnóstico de sobrecarga institucional do ambiente regulatório e da complexidade apresentada pela organização social e econômica, Mario Gomes Schapiro⁸⁴ remarca uma nova proposição normativa para estimular a racionalidade deste novo tipo de intervenção jurídica, capaz de, a um só tempo, garantir a regulação das falhas de mercado e iniquidades sociais, sem com isso atribuir ao direito a responsabilidade pelo resultado específico destas atividades. Isto é, uma racionalidade jurídica que ultrapasse os limites do direito formal, entendendo que a proteção das autonomias privadas não é suficiente para prover uma substantiva coordenação dos problemas sociais e econômicos, mas que não centralize na regulação pública a persecução de todos os fins políticos estipulados. Na feliz expressão de Teubner, “uma racionalidade regulatória reflexiva”.⁸⁵⁻⁸⁶

Schapiro⁸⁷ assinala que a justificativa interna do direito reflexivo situa-se, de fato, a meio caminho, entre a noção de autonomia privada e a de regulação pública

⁸¹ Para quem, entre os desafios à política regulatória brasileira destaca-se a necessidade de aumentar a transparência, a *accountability* e o uso sistemático de ferramentas de avaliação da atuação das Agências reguladoras, com a participação da sociedade civil na governança regulatória ainda pouco representativa e as consultas públicas pouco utilizadas. (GOBBATO, Ana Maria Borralho. Direito regulatório e direitos sociais: uma relação simbiótica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.)

⁸² SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 13.

⁸³ A intervenção estatal ainda importa e constitui uma parcela significativa do arranjo financeiro nacional, consoante Stallings e Studart, que realizaram uma análise comparada dos sistemas financeiros do México, Chile e Brasil: “*The public banks continue to play a vital role in Brazil, contrary to expectations. Both the government and those supporting the reforms in the 1990s believed the changes would revolutionize the credit market. In particular, they expected the entry of foreign banks to expand credit significantly and broaden access for those normally excluded, such as SMEs and poorer households. They further assumed that the public banking sector would continue to shrink because it was less competitive than private, especially foreign, banks. The results turned out differently than anticipated, however, and public banks continue to play a key role.*” (STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for Development – Latin America in Comparative Perspective*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean – UN, Washington, 2006)

⁸⁴ SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros Para a Intervenção do Estado na Economia: Persistência e Dinâmica na Atuação do BNDES em uma Economia Baseada no Conhecimento*. p. 326. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 300.

⁸⁵ TEUBNER, Gunther. *Substantive and Reflexive Elements in Law*. *Law & Society Review*, vol. 17, n.º 2, 1983.

⁸⁶ Scheuerman entrevê uma conciliação entre dois paradigmas de direito: “*Reflexive law is then conceived as aiming to avoid both the Charybdis of formal law and the Scylla of materialized substantive law (...). Like substantive law, it is guided by the aim of subjecting social and economic activities to broader regulatory purposes. Yet it hopes to do so without dictating specific outcomes and thereby contributing to the rigidity and ineffectiveness of some existing forms of regulatory law (...). Reminiscent of classical formal law, reflexive law hopes to preserve the relative autonomy of distinct social spheres; simultaneously, it breaks with laissez-faire notions of a ‘natural’ market economy by acknowledging the existence of inequalities endemic to modern capitalism.*” (SCHEUERMAN, William. *Reflexive Law and the Challenges of Globalization*. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, n.º 1, 2001, p. 84.)

⁸⁷ *Idem*, p. 300.

pormenorizada. A sua concepção de atuação baliza-se pela ideia de autonomia social, isto é, espaços sociais de governança, que sejam capazes de superar os limites de uma ordem jurídica individual, sem com isso eliminar a diversidade de arranjos e compromissos, que podem resultar de uma sociedade funcionalmente diversificada. Oferece o autor o seguinte quadro comparativo de Estados e racionalidades regulatórias:

Tabela 1

TIPOS DE ESTADO E RACIONALIDADES REGULATÓRIAS			
	Capitalismo liberal	Paradigma <i>fordista</i>	Economia baseada no conhecimento
Tipo de estado	Estado Liberal	Estado Keynesiano / Desenvolvimentista	Estado Schumpeteriano/ Estado em Rede
Organização burocrática	Burocracia Insularizada	Burocracia Inserida	Burocracia Descentralizada
Racionalidade regulatória	Direito Formal	Direito Substantivo	Direito Reflexivo
Justificativa do direito	Garantia da autonomia privada	Regulação social e econômica	Constituição da Autonomia social
Função externa do direito	Preservar espaços de liberdade individual	Corrigir falhas de mercado e injustiças sociais	Articulação de arranjos para autogovernança
Estrutura interna do direito	Comandos hipotéticos	Regulamentos e dispositivos interventivos	Normas organizacionais

Fonte: SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros Para a Intervenção do Estado na Economia: Persistência e Dinâmica na Atuação do BNDES em uma Economia Baseada no Conhecimento*. p. 326. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 300.

Portanto, o direito reflexivo assenta-se neste duplo reconhecimento: os limites do individualismo formal e os excessos da regulação hierárquica, para um ambiente diversificado. A sua função externa distingue-se de ambos os tipos

de racionalidade regulatória prevalecentes até então – a formal e a substantiva. A proposta de confeccionar este aparato regulatório aponta para um papel de coordenação e de constituição de arranjos institucionais que permitam a governança dos respectivos atores.

Disto não se extrai que o poder regulatório estivesse desde então compreendido em sua inteireza. No Recurso Extraordinário n.º 349.686,⁸⁸ o Supremo Tribunal Federal foi instado a analisar um caso em que se discutia a regulamentação da atividade de transportador-revendedor-retalhista (TRR) de combustíveis pelo Ministério de Minas e Energia. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região deferira autorizações para venda de álcool combustível, gasolina e gás liquefeito de petróleo ante a não recepção do Decreto-Lei n.º 395/98 pela Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, da portaria que trazia a interdição. A Excelsa Corte, pela Ministra Relatora Ellen Gracie, observou que qualquer atividade econômica pressupunha o cumprimento dos requisitos legais e das limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia. Não havia, assim, como se afastar a regulamentação do mercado e de defesa do consumidor, que tem como base o art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal e o Decreto-Lei n.º 395/38, que fora recepcionado pela Constituição de 1988 como diploma válido para o setor de combustíveis, nos termos do art. 238 da Constituição Federal.

Othon de Azevedo Lopes⁸⁹ sustenta, em contraponto, que, com o advento do Estado Social, essa noção de poder de polícia, consistente sobretudo em deveres de abstenção e interdições condicionadoras da liberdade e da propriedade em prol de finalidades sociais previstas, ficou superada. A regulação significaria um passo além do poder de polícia, com a inserção de prestações e deveres ativos aos agentes regulados, para produzir e distribuir utilidades sociais, bem como para atingir um equilíbrio econômico de alto nível, com redução do desemprego e crescimento. O campo próprio da regulação é o da atuação do Estado na economia e o da gestão e distribuição de bens e serviços pela Administração – daí, a impropriedade de se equiparar poder regulatório com poder de polícia, de caráter unidimensional.

Gobbato⁹⁰ entrevê a possibilidade de a atividade regulatória se apresentar como alternativa democrática e constitucional para a concreção de políticas públicas voltadas à realização de direitos sociais, qualificando tal relação como simbiótica. A atividade de regulação exercida pelo Estado não implica a substituição da ordenação da atividade econômica pela autorregulação balizada pelo mercado. Implica a intervenção na economia tendo como parâmetros: (a) participação dos agentes privados; (b)

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário n.º 349.686*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261185DJ> de 07.08.2005. Acesso em: 29 out. 2021.

⁸⁹ LOPES, Othon de Azevedo. *Princípios jurídicos e regulação*. Tese para obtenção do título de Doutor em Direito em banca no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo-SP, p. 251, 2011.

⁹⁰ GOBBATO, Ana Maria Borralho. Direito regulatório e direitos sociais: uma relação simbiótica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas do setor; (c) pautas distributivas de políticas públicas e (d) adoção de procedimentos reflexivos, permeáveis à composição e arbitramento de interesses. Conclui a autora que, no contexto da sociedade global, o Direito Regulatório se apresenta como um instrumento democrático, constitucionalmente legitimado, de concreção e fruição de direitos fundamentais de natureza social.

