

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**MANOEL MESSIAS PEIXINHO**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Manoel Messias Peixinho; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-346-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administrativo. 3. Gestão. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

---

#### **Apresentação**

#### DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, trouxe um espaço virtual e síncrono de debates e discussões altamente qualificados, reunindo a comunidade jurídica e, em especial, os docentes e discentes dos programas de pós-graduação em direito do Brasil.

Estamos há mais de um ano da maior crise sanitária dos últimos tempos, uma pandemia que já matou mais de 500 mil brasileiros. Inobstante as enormes adversidades por que passamos neste período, a pesquisa científica não pode parar. Os novos desafios impõem alterações consideráveis no direito administrativo e na gestão pública brasileira, com um sem número de alterações legislativas, editadas com vistas a responder às demandas trazidas pela Covid-19.

Com vistas a problematizar este momento tão atípico, e na tentativa de buscar conjuntamente soluções, o CONPEDI, mais uma vez, ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível.

A possibilidade de dialogar com nossos pares em tempos tão difíceis é como um sopro de esperança para todos e, nesse sentido, as pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I” reuniram um amplo e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos e discussões abertas, horizontais, dialógicas e plurais. Contribuições marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios advindos da pandemia e, também, deste novo direito administrativo "de emergência".

A Academia (esta herança grega histórica e humanisticamente insubstituível do Ocidente) somente existe e é legitimada por meio do saber crítico – que é libertador - a visar às transformações políticas, sociais, econômicas e culturais. A produção científica do CONPEDI é resultado dos seus Congressos nacionais e internacionais, que são eventos dialogais e dialéticos, físicos e virtuais, e da produção científica decorrente de artigos acadêmicos apresentados por estudantes e professores. Este GT concilia, transdisciplinarmente, o Direito Administrativo com a Gestão Pública num contexto histórico

dramático, imprevisível e emergencial (COVID-19) em que há o desafio irrenunciável das administrações públicas federativas na alocação de recursos financeiros eficientes, transparentes e inclusivos.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DECOLONIZAR O DIREITO ADMINISTRATIVO? UMA REFLEXÃO SOBRE OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES
2. A IDEOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS NO PREÂMBULO COMO VETOR HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
3. INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA (RE) PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
4. AS RAÍZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO PATRIMONIALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A SUA PRESENÇA NA GESTÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL
5. EMERGÊNCIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE DIRETRIZES POLÍTICAS PRA DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS.
6. REGULAÇÃO CENTRALIZADA VERSUS DESCENTRALIZADA: QUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL É MAIS SUSCETÍVEL A INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS?
7. A LEI ROBIN HOOD COMO INSTRUMENTO LEGAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: O CONTROLE SOCIAL NO CAMINHO DAS NOVAS TECNOLOGIAS
9. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS
10. A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: POR UM PROCEDIMENTO MAIS JUSTO E CÉLERE

11. ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) NOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

12. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – O CASO DO ACORDO VALE S/A E ESTADO DE MINAS GERAIS

13. REGULAÇÃO EM DESEQUILÍBRIO: ESTRATÉGIAS PARA EQUILIBRAR AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

14. AVALIAÇÃO DE RESULTADO REGULATÓRIO: UM EXAME PRELIMINAR DAS NORMAS GERAIS VIGENTES

15. OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA EFETIVIDADE NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS

16. A ANEEL E A POLÍTICA REGULATÓRIA EXTRAFISCAL SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL?

17. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO NA PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

18. A ÉTICA DA ECONOMIA DA COMUNHÃO À LUZ DA EFICAZ DESTINAÇÃO DOS BENS MÓVEIS APREENDIDOS A LEILÃO

19. BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

20. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

21. O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL

22. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ANTES E APÓS A OPERAÇÃO QUINTO DO OURO

23. MUITO ALÉM DO CONTROLE: A ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO E REVISÃO REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

24. DESESTATIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS DE UMA ESTATAL DE SANEAMENTO APÓS O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO.

25. FUNÇÃO SOCIAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e do Rio de Janeiro (RJ), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Universidade Cândido Mendes (UCAM-Rio)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **REGULAÇÃO CENTRALIZADA VERSUS DESCENTRALIZADA: QUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL É MAIS SUSCETÍVEL A INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS?**

## **CENTRALIZED VERSUS DECENTRALIZED REGULATION: WHICH ORGANIZATIONAL STRUCTURE IS MORE SUSCEPTIBLE TO POLITICAL INTERFERENCE?**

**Daniela Thomes Coelho**

### **Resumo**

As agências norte-americanas surgem como uma estrutura administrativa organizacional descentralizada menos suscetível à influência dos interesses políticos. No Brasil, ocorreu a adoção parcial do “estado administrativo”: apenas alguns setores são regulados por agências. No cenário brasileiro, portanto, é possível observar a regulação centralizada versus descentralizada. Esta pesquisa pretendeu identificar qual tipo, dentre essas duas estruturas organizacionais, é mais suscetível a interferências políticas. Utilizou-se o choque exógeno provocado pela COVID-19 para examinar os comportamentos estatais. Como resultado, identificou-se distinção entre as ações implementadas em setor dominado pelo poder centralizado, comparativamente com as medidas de ambientes marcados pela participação das agências.

**Palavras-chave:** Regulação, Estratégias, Intervenção estatal na economia, Agências reguladoras, Covid-19

### **Abstract/Resumen/Résumé**

North American agencies appear as a decentralized organizational administrative structure less susceptible to the influence of political interests. In Brazil, there was a partial adoption of the “administrative state”. In the Brazilian scenario, therefore, it is possible to observe centralized versus decentralized regulation. This research aimed to identify which of those organizational structures is more susceptible to political interference. The exogenous shock caused by COVID-19 was used to examine the state behaviors. As a result, a distinction was identified between the actions implemented in a sector dominated by centralized power, compared to the measures enacted where there are agencies.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Regulation, Strategies, State intervention in the economy, Agencies, Covid-19

## 1 Introdução

O propósito desta pesquisa é identificar se houve distinção na abordagem regulatória estatal de enfrentamento da COVID-19. Especificamente, será comparada a atuação estatal centralizada, implementada no setor da educação, em face das medidas tomadas nos setores de energia elétrica, telefonia e aviação, sujeitos às agências. Pretende-se, assim, avaliar se a administração descentralizada é uma opção organizacional com menor interferência política.