Neste diapasão, tenha-se pesquisa por Leal de Moraes⁹¹ sobre o setor de telecomunicações, com característica dúplice: além de uma atividade econômica específica, também é um meio indispensável ao desenvolvimento de praticamente todas as demais atividades na realidade atual. Reconhecida esta finalidade setorial em diálogo com a finalidade da concorrência, tem-se que o direito da concorrência deva disciplinar o setor enquanto uma atividade econômica específica. Já no que se refere à finalidade de obtenção da rede virtual no setor, com as implicações que daí decorram, mostra-se mais adequada a utilização de regulação setorial.

Adverte Lopes⁹² que a configuração técnica e burocrática das agências reguladoras não é garantia de legitimidade de suas decisões. É marca da regulação a exacerbação do tecnicismo e do economicismo. As demandas sistêmicas cognitivamente absorvidas pelo direito, resultando em nova estruturação, acabaram criando novos locais de produção normativa com sentido inovador para atender às necessidades de uma sociedade crescentemente especializada e de um Estado com fortes missões compensatórias. Todavia, em razão dos riscos e potenciais de coerção envolvidos na regulação, não há sentido para se atribuir ao Executivo um poder amorfo e de difícil controle. Há, portanto, necessidade de delimitação da competência regulatória.

Marques Neto⁹³ sustenta a ampliação do conceito de “regulação estatal”, amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Se a regulação estatal antes se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística), atualmente, fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, há um novo padrão de atuação regulatória onde se dão a articulação de interesses e o estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários

⁹¹ LEAL DE MORAES, Ricardo. *Entre regulação setorial e direito da concorrência: Rede virtual como finalidade da disciplina das Telecomunicações*. Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2018.

⁹² LOPES, Othon de Azevedo. *Princípios jurídicos e regulação*. Tese para obtenção do título de Doutor em Direito em banca no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo-SP, p. 251, 2011.

⁹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, 2005.

potenciais) – a regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.

Segundo ainda Marques Neto,⁹⁴ a regulação reflexiva faz com que a atuação estatal passe de autoritária e unilateral à mediadora e negocial, sem perder a capacidade de tutela e consagração dos interesses das parcelas da sociedade com menor capacidade de prevalência no jogo social. O regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infraestruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Doutra borda, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes (é o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas).

Enquanto, superando o modelo liberal em que o poder público assegura as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado, ou do modelo no qual a atividade estatal provê necessidades coletivas, o Estado Contemporâneo desempenha funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses. A atividade de regulação impõe conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica, como pugna Alencar.⁹⁵

Villela Souto,⁹⁶ neste mesmo sentido, sustenta que “[é] importante que no exercício da função regulatória mais vale prevenir o litígio e a solução do conflito que a sua preservação (durante um longo procedimento de apuração, nem sempre bem conduzido ou concluído)”. Em vez da aplicação de uma sanção, mais eficiente a utilização da consensualidade na solução de conflitos, o que significa que “através da regra da proporcionalidade no exercício da atividade sancionadora de polícia, a própria sanção deve ceder espaço para que antes sempre se tente um ajustamento de condutas”.⁹⁷⁻⁹⁸

⁹⁴ *Idem ibidem*.

⁹⁵ ALENCAR, Paulo Wunder de. *Autorregulação do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 58, out./dez. 2015.

⁹⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Editora Lumen Juris, 2005, p. 74.

⁹⁷ No mesmo sentido, ALENCAR, Paulo Wunder de. *Autorregulação do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 58, out./dez. 2015, p. 182.

⁹⁸ No mesmo sentido, Medauar *et al*: “Um exemplo de funcionamento da proporcionalidade na execução de medidas de repressão consiste na celebração de termos de ajustamento de conduta. Isso porque a Administração Pública, na avaliação do caso concreto, pode chegar à conclusão de que o meio mais eficaz para atingimento da finalidade jurídica não é a imposição de uma sanção afluiva e retributiva, mas a imposição de compromisso e de obrigações de recomposição do bem jurídico afetado”. (MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder de Polícia na Atualidade*. Editora Fórum, 2014, p. 55).

Warat⁹⁹ sustenta que, na época contemporânea, a ecocidadania, lastreada no consenso e não do dissenso, aproximando os indivíduos de pontos de vista que conduzam ao reaprendizado do mundo, de forma emancipatória.