A premissa fundamental da análise é de que a organização burocrática por meio de agências, que fez surgir nos Estados Unidos o “estado administrativo”, seria um modelo com menor suscetibilidade de influência política (GUERRA, 2015). Nesse contexto, a função regulatória busca garantir uma atuação técnica, estabelecida por meio da ponderação dos diversos interesses antagônicos envolvidos (atingida através da abertura à participação no processo decisório regulatório) e com o objetivo de preservar o equilíbrio do sistema. A construção desse pensamento é elaborada a partir da história do surgimento das agências norte-americanas, desenvolvida no item 2.

Em uma sequência lógica, o foco é direcionado para o cenário brasileiro. Assim, o item 3 descreve o procedimento de criação de agências no país. Uma peculiaridade relevante é o fato de que no Brasil a criação de agências foi reservada para alguns setores específicos, não tendo sido adotado um verdadeiro “estado administrativo”. Assim, há atividades que permaneceram controladas apenas pelo poder centralizado, enquanto outras passaram a ser gerenciadas por agências.

A realidade brasileira, portanto, permite observar dois sistemas regulatórios distintos: em alguns setores, predomina a atuação estatal centralizada, cuja decisão é baseada na discricionariedade administrativa, em que se alega o atendimento ao interesse público e, em tese, estaria mais suscetível a interferências políticas; em outros, a organização setorial conta com a atuação estatal descentralizada, personificada nas agências, cuja decisão se orienta pela reflexividade administrativa e que pretende, por meio de soluções técnicas, conciliar os interesses antagônicos dos agentes envolvidos (GUERRA, 2019).

Qual seria a distinção fundamental nesses dois sistemas regulatórios? A Teoria da Regulação, ao tratar das explicações para o surgimento da regulação estatal, apresenta um panorama dualista, que pode servir para compreender essa diferença de funcionamento. Assim, no



item 4 são examinadas as seguintes perspectivas: de um lado, tem-se a Teoria do Interesse Público, segundo a qual o regulador seria um agente isento que edita a regulação para o atendimento do interesse público; de outro, as Teorias dos Grupos de Interesse que, com base em estudos empíricos, revelam que o regulador age para maximizar seus próprios interesses – no caso, os políticos regulam para ganhar mais votos (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

O sistema regulatório brasileiro, portanto, é complexo. A intervenção governamental, por meio da regulação, pode ocorrer de forma centralizada ou descentralizada, dependendo do tipo de atividade desenvolvida. Será que essas abordagens regulatórias são distintas? Esse é o ponto ora investigado. A metodologia empregada buscou comparar as respostas estatais de enfrentamento à COVID-19. Isso porque referida crise sanitária provocou alterações fáticas em todos os setores da sociedade e, portanto, é um evento de impacto generalizado. Portanto, diante de um choque exógeno causado pela pandemia, é possível examinar quais foram as respostas regulatórias. Assim, no item 6 são identificadas as medidas estatais que tiveram como objeto a regulação de preço de serviços, comparando-se as medidas editadas em setores com intervenção estatal centralizada com aquelas produzidas para setores regidos pela intervenção descentralizada. Optou-se por selecionar apenas as medidas regulatórias que representaram diretamente intervenção nos preços, como forma de limitar a universo investigado.

Objetiva-se, dessa forma, evidenciar o papel do regulador, descrevendo as decisões decorrentes do exercício de poder centralizado e comparando-as com as decisões efetivadas em setores marcados pela descentralização. Dessa forma, pretende-se revelar o arranjo institucional em vigor.

## **2 A influência política na intervenção estatal de setores econômicos de relevância social e a criação das agências nos Estados Unidos**

O Estado, enquanto entidade política de organização social, evoluiu por meio de diferentes formas de estruturação, desde sua origem até o atual estágio de desenvolvimento. Dentro desse longo processo, o aspecto relevante para o estudo ora desenvolvido consiste em um momento determinado: o surgimento das agências nos Estados Unidos. Especificamente, destaque-se um dos fatores que levou ao surgimento dessa estrutura administrativa, qual seja, o caos social e econômico causado pelas manobras políticas que definiam a tomada de decisão estatal.

A sociedade norte-americana do final do século XIX enfrentava alterações nos processos industrial e econômico que afetavam a urbanização das cidades, as condições sanitárias e de trabalho. Diante desses complexos problemas, a estrutura tripartite clássica de organização do Estado se mostrava inadequada para o seu enfrentamento (GUERRA, 2015).

Ilustrativamente, cita-se a tentativa de regulação relacionada às falhas de mercado. A alteração do modo de produção, agora em escala industrial, levou à concentração de poder econômico e ao surgimento de monopólios e cartéis. Buscando coibir essas práticas, o Congresso editou, em 1890, o *Sherman Act*. Tratava-se de lei que tornou ilegal qualquer prática industrial ou comercial que pretendesse restringir a competição de um determinado mercado (GUERRA, 2017).

Porém, essa legislação não instituiu uma agência para a fiscalização de sua aplicação. Diante desse vácuo, as controvérsias surgidas acabaram no Poder Judiciário. Entretanto, a tutela judicial não concretizou os objetivos legais. No caso *United States v. E.C. Knight Company* (1895), a Suprema Corte decidiu que a atuação da *American Sugar Refining Company*, controladora de 98% de todo refino de açúcar nos Estados Unidos, não violara o *Sherman Act* (GUERRA, 2017).

Já no Poder Executivo, vigorava o chamado *spoils system*, em que os cargos eram distribuídos conforme alianças políticas e trocas de favores (GUERRA, 2015). Como resultado, materializavam-se intervenções governamentais que consistiam em produto de corrupção e barganha, com decisões administrativas desprovidas de racionalidade sistêmica. Havia, pois, grande espaço para as escolhas administrativas, fundadas na discricionariedade e afastadas de critérios técnicos.

Em sua definição tradicional, a discricionariedade consubstancia-se em uma faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos, cabendo-lhe a tarefa de identificar o interesse público e selecionar os meios para efetivá-lo. Nesta concepção, partindo de uma habilitação legal, cabia ao administrador público a livre escolha na fixação do conteúdo de seus atos (MEDAUAR, 2003).

A situação serve para exemplificar como a atuação dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, em sua configuração clássica, se mostrava ineficiente no enfrentamento dos desafios criados pela revolução tecnológica disruptiva. A tradicional divisão de funções, ainda que equilibrada por mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*), não fornecia uma estrutura que atendesse aos anseios da sociedade. Em verdade, o funcionamento inadequado do Estado acabava impedindo o desenvolvimento econômico.

O cenário, portanto, é composto por ampla liberdade aos gestores e ausência de uma estrutura administrativa eficiente, gerando uma regulação governamental viciada pelo atendimento de interesses políticos, em prejuízo de uma atuação técnica e racional.