Leal *et al.*¹⁰⁰ aduzem ao Direito Regulatório Comportamental, que se funda na utilização de estímulos (*nudges*) para a consecução de objetivos postos como relevantes pelo Estado para a proteção de interesses coletivos e individuais. Para além do tradicional direito prescritivo e do modelo de estímulo econômico compreendido pela análise econômica do direito, o modelo proposto é essencialmente indutivo, servindo-se de saberes da economia comportamental (economia e psicologia), instrumentalizado através de normas de Direito Regulatório (administrativo ou econômico).

Baptista e Keller¹⁰¹ destacam o caráter simbiótico entre a regulação e a segurança jurídica, especialmente diante de novas tecnologias: recomenda-se, em nome daquele primado, que o regulador se apoie em bases mais principiológicas, parâmetros gerais, sob pena de fracasso na sua missão. Ao contrário, se a opção por regular ocorrer em momento posterior, quando a inovação disruptiva estiver consolidada, é provável que o regulador eleja regulação mais extensiva e detalhista, diante da aprendizagem adquirida quando da consolidação daquela tecnologia.

Bruno Lyrio Martins¹⁰² adverte que, especialmente diante de inovações disruptivas, o regulador convencional, ancorado a padrões unilaterais de intervenção, provavelmente não será bem-sucedido. Para se adaptar à nova realidade (como a economia do compartilhamento ou a inteligência artificial),¹⁰³ a regulação precisa ser

⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. Eco-Cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequências*. Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jul. 1994.

¹⁰⁰ LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (Org.). *Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 436.

¹⁰¹ BAPTISTA, Patrícia. KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista De Direito Administrativo*, 273, 123-163, 2016. <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>.

¹⁰² MARTINS, Bruno Lyrio. Desafios regulatórios das novas plataformas de compartilhamento de acomodações: o caso da AIRBNB. In *Regulação, Infraestrutura e Políticas Públicas: Estudos em Homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. NEPOMUCENO, Augusto Moutella; MOURA, Emerson Affonso da Costa; BUZANELLO, José Carlos. (Org.). Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 25-68.

¹⁰³ Novas tecnologias trazem conforto e conveniência, mas também controle e vigilância em um contexto em que o próprio Estado de Direito está sendo redefinido. Adverte Halis que “[indeed], the list of innovations more closely related to security, surveillance, and control include millions of cameras with AI features that can identify, surveil people’s behaviors, and locate them using facial and gait recognition (i.e. identify people by the way they walk and move); monitoring of communication through social media and internet; unified police centers that can process the big data and specific information received by cameras and by the use of people’s mobile devices; the use of robotic doves – bird-like drones for surveillance, and the use of those technologies in a variety of settings. In some schools, cameras are being used to analyze facial expressions and determine whether students are paying attention or sleeping in class, are present or absent, and to allow their entry into gates and spaces.” (HALIS, Denis de Castro. Digitalization and Dissent in Legal Cultures: Chinese and Other Perspectives. *Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research* (NNJLSR), nº 9, 2019, p. 127-152, p. 139).

inovadora, com instrumentos de lógica de incentivo, experimentalismo (como o *sandbox* no segmento de *startups*)¹⁰⁴ e autorregulação¹⁰⁵ (ainda que consensualmente forjada).

Regulações denominadas retrospectivas, isto é, contrárias a inovações, com emprego de ferramentas antigas para desafios novos, apenas expõem o anacronismo do órgão regulador e a falibilidade de autoridades envolvidas.¹⁰⁶

Admitir a função regulatória reflexiva não lhe exige de desafios. Deferência judicial tampouco deve ser uma cortesia interinstitucional, mas sim consequência natural de atuação especializada.¹⁰⁷ Argueles e Leal¹⁰⁸ aduzem que as capacidades institucionais se referem às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Nesse sentido, a interpretação da instituição que possui mais *expertise* sobre o tema é qualitativamente superior a outras e deve encontrar deferência por estas.¹⁰⁹

Em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, a Suprema Corte americana cunhou histórica fórmula de autorrestrição judicial para os casos de controle de interpretações por autoridades administrativas. Em uma abordagem analítica, em um primeiro passo, deve ser a disposição legislativa clara sobre o assunto; no segundo passo, em caso de ambiguidade ou lacuna, deve ser examinada a razoabilidade da linha interpretativa adotada pela Administração, enfatizada a natureza política de suas decisões. Adrede,