Diante disso, surge uma nova modalidade de atuação estatal, por meio de agências. São entidades descentralizadas e autônomas, destacadas do poder central. Em sua atividade, concentram funções administrativa, “quase-judicial” e “quase-legislativa” (ARAGÃO, 2002). Assim, caracterizam-se por sua atuação independente e técnica, bem como pela busca de consenso e equilíbrio sistêmico dos setores regulados.

James Landis, um dos advogados que atuou na construção desse modelo, defendia que essa estrutura administrativa não seria uma simples extensão do Poder Executivo. Em verdade, a autoridade necessária para o exercício da função administrativa, que inclui o planejamento, a promoção e a fiscalização, exige a acumulação de poderes que normalmente são exercíveis por um governo como um todo. Através dessa atuação, o governo assume a responsabilidade pela estabilidade do setor e sua higidez econômica (JAFFE, 1964).

Justifica-se, assim, o exercício da regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas, de maneira a garantir a previsibilidade em matérias técnicas por meio da descentralização da governança estatal. Trata-se, pois, de um esforço no sentido de impingir racionalidade, eficiência e estabilidade na intervenção estatal das atividades econômicas (GUERRA, 2015).

No curso do século XX, consolida-se, nos Estados Unidos, o “estado administrativo”. Trata-se de modelo de governança que se contrapõe ao princípio do Executivo Unitário, em que a burocracia estatal é estruturada por meio de agências (executivas e reguladoras) externas ao Poder Executivo (GUERRA, 2017).

Assim, a grande maioria das ações estatais, nos Estados Unidos, passou a ser conduzida por uma agência. Essas entidades também podem ser estruturadas sob a forma de “comissões”, “empresas”, “conselhos”, “departamentos” ou “divisões”. Contudo, independentemente da nomenclatura adotada, continuam sendo agências para efeitos do estudo do direito administrativo. Logo, submetem-se ao respectivo regime jurídico, com destaque para a incidência do *Administrative Procedure Act* (1946). Dentre as atividades reguladas por agências, incluem-se os serviços públicos e, ponto de interesse para o presente artigo, a educação, destacando-se o *Department of Education* (GUERRA, 2015). Importante esclarecer que essa estrutura de agências

é encontrada em nível federal, estadual e local. Assim, também existem agências estaduais que controlam a educação (REDDING; NAFZIGER, 2013).

Registre-se, ainda, que essa organização estatal não é exclusividade norte-americana. Vê-se na Inglaterra, França, Espanha e Itália, com suas peculiaridades, estruturas autônomas do poder central e cuja atuação não é limitada a setores econômicos, abrangendo também a proteção de direitos fundamentais (ARAGÃO, 2002).

Essa nova gestão se apresenta como uma solução para impedir a ingerência política na economia e garantir a segurança jurídica nas relações. A intervenção estatal nas atividades econômicas passa a ser realizada por entidades técnicas, deixando de ser dominada pelas trocas políticas.

As vantagens dessa estrutura governamental podem ser assim sistematizadas: (a) prevalência de regulação fundada em conhecimento específico: importante fonte de legitimidade para os reguladores, já que essa especificidade técnica não é alcançada por legisladores e tribunais; (b) permite que o Estado assuma comprometerimentos dotados de credibilidade: agências atuam com relativa liberdade com relação às exigências da política partidária e com celeridade; (c) possibilita a adoção de regulação com continuidade de assuntos: em uma democracia, há uma segmentação em períodos de tempo relativamente curtos, o que traz sérias consequências quando o problema enfrentado pela sociedade exige soluções de longo prazo; isso porque na expectativa da alternância, os políticos têm poucos incentivos para desenvolverem políticas cujo sucesso, se houver, virá depois da próxima eleição; assim, as políticas públicas são vulneráveis, faltando-lhes credibilidade; daí a solução de delegar poderes para a elaboração de políticas a instituições diferentes do próprio governo (MAJONE, 2017).

O contexto histórico norte-americano deixa evidente que, quando inexistente uma agência, a tendência seria a predominância de uma regulação estatal política. Ou seja, a teoria clássica da tripartição dos poderes e a discricionariedade administrativa serviriam de fundamento para uma atuação governamental afastada de critérios técnicos. Por outro lado, a organização do “estado administrativo” através de agências permitiu a diminuição das interferências políticas, e uma gestão estatal técnica voltada para a eficiência sistêmica do setor regulado.

### **3 As agências na estrutura da burocracia estatal brasileira**

Historicamente, a governança estatal brasileira seguiu o modelo francês, marcado pela centralização e hierarquia. Porém, a partir da década de 90 do século passado se iniciou um movimento de reestruturação do papel do Estado. Buscava-se a criação de um ambiente com segurança jurídica para atrair o capital privado estrangeiro. Pretendeu-se a implementação da descentralização de temas complexos e técnicos, dando-lhes previsibilidade e tornando-os menos suscetíveis aos embates e interesses político-partidários (GUERRA, 2017).

O Plano Diretor da Reforma do Estado Brasileiro, de 1995, incluía um programa de desestatizações e a criação de agências. Originalmente, pretendia-se uma ampla transformação. Com base em um modelo de administração gerencial, o Estado seria organizado por uma estrutura ágil e permeável à participação popular, e passando a ser responsabilizado por resultados. As autarquias e fundações seriam transformadas em agências, enfraquecendo-se a centralização de poder. Tratava-se de arquétipo que se aproximava do sistema norte-americano do “estado administrativo”.

Entretanto, o alcance da reforma efetivamente realizada foi apenas parcial. Houve a manutenção da estrutura da administração indireta, consolidando-se nessa seara o velho modelo clientelista com a prevalência de interesses político-partidários, em detrimento de decisões estatais planejadas e com base técnica. Paralelamente, foram criadas agências (autarquias especiais) apenas para alguns setores específicos<sup>1</sup>.

Portanto, no Brasil foram selecionadas algumas atividades para serem reguladas por meio de agências. De um lado, elegeu-se o mercado do cinema e do audiovisual como setor estratégico, merecedor de uma agência própria, a ANCINE; de outro, a educação permaneceu a margem dessa reforma administrativa. Parece um paradoxo deixar o setor da educação, indiscutivelmente essencial para o pleno desenvolvimento de um país, ainda submetido aos desmandos políticos. Portanto, diferentemente do modelo norte-americano, a educação permaneceu subordinada ao Poder Executivo.

Abarcada pelo efeito político está a instabilidade, que também é um fator que afeta a construção de políticas públicas. A título ilustrativo, observa-se que desde o começo do mandato

---

<sup>1</sup> Atualmente, a Lei nº 13.848/2019 enumera as seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional do Cinema (Ancine), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Agência Nacional de Mineração (ANM).

do atual Presidente da República, em um período de aproximadamente 18 meses, foram nomeadas quatro autoridades diferentes para o cargo de Ministro da Educação<sup>2</sup>. Ademais, políticas públicas de longo prazo dificilmente são implementadas, uma vez que a atuação está sempre direcionada ao período de duração dos mandatos.

Diante de casos complexos e sistêmicos submetidos à regulação estatal, exsurge a necessidade de nova categoria de direito administrativo, compatível com as premissas da pós-modernidade. Guerra (2019) propõe uma nova categoria para fundamentar as escolhas regulatórias, qual seja, a *reflexividade administrativa*. A perspectiva da reflexividade significa que o sistema estatal regulador seria dotado de mecanismos institucionalizados “aptos a viabilizar uma recíproca autolimitação das possibilidades de ação tendo em vista seus respectivos valores, seus interesses e suas necessidades” (GUERRA, 2019, p. 90). Assim, cada subsistema regulador teria a possibilidade de construir suas operações e conformar seu futuro, balizado pelos vetores da *prevenção* e da *mediação*.

Em resumo, não caberia mais ao regulador fazer escolhas com base em sua ótica pessoal (discricionária, sob o binômio *conveniência* e *oportunidade*), devendo encarar “a situação (*o caso concreto*) em si mesma, sistemática e transparentemente, ao longo de uma interpretação analítica e empírica, examinando custos e benefícios, para além de suas experiências” (GUERRA, 2019, p. 95).

Propõe-se, portanto, um relacionamento intersistêmico, viabilizando-se a regulação jurídica de outros subsistemas sociais. Sob essa ótica, o Direito integra os subsistemas e, assim, produz resultados regulatórios mais eficientes (ZYMLER, 2000). Assim, haveria um acoplamento das lógicas jurídicas e econômicas.

Dessa forma, alega-se que nesse Estado Regulador “não há permanente discricionariedade para a administração integrar a definição de uma conduta; há uma faculdade de ponderar interesses concorrentes e de perseguir resultados eficientes” (GUERRA, 2019, p. 74).

Assim, foram criadas no Brasil as agências reguladoras como autarquias especiais (BRASIL, 2019). Isso significa que possuem certos traços institucionais característicos, dentre os

---

<sup>2</sup> Cronologicamente: de janeiro/2019 a abril/2019, Ministro Ricardo Vélez Rodrigues; de abril/2019 a junho/2020, Ministro Abraham Weintraub; junho/2020, Ministro Carlos Alberto Decotelli (nomeado em 25/06/2020 mas não chegou a assumir o cargo); a partir de julho/2020, Ministro Milton Ribeiro. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/16/milton-ribeiro-toma-posse-como-quarto-ministro-da-educacao-no-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 17 jun. 2020.

quais se destaca a concentração de funções (normativa, fiscalizadora, sancionadora e julgadora), a autonomia (funcional, decisória, administrativa e financeira) e a atuação técnica (garantida por dirigentes investidos a termo e com estabilidade, vedada a exoneração *ad nutum*) (ARAGÃO, 2002).

Portanto, alterou-se a estrutura burocrática, com a criação das agências.

#### **4 Atividades reguladas**

As transformações provocadas pela revolução industrial geraram demanda por prestações sociais. No atendimento de tais reivindicações, é possível identificar dois caminhos distintos adotados na expansão governamental (CHEVALLIER, 2009).

Os Estados Unidos optaram por regular tais atividades de relevância social. Assim, passou a ser admitida certa intervenção estatal por meio das agências, que estabelecem normas técnicas com padrões mínimos de qualidade e fiscalizam os respectivos setores, mas preservou-se a esfera privada de seu exercício. São as chamadas *public utilities*, sendo privadas as empresas que atuam no setor, porém com regulação pública por meio de agências (KLINE; MCDERMOTT, 2019). Verifica-se que a solução está fortemente relacionada com a perspectiva liberal então dominante naquela localidade (ARAGÃO, 2002). Trata-se de um recuo na liberdade individual, pois passa a ser admitida a regulação estatal de bens privados, mas preserva-se sua natureza. Dessa forma, a falha de mercado enseja a regulação, que deve garantir a concorrência e os controles de preço e qualidade.

Por outro lado, os países da Europa ocidental e da América latina optaram por assumir tais prestações, classificadas como “serviços públicos”, que passaram a ser obrigações realizadas diretamente pelo Estado. Adota-se, pois, uma política estatizante, com a criação de diversas empresas estatais e a formação de verdadeiros monopólios por meio da nacionalização de setores estratégicos da economia. O mercado é o gerador dos recursos necessários ao sustento da generosidade estatal. Supõe-se que a propriedade pública conferiria ao Estado o poder de impor uma estrutura planejada à economia e, ao mesmo tempo, de proteger o interesse público contra interesses privados poderosos. No entanto, a realidade demonstrou o completo fracasso desse modelo, diante da ineficiência estatal de gestão e, a partir do fim dos anos 1970, vê-se um movimento de privatizações. Assim, a falha de governo faz emergir a regulação (MAJONE, 2017). E atividades enquadradas como “serviço público” passam a ser exercidas por particulares.

As duas trajetórias, portanto, levam à regulação estatal de atividades que podem vir a ser executadas pelo setor privado, mas que possuem relevância social. Dessa forma, a regulação é concebida como uma ferramenta governamental para conduzir o fluxo de eventos e comportamentos (BRAITHWAITE; COGLIANESE; LEVI-FAUR, 2007). E, em uma democracia, é fundamental que essa interferência governamental ocorra dentro de limites, uma vez que atinge a esfera privada dos cidadãos, que se organizaram para funcionar nesse mercado.

Nesse contexto, a boa regulação, em termos jurídicos, é definida como aquela “que propicia operações com direitos e obrigações bem determinados, protegidas contra alterações arbitrárias e vinculadas a um sistema de execução e de solução de conflitos rápido, acessível e justo” (SUNDFELD, 2014, p. 103).

## **5 Teoria da Regulação: interesse público Vs. grupos de interesse**

Depreende-se da realidade histórica, portanto, dois sistemas regulatórios: um centralizado e outro descentralizado. A pergunta que se coloca é: como explicar o funcionamento desses dois sistemas? A Teoria da Regulação, ao tratar das explicações para o surgimento da regulação estatal, apresenta um panorama dualista, que pode servir para compreender a apontada diferença.