¹⁰⁴ Lançada em 2016 pelo FCA (Autoridade Financeira do Reino Unido), o *sandbox* regulatório permite que novas *startups* testem seus produtos, serviços e modelos de negócios inovadores no mercado real sendo monitoradas e reguladas por órgãos competentes, obedecendo determinados limites, geralmente de quantidade de usuários e do risco total exposto. Os principais *cases* atinem ao segmento de *fintechs*, assim consideradas as *startups* do segmento financeiro que oferecem serviços novos ou mesmo pré-existentes, com emprego de tecnologia inovadora e normalmente mais eficiente que o sistema tradicional. (TEIXEIRA, Gabriel dos Santos. Os desafios regulatórios do advento dos navios autônomos no transporte marítimo de cargas. In *Regulação, Infraestrutura e Políticas Públicas: Estudos em Homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. NEPOMUCENO, Augusto Moutella; MOURA, Emerson Affonso da Costa; BUZANELLO, José Carlos. (Org.). Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 169-187, p. 183)

¹⁰⁵ Como no caso da *International Game Developers Association* e as *loot boxes*, mecanismos de compra de itens virtuais em jogos eletrônicos, em que a aquisição confere ao comprador-usuário um número limitado de outros itens virtuais (Pinto e Parma, 2020, p. 192).

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Gabriel dos Santos. Os desafios regulatórios do advento dos navios autônomos no transporte marítimo de cargas. In *Regulação, Infraestrutura e Políticas Públicas: Estudos em Homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. NEPOMUCENO, Augusto Moutella; MOURA, Emerson Affonso da Costa; BUZANELLO, José Carlos. (Org.). Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 169-187.

¹⁰⁷ Ainda que tangencialmente, releva pontuar que falece lastro empírico à atuação ministerial, o que se irradia, por certo, à sua atividade negocial coletiva. A empiria é salutar e impositiva, como bem afirmam Bárbara Lupetti Baptista e Klever Paulo Leal Filpo (BAPTISTA, Bárbara Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. Solução consensual de conflitos no código de processo civil brasileiro: Entre as esperanças do legislador e as possibilidades da empiria. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói, v. 19, n. 3, p. 90-101, 2017). Ao menos até a presente data, não há dados estatísticos institucionais seguros sobre elementos negociais objetivamente aquilutados – lacuna esta que há, pois, de ser colmatada. Cobra-se que haja a incorporação das rotinas de trabalho de um modelo de agência, com colheita de dados técnicos, análise sólida de dados e uso de jurimetria. (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: Agências e laboratório de jurimetria. *Revista Jurídica ESMP-SP*. São Paulo, v. 11, p. 14-40, 2017)

¹⁰⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 40, jan./jun. 2011.

¹⁰⁹ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

é mesmo aceitável mudança de entendimento administrativo, desde que fornecida explicação adequadamente fundamentada e não ocorra durante um litígio judicial.

A Doutrina *Chevron* foi o teste binário posto à prova no caso *Mead (United States v. Mead Corporation, 533 US 213,232 – 2001)*, quando não se esclareceu adequadamente como resolver a identificação da intenção legislativa, quando tal elemento volitivo haveria de ser extraído de uma Casa composta por 535 membros. Em casos tais, cunhou-se a deferência *Skidmore*: observa-se o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto.¹¹⁰ Entendeu ainda a *Supreme Court* estadunidense que a deferência *Chevron* não teria aplicabilidade em casos de interpretação de leis criminais (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149-58 – 10 Cir, 2016*).

Em suma, o exercício do direito à participação cidadã em procedimentos administrativos configura uma decisão alternativa à tradicional unilateral. Através de acordos firmados em ambientes colaborativos, pode-se valorar, de forma imediata, o interesse público em jogo, o qual aproxima a administração pública *lato sensu* às necessidades sociais dos administrados, com legitimação da atividade daí resultante, tal qual sustenta Juan Carlos Benalcázar Guerrón,¹¹¹ em consonância com os parâmetros das Doutrinas *Chevron* e *Skidmore*, observa-se o entendimento escudado na experiência institucional consolidada no assunto, sob risco de, ao revés, substituir-se o juiz por perito despido de garantias adequadas.¹¹²⁻¹¹³

6. Conclusões

O movimento conciliatório provocou também nesta seara a ressignificação do conceito de regulação, não mais contida na intervenção direta em atividade econômica ou na edição de atos normativos para moldá-la, mas ampliada para, por meio da construção de consenso, reorientação pedagógica, especialmente para incorporação de tecnologias disruptivas.