Parte-se do conceito amplo de regulação, entendida como um conjunto de técnicas e procedimentos para coordenar os interesses públicos e privados. Nessa concepção, os objetivos regulatórios ultrapassam a gestão econômica (correção de falhas de mercado) e alcançam também responsabilidades sociais (PROSSER, 2006).

O ponto de interesse para este estudo se circunscreve à explicação acerca dos fatores que determinam o desenvolvimento da regulação. Segundo a Teoria do Interesse Público, o regulador seria um técnico desinteressado que atuaria na consecução do interesse público. Trata-se de compreensão com sérios problemas fundamentais. Primeiramente, o conceito de interesse público é tão abstrato que se torna difícil a formulação de um consenso sobre o seu real significado. Ademais, a visão do regulador isento ignora os vieses que dominam os agentes e assume uma postura altamente benevolente do processo político (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

Identifica-se uma convergência entre o estágio do Direito Administrativo que se fundava na discricionariedade e a Teoria do Interesse Público. Ambas partem do pressuposto de que o regulador age com isenção e orientado para o benefício de toda sociedade.



Entretanto, a partir do desenvolvimento de pesquisas empíricas, tais premissas foram refutadas, surgindo as Teorias dos Grupos de Interesse. Assume-se que os agentes são orientados para maximizar sua própria utilidade. Admite-se, portanto, a existência de influência na regulação. De um lado, tem-se os agentes regulados, a indústria, tentando capturar a regulação que será editada, de maneira que lhe beneficie; de outro, os agentes reguladores, os políticos, fazendo escolhas regulatórias com fundamento em seu próprio interesse, qual seja, maximizar sua quantidade de votos e garantir a reeleição (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

Como consequência, interesses difusos dificilmente serão relevantes para o processo regulatório. Isso porque sua dispersão impede que um grupo representativo exerça de maneira significativa a influência regulatória (PELTZMAN, 1976). Assim, outras forças acabam prevalecendo, como por exemplo o interesse político dos reguladores, abrindo-se espaço para decisões populistas.

Nota-se, novamente, uma aproximação entre o Direito Administrativo e a Teoria da Regulação. É interessante observar que o modelo de agências foi adotado apenas parcialmente no Brasil, especialmente nos setores de relevância econômica, considerando-se uma escala global de investimentos. Por outro lado, áreas afetas a interesses difusos, como a educação, permaneceram a margem de um sistema regulatório próprio. Em tais searas, a inexistência de limites institucionais à regulação permite a prevalência de interesses políticos.

Diante desse cenário, tornam-se especialmente relevantes as regras constitucionais e os arranjos institucionais, já que serão esses os limites impostos às ações que visam à maximização dos grupos de interesses. Os fins da indústria regulada ou os interesses dos políticos reguladores devem encontrar uma barreira no próprio sistema regulatório.

Uma das ferramentas regulatórias própria à limitação da atuação dos agentes envolvidos é a análise de custo-benefício. Trata-se de mecanismo implementado inicialmente nos Estados Unidos, tendo ganhado força em 1981, por meio da *Executive Order 12291*, do presidente Reagan. O sistema incluía dois aspectos: uma autoridade central (*Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA) para revisar as regulações das agências; e o estabelecimento da obrigatoriedade de elaboração, pelas próprias agências, da análise de impacto regulatório (AIR), em que eram demonstrados os benefícios e os custos da medida proposta, sua justificativa detalhada, incluindo-se o objetivo a ser alcançado. A União Europeia também iniciou a avaliação de impacto regulatório, a partir de 2002 (SHAPIRO, 2011).

Esse procedimento pretende tornar a regulação uma escolha objetiva e transparente, na medida em que cabe ao regulador discriminar os fatos relacionados ao impacto de suas ações. Assim, a mera vontade – representada pelo interesse da indústria regulada ou do político regulador – não pode servir de fundamento para a decisão regulatória<sup>3</sup>.

Aponte-se, novamente, uma intersecção com o Direito Administrativo. A *reflexividade administrativa*, enquanto categoria teórica que fundamenta a escolha do regulador, pressupõe a análise concreta de custos e benefícios. Haveria, pois, um afastamento entre a convicção pessoal do regulador e os critérios utilizados para a tomada de decisão, aproximando-se do sistema elaborado pela Teoria da Regulação.

## **6 Comparação: os diferentes tipos de regulação estatal com impacto no preço de serviços prestados por empresas privadas durante a pandemia**

Depreende-se do detalhamento histórica acima registrado que a origem do surgimento das agências nos Estados Unidos partiu da observância prática de insuficiência do sistema até então existente, que permitia manipulações políticas e decisões que fugiam à tecnicidade exigível. Surgiu, assim, o estado administrativo, fragmentando-se o poder, agora exercido pelas agências, com atuação ampla em diversos setores. No Brasil, no entanto, a abrangência da regulação por agências é muito mais restrita. Coexistem, portanto, dois mundos paralelos: áreas reguladas por agências e outras reguladas apenas pelo poder central. A questão que se investiga é: seria possível observar uma conduta reguladora estatal diferente nesses setores?

A pandemia causada pelo COVID-19 alterou as relações sociais e exigiu adaptações em diversas atividades. Consequentemente, foram editadas várias medidas estatais de enfrentamento da crise. O presente artigo faz um recorte dentro dessas ações, analisando especificamente a regulação de preço de serviços. Assim, foi realizada pesquisa para identificar as atuações estatais que pretenderam interferir na forma de remuneração de atividades exercidas por empresas privadas, resultando na seguinte seleção: (a) setor não regulado por agência, a educação, tendo como foco leis estaduais que fixaram descontos obrigatórios nas mensalidades cobradas pelas

---

<sup>3</sup> No Brasil, a AIR foi recentemente instituída. No entanto, há várias situações previstas como exceções, dispensando sua elaboração. Ademais, inexistente uma autoridade central que coordene tais avaliações. Diante das diferenças do modelo original e daquele efetivamente implementado aqui, não se pode prever a efetividade do mecanismo para o aperfeiçoamento do sistema regulatório.

instituições de ensino; (b) setores regulados por agências, especificamente nos campos de energia elétrica, aviação e telefonia.

## 6.1 Educação

A educação é um dever do Estado e, ao mesmo tempo, o ensino é livre à iniciativa privada. Assim, a prestação de serviço educacional por uma empresa privada está condicionada à regulação estatal centralizada, uma vez que não existe agência para esse setor.

Lições depreendidas do Direito Administrativo e da Teoria da Regulação indicam que em tais circunstâncias prevalecerá o interesse político, em prejuízo de decisões técnicas e focadas no equilíbrio do sistema. A pesquisa ora desenvolvida evidenciou que foi exatamente isso que aconteceu.

Em virtude da pandemia, viu-se a edição de decretos estaduais e municipais que proibem as instituições de ensino de funcionar por meio de aulas presenciais, tendo sido autorizado o ensino através de meios digitais. Nesse cenário, as instituições privadas se adaptaram para o fornecimento de ensino digital; enquanto escolas e universidades públicas simplesmente paralisaram as aulas.

Apesar de estarem fornecendo ensino efetivo, dentro das condições possíveis – por meio digital –, as instituições privadas foram surpreendidas com a edição de leis estaduais<sup>4</sup> estabelecendo a obrigatoriedade de desconto de 30% do valor das mensalidades.

Aludida regulação interfere diretamente no exercício de atividade privada. A questão que se pretende elucidar é: qual foi o processo decisório do poder estatal que resultou nessa legislação? O regulador utilizou-se de análise técnica ou prevaleceu seu interesse político?

O processo de elaboração de leis inclui a deliberação própria do Poder Legislativo, cujo exame é eminentemente político e não será o objeto desse artigo. Ademais, tem-se a participação do chefe do Poder Executivo, a quem cabe decidir sobre a sanção ou veto. É justamente esse o ponto de interesse, já que se trata de decisão precedida por parecer técnico<sup>5</sup> da Procuradoria Geral do Estado. Assim, dentro do processo legislativo, faz-se um recorde para examinar se o conteúdo do parecer técnico jurídico foi relevante para a decisão do governador.

---

<sup>4</sup> Identificou-se a aprovação de leis nos seguintes Estados: Ceará (Lei nº 17.208/2020), Maranhão (Lei nº 88/2020), Pará (Lei nº 9.065/2020), Paraíba (Lei nº 11.694/20), Espírito Santo (Lei nº 11.144/2020), Rio de Janeiro (Lei nº 8.864/20) e Piauí (Lei nº 7.383/2020).

<sup>5</sup> Aponte-se que o exame técnico que cabe à Procuradoria Geral do Estado se restringe aos aspectos jurídicos; portanto, excluem-se questões como o impacto setorial e análise de custo e benefício.

Valendo-se da Lei de Acesso à informação, foram endereçados requerimentos aos governos estaduais para ter acesso aos respectivos pareceres técnicos que precederam a sanção. Entretanto, apenas os estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro forneceram a documentação. Assim, o exame foi limitado a esses dois casos.

No Rio de Janeiro, foi elaborado o Parecer nº 174/2020, pelo Procurador do Estado Henrique Bastos Rocha, aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado Sérgio Luiz Barbosa Neves. Resumidamente, apontou-se que o Projeto de Lei nº 2052/2020 apresentava vício de constitucionalidade *(i)* formal, por ferir a competência da União Federal para legislar sobre Direito Civil (art. 20, I da CF) e *(ii)* material, por ferir a livre iniciativa, fundamento do Estado brasileiro e direito fundamental dos particulares, a teor dos artigos 1º, IV e art. 170, parágrafo único da CF. O entendimento se embasou em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

No Espírito Santo, foi elaborado o Parecer nº 58/2020, pelo Procurador do Estado Rafael Induzzi Drews. Em suma, registrou-se a inconstitucionalidade formal do Projeto de Lei nº 197/2020 por invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito civil (art. 22, inciso I, da CF). Consignou-se entendimento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade no sentido de que a legislação local que trate de relação de consumo não pode validamente dispor sobre relações contratuais, no caso, descontos obrigatórios no valor das mensalidades.

A amostra é parcial, mas indica que houve parecer técnico concluindo pela inconstitucionalidade do projeto de lei, sendo que a sanção do governador ocorreu apesar disso.

Verifica-se, assim, que ambos os pareceres apontam uma única solução técnica. As decisões dos governadores expressamente a contrariam. Logo, não é possível identificar qual o fundamento técnico que teria embasado a decisão de sancionar tal legislação. Inexistindo razões técnicas, conclui-se pela prevalência de interesse político do regulador.

O discurso político é de que o desconto seria uma compensação pela suposta diminuição de custos das instituições de ensino, em virtude da suspensão de atividades presenciais. É uma resposta ao clamor público. Porém, há consequências: a escola é uma empresa, que visa o lucro; diante da imposição de corte em sua receita, por meio de lei, a atitude óbvia é diminuir os custos, para equilibrar as contas. No serviço educacional, que se baseia fortemente na mão-de-obra de professores, imagina-se que a maior parte dos custos seja com o pagamento de pessoal. Logo, leis

estaduais que diminuem a receita das escolas podem ter como consequência imediata a demissão de professores.

Importante frisar que o objetivo deste artigo não é discutir o mérito dos argumentos levantados pelos órgãos técnicos<sup>6</sup>. O fato relevante é que existe um parecer técnico e ele não é levado em consideração no processo decisório do governador. Em verdade, se trata da prevalência de interesse político eleitoreiro – qual seja, a aparência de estar do lado do cidadão ao implementar um desconto obrigatório.

As leis estaduais não tratam da matéria de maneira sistêmica, tentando compor os interesses. Impõe-se desconto obrigatório no preço das mensalidades, sem ter sido implementada qualquer outra medida para equilibrar a situação. É o mesmo que fazer caridade com o chapéu alheio: estabelece-se uma diminuição da arrecadação de determinada entidade com o único intuito de parecer bem aos olhos do eleitor.

Merece destaque, ainda, a ótica do sistema jurídico. Diga-se que seja sancionada lei flagrantemente inconstitucional, ignorando-se o parecer técnico da Procuradoria Geral do Estado. Posteriormente, as empresas lesadas acionam o Poder Judiciário para questionar sua validade. E em juízo, a atuação caberá à Procuradoria Geral do Estado, que já se manifestou em parecer extrajudicial pela inconstitucionalidade. Ou seja, na prática é a Procuradoria Geral do Estado que definirá a situação: basta não recorrer de uma decisão de procedência para que prevaleça a inconstitucionalidade da lei. Portanto, a decisão do governador de ignorar o parecer prévio à sanção criou uma ineficiência: a lei viciada foi sancionada e a atuação em juízo é atribuição da Procuradoria Geral do Estado, cuja avaliação técnica já era conhecida antes mesmo da promulgação.

A doutrina tradicional tende a enquadrar a decisão ora questionada como “discricionária”. No entanto, a evolução do Direito Administrativo pretende fornecer elementos para restringir a amplitude desse conceito. Isso significa que o processo eleitoral não representa cheque em branco ou passaporte para o absoluto e, portanto, os administradores não estão dotados de poderes incondicionados (MEDAUAR, 2003).