Amplia-se o conceito de “regulação estatal”, passando a ser compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Se a regulação estatal antes se manifestava ou pela atividade normativa ou pela intervenção direta no domínio econômico (sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística), atualmente, fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, há um novo padrão de atuação regulatória

¹¹⁰ BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina *Chevron*: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*. Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

¹¹¹ GUERRÓN, Juan Carlos Benalcázar. El derecho de participación ciudadana en la administración pública. In *Derecho administrativo* (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo) / Diego Valadés, coordenador general; Daniel Márquez Gómez, coordenador. Primera edición. México: El Colegio Nacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

¹¹² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

¹¹³ Advirta-se que a função do juiz não deve ser relegada à homologação de laudos cujo conteúdo técnico lhe seja inacessível a um controle efetivo, tornando-se refém de peritos e a estes, mesmo sem prerrogativa alguma, delegando, na prática, a jurisdição. Vide por todos PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: A justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 17, p. 115-132, 2015b.

onde se dão a articulação de pautas regulatórias negociadas com os diversos atores envolvidos (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais) – a regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses, em desafiadora atuação especializada.

Na seara negocial, a especialização da atividade decorre de sua rotineira e complexa função de controle na seara respectiva, merecedores de deferência judicial, em consonância com os parâmetros das Doutrinas *Chevron* e *Skidmore*. Neste passo, a coisa regulada reflexivamente merece deferência judicial, restrita sua revisão à verificação de juridicidade do ajuste e de voluntariedade. Noutras palavras, uma nova forma de regulação, permeável à oitiva ativa permanente dos atores econômicos, surge a partir da crueza da realidade disruptiva.

Referências

ALENCAR, Paulo Wunder de. Autorregulação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 58, p. 179-194, out./dez. 2015.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. Disponibilidade de interesses no inquérito civil. *Revista CEJ*. Brasília, ano XXIII, n. 78, p. 86-94, jul./dez. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. Solução consensual de conflitos no código de processo civil brasileiro: Entre as esperanças do legislador e as possibilidades da empiria. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói, v. 19, n. 3, p. 90-103, 2017.

BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*. Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

COSTA, Thaise Nara Graziottin. *A jurisdição compartilhada como pressuposto à mediação judicial de conflitos*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, na linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro, 2017.

DANESH, Roshan. *Integrating conflict theory and practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A intervenção do Ministério Público nas fundações. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 127, p. 615-622, jan./mar. 1977. Disponível em: < file:///C:/Users/Membro/Downloads/42195-86659-1-PB%20(2).pdf >. Consulta em: 17 maio 2020.

GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

FABIÃO GUASQUE, Luiz. O Estado liberal, as fundações e associações civis instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 10, p. 132-134, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e prática*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006.

HASKELL, Leslie. The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts. *Human Rights Watch*, 30 maio 2011. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, 2005.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: The brazilian lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: Agências e laboratório de jurimetria. *Revista Jurídica ESMP-SP*. São Paulo, v. 11, p. 14-40, jan./jun. 2017.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos modernos de resolução de conflito em massa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 52, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter (Org.). *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

_____. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: A justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 17, p. 115-132, 2015b.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Marcia Michelle Garcia. Interdisciplinariedade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. *RJLB*, n. 4, ano 4, p. 955-999, 2018.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics – How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013.

RIBEIRO, Daniel Lima. Adaptive regulatory impact assessment: Beyond the foresight-hindsight divide. *ResearchGate*, set. 2019. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/project/Adaptive-Regulatory-Impact-Assessment-Beyond-the-Foresight-Hindsight-Divide>>. Consulta em: 13 maio 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. XIV, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 15, n. 2, p. 53-74, dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TOFFLER, Alvin. *Future Shock – The third wave*. New York: Bantam Books, 1980.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Books, 1992.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequências*. Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jul. 1994.