## **6.2 Energia elétrica**

---

<sup>6</sup> A título de esclarecimento, aponte-se que a validade dessas leis estaduais está sendo questionada em diversas ADI's no Supremo Tribunal Federal, tendo sido apresentado parecer da AGU no sentido de sua inconstitucionalidade.

O setor elétrico brasileiro é regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Com base nos fundamentos apresentados de Direito Administrativo e Teoria da Regulação, o funcionamento da referida estrutura de organização serviria para garantir decisões estatais técnicas, afastadas do mero decisionismo político. Examina-se, no contexto da pandemia, se as medidas implementadas no setor seguiram essa racionalidade.

A Medida Provisória nº 950/2020 estabeleceu desconto de 100% da conta de energia elétrica daqueles cadastrados no programa tarifa social, durante um período de três meses. Conforme exposição de motivos, trata-se de providência do governo para minimizar o impacto econômico decorrente da pandemia para os consumidores de baixa renda. Há, portanto, evidente preocupação com os interesses dos usuários. Seria essa medida parecida com os descontos das mensalidades imposto às instituições de ensino?

A forma de estrutura da operação torna evidente a distinção. A implementação do desconto repercute, inevitavelmente, na arrecadação das empresas do setor elétrico. Para compensar esse custo<sup>7</sup>, foi determinado um aporte<sup>8</sup> do Tesouro até o limite de R\$ 900 milhões, sendo o restante custeado por sobre de recursos da própria Conta de Desenvolvimento Energético, resultante de despesas orçadas para 2020 que não serão executadas, tendo sido a operação liberada pela ANEEL.

Portanto, verifica-se que no setor elétrico a concessão de desconto foi delimitada para um grupo específico (consumidores de baixa renda) e por um prazo determinado (três meses), tendo sido realizado um cálculo de seu impacto financeiro e desenhadas medidas para suportar esse custo, tudo devidamente autorizado pelo respectivo órgão técnico (ANEEL). Por outro lado, no setor da educação a fixação do desconto na mensalidade deu-se de maneira generalizada (atingindo inclusive àqueles sem dificuldades econômicas) e sem prazo pré-estabelecido, tendo sido implementado sem a realização de cálculo do impacto financeiro para as instituições de ensino, sem qualquer compensação dessa perda de arrecadação e, ainda, a medida foi proferida em contrariedade ao órgão técnico (Procuradoria Geral do Estado).

Importante registrar que a MP nº 950/2020, além de endereçar a dificuldade financeira dos consumidores mais vulneráveis, também teve como objetivo apresentar solução para o problema de caixa enfrentado pelas distribuidoras de energia elétrica, causado pela diminuição repentina do

---

<sup>7</sup> O custo da proposta é estimado em R\$ 1,2 bilhão.

<sup>8</sup> Por meio da Medida Provisória nº 949/2020 foi aberto crédito extraordinário, em favor do Ministério de Minas e Energia, no valor de R\$ 900.000.000,00, para atender ao programa.

mercado como consequência do enfrentamento da COVID-19. A operação estatal serve para viabilizar crédito, de maneira que as distribuidoras continuem honrando seus compromissos com os demais agentes, preservando a sustentabilidade do setor elétrico.

Nesse ponto se apresenta mais uma distinção: no ramo de energia elétrica, a medida estatal serviu efetivamente para o equilíbrio do setor, tendo sido ponderados interesses dos consumidores e das empresas; enquanto que na seara da educação, a medida estatal focou-se unilateralmente em beneficiar os consumidores, além do evidente ganho político advindo de medida populista, sem qualquer preocupação com o equilíbrio do setor como um todo.

### **6.3 Telefonia**

No setor de telefonia não foi editada lei com objetivo de impor desconto no preço do serviço. Pelo contrário, a atuação estatal, por meio da ANATEL, visou garantir a cobrança das tarifas previamente contratadas e o fornecimento dos serviços. Destaca-se, assim, que a função regulatória das agências não é apenas normativa.

O Instituto de Defesa do Consumidor (IDECON) ajuizou a Ação Civil Pública nº 500466232.2020.4.03.6100, em face da ANATEL e outros, em trâmite perante a 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Em primeira instância, foi deferida liminar determinando à ANATEL que comunicasse<sup>9</sup> às prestadoras de telefonia a proibição de suspender o fornecimento do serviço durante a pandemia, mesmo em caso de inadimplemento. Portanto, as empresas estariam obrigadas a manter suas atividades mesmo sem receber a respectiva remuneração.

A ANATEL buscou derrubar essa medida liminar. Assim, protocolou pedido de suspensão de segurança diretamente à presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Por conseguinte, no bojo do pedido de Suspensão de Execução de Liminar/Tutela Antecipada nº 5008552-43.2020.4.03.0000 (SEI nº 5455656), foi prolatada decisão que suspendeu a liminar anteriormente deferida pelo juízo da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo.

A Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL foi motivada pela necessidade de garantia da ordem e economia públicas, especialmente a manutenção da sustentabilidade da própria prestação dos serviços de telecomunicações à população. Alegou-se o “*periculum in mora* inverso, uma vez que o impacto econômico-financeiro da decisão é imensurável sem estudo aprofundado e com a participação dos agentes envolvidos no setor”. Na decisão, consignou-se que

---

<sup>9</sup> Decisão judicial cumprida por meio da expedição do Ofício nº 139/2020/GPR-ANATEL.

a “pandemia não pode ser utilizada como justificativa genérica para o inadimplemento de obrigações jurídicas em larga escala, sob pena de gerar descontrolado das atividades econômicas em geral”<sup>10</sup>.

Aponta-se, assim, evidente distinção com o setor da educação. A atuação estatal técnica, por meio da ANATEL, visou garantir a cobrança pelos serviços – e não impor descontos sem qualquer compensação financeira ou estudo prévio. A providência buscou resguardar não apenas o interesse econômico das empresas, de receber a respectiva remuneração, mas também o interesse de todos os consumidores, já que a brusca queda de arrecadação poderia gerar a incapacidade das empresas de manter a prestação do serviço para a população. Logo, identifica-se a preocupação sistêmica com o setor, sopesando-se os interesses em conflito.

#### **6.4 Aviação**

A aviação civil foi diretamente impactada pelas medidas de contenção da pandemia, em virtude das restrições impostas à circulação de pessoas. Gerou-se, assim, o cancelamento de diversos voos e colocou-se em risco a sobrevivência das companhias aéreas. Isso porque o cenário impôs a drástica diminuição da demanda dessas empresas. Por outro lado, os consumidores que haviam adquirido passagens aéreas viram-se impedidos de usufruir do serviço adquirido.

Como resposta à situação emergencial enfrentada, foram editadas a Medida Provisória nº 925/2020 e as Resoluções ANAC nº 556/2020 e 557/2020, com destaque para as principais alterações implementadas: (a) permissão para que os consumidores adiem seus voos sem a cobrança de multa contratual, desde que aceitem créditos (e não o reembolso da tarifa); (b) caso optem pelo cancelamento dos voos, estabeleceu-se o prazo de 12 meses para o efetivo reembolso da tarifa, aplicando-se as multas contratuais; (c) a notificação do consumidor sobre a alteração de seu voo deve ocorrer com antecedência mínima de 24 horas (antes, o prazo era de 72 horas); (d) em caso de alterações, fica resguardado ao passageiro a assistência material e também sua realocação em voo de terceiro quando não houver disponibilidade de voo da própria empresa. Ademais, a ANAC informou que sua decisão estaria suportada por um estudo técnico que teve como escopo “identificar potenciais problemas e oportunidades regulatórias de forma a ajustar a

---

<sup>10</sup> Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/mais-noticias/2562-decisao-do-trf3-suspende-liminar-que-proibia-cortes-e-anatel-emite-comunicado-as-prestadoras-de-telefonia-fixa-e-movel>. Acesso em 24 jul. 2020.



regulamentação às atuais condições decorrentes dos efeitos da Pandemia, que se configura um evento de força maior, fora do escopo de gerenciamento das empresas aéreas”<sup>11</sup>.

De um lado, os passageiros ganham mais flexibilidade para alterar os voos sem que isso enseje o pagamento de multa contratual; de outro, as empresas também ganham mais liberdade para realocar os voos, já que as alterações programadas podem ocorrer em até 24 horas; em relação às tarifas, garantiu-se o direito ao reembolso por cancelamento, com um prazo estendido, em benefício das empresas; porém, garantiu-se a efetivação do voo em outra data ou até mesmo em outra companhia, sem custo adicional, resguardando-se os consumidores.

O ponto relevante para esta pesquisa é que as medidas tomadas pelo Estado no setor de aviação civil se basearam em estudo técnico e não foram unilaterais. Assim, buscou-se a conciliação dos interesses das empresas e dos consumidores<sup>12</sup>. Por certo, há espaço para debate sobre o grau de equilíbrio de interesses efetivamente atingido. Porém, inegável a preocupação com o sistema como um todo. Diferentemente, no caso da educação houve a imposição de descontos obrigatórios sem qualquer tipo de compensação ou avaliação prévia de seus impactos. Novamente, a comparação torna cristalina a diferença de atuação estatal.

## 7 Conclusão

Historicamente, o surgimento das agências evidencia que a atuação estatal centralizada estaria mais suscetível à influência dos interesses políticos. Com base nessa premissa, foi analisada a conduta regulatória brasileira, diante da crise provocada pela COVID-19. Como resultado, identificou-se que no setor da educação, dominado pelo poder centralizado, as medidas editadas tiveram caráter eminentemente político, afastando-se de uma análise técnica e sistêmica; por outro lado, nos setores de energia elétrica, telefonia e aviação, marcados pela participação das agências, as providências estatais se apoiaram em conhecimentos técnicos e buscaram a proteção do sistema.

O artigo evidencia a fragilidade do exercício centralizado do poder na seara da educação, que permitiu uma atuação estatal populista, afastada da racionalidade técnica. Para tentar amenizar esses aspectos negativos, vislumbra-se as seguintes alternativas: (a) criação de uma agência para o setor educacional, visando a produção de resultados mais eficientes; (b) manutenção do exercício

---

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/anac-decide-sobre-regras-do-transporte-aereo-de-passageiros-no-contexto-da-covid-19>. Acesso em 24 jul. 2020.

<sup>12</sup> A composição dos interesses é expressa na Exposição de Motivos MINFRA nº 10/2020, documento que acompanhou a edição da Medida Provisória nº 925/2020.

de poder centralizado, porém com a divulgação obrigatória dos pareceres técnicos emitidos previamente à tomada de decisão, o que lhes conferiria a possibilidade de influenciar a opinião pública e, indiretamente, o próprio agente administrativo; (c) alteração legislativa tornando vinculantes tais pareceres técnicos, impedindo decisões fundadas apenas na vontade do administrador.

Como desdobramento do presente artigo, mostra-se relevante o estudo de possíveis alterações do mercado educacional nos diferentes estados, comparando-se com as localidades em que não foram editadas leis impondo descontos obrigatórios nas mensalidades. Como a referida legislação não foi precedida de estudos de impacto para o setor, a documentação da realidade permitiria a identificação de eventuais efeitos, como por exemplo o aumento do desemprego. Isso porque se é implementado um corte repentino na arrecadação, como consequência impõe-se o ajuste dos custos das instituições de ensino, medida que pode ter sido alcançada por meio de demissão em massa de sua força de trabalho.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras:** e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation:** theory, strategy, and practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRAITHWAITE, John; COGLIANESE, Cary; LEVI-FAUR, David. Can regulation and governance make a difference? **Regulation & Governance**, v.1, p. 1-7, 2007.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm). Acesso em: 1 abr. 2021.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno.** Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? *In:* GUERRA, S. (org.). **Teoria do Estado Regulador.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade:** uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 123-152, 2017.

JAFFE, Louis L. James Landis and the administrative process. **Harvard Law Review**, p. 319-328, 1964.

KLINE, William; MCDERMOTT, Karl McDermott. Evolutionary stakeholder theory and public utility regulation. **Business and Society Review**, v. 124, p. 283–298, 2019.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. *In*: MATTOS, P. T. L. (org.). **Regulação Econômica e Democracia**: o debate europeu. 2. Ed. São Paulo: RT, 2017.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

PELTZMAN, Sam. Toward a More General Theory of Regulation. **Journal of Law and Economics**, v. 19, n. 2, p. 211-240, 1976.

PROSSER, Tony. Regulation and social solidarity. **Journal of Law and Society**, n. 33, p. 364-387, 2006.

REDDING, Sam; NAFZIGER, Dean. Functional coherence in the state education agency: a structure for performance management. **Solutions**: Building State Capacity and Productivity Center at Advance Research, n. 4, p. 1-22, 2013.

SHAPIRO, Stuart. The evolution of cost–benefit analysis in US regulatory decision making. *In*: LEVI-FAUR, D. (org). **Handbook on the Politics of Regulation**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. *In*: GUERRA, S. (org). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

ZYMLER, Benjamin. Política, Direito e reforma do Estado: uma visão funcional-sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 147, p. 35-49, 2000.