



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 6 | n. 2 | julho/dezembro 2015 | ISSN 2179-8214

Periodicidade semestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



As Agências Reguladoras: entre o velho, o novo e o que se anuncia. Do paradigma econômico ao paradigma ecosófico

*The Regulatory Agencies. Between the old, the new and the one
to be announced: from the economic paradigm to the ecosofic
paradigm*

Rogério Silva Portanova¹

Universidade Federal de Santa Catarina

José Augusto Medeiros²

Universidade Federal de Santa Catarina

Recebido: 07/06/2015
Received: 07/06/2015

Aprovado: 07/08/2015
Approved: 07/08/2015

Como citar este artigo/How to cite this article: PORTANOVA, Rogério Silva; MEDEIROS, José Augusto. As Agências Reguladoras. Entre o velho, o novo e o que se anuncia: do paradigma econômico ao paradigma ecosófico. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 156-183, jul./dez. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.06.002.AO06>

¹ Professor Associado da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Pós-doutor pela Universidade Lusíada de Lisboa. Doutor em *Sociologie Et Anthropologie Du Politique* pela Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: rogerio.portanova@ufsc.br.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: gutojam@gmail.com.

Resumo

O presente artigo objetiva analisar o lugar de fala que o meio ambiente atualmente ocupa na atuação das Agências Reguladoras. Para tanto, leva em consideração o fato de que, no Brasil, o processo historicizado de agencificação, ou mesmo a configuração política que legitima as agências reguladoras, é puramente econômico. Neste sentido, busca projetar o que desta percepção afeta o espaço dialético constitucionalmente previsto entre a ordem econômica e o meio ambiente. Ao final, tenciona demonstrar que uma possível saída seja, talvez, reencontrar o conceito de “desenvolvimento” – *perdido em desvios semânticos* – dentro da própria força normativa constitucional do sistema jurídico vigente.

Palavras-chave: agências reguladoras; ordem econômica e social; desenvolvimento; meio ambiente; Agência Nacional do Petróleo.

Abstract

This article aims to analyze the place of speech that the environment currently holds in action of regulatory agencies. To do so, it takes into account the fact that in Brazil, the historicized process of agencification, or even the policy setting that legitimizes regulatory agencies, is purely economic. In this sense, the work seeks to project what this perception affects the constitutionally provided dialectical space between the economic order and the environment. In the end, the paper intends to demonstrate that a possible way out is perhaps rediscover the concept of "development" – lost in semantic shifts – within the constitutional normative force of the current legal system.

Keywords: regulatory agencies; economic and social order; development; environment; National Petroleum Agency.

1. Introdução

Para Frijtof Capra (2002), a economia global contemporânea é estruturada em torno de redes de fluxos financeiros, nos quais o capital se movimenta em um ritmo aceleradíssimo. O mercado global, assim definido, é, na realidade, uma rede de máquinas. Um verdadeiro autômato que impõe sua lógica a todos os participantes humanos e, para funcionar sem solavancos, tem de ser programado por pessoas e instituições.

Segundo o Autor (2002), por trás deste modelo está o princípio básico do capitalismo selvagem: que consiste no fato de que ganhar dinheiro

vale mais do que a democracia, os direitos humanos, a proteção ambiental ou qualquer outro valor. Virar o jogo, portanto, implica necessariamente em mudar tal princípio básico. Com efeito, o primeiro desafio a ser engendrado para se viabilizar esta mudança é o de remodelar as instituições do governo e as regras da globalização. E isto depende de alteração da percepção ou, em última análise, da reestruturação da leitura destas instituições, reestabelecendo lugares de fala para novos agentes.

Dentre as instituições da contemporaneidade que mais se destacam na ordem econômica e financeira do Estado, figuram as Agências Reguladoras. Atualmente, as Agências se inserem num paradigma que ora as percebe como instituição do Estado Liberal e ora as percebe como reflexo necessário do Estado Intervencionista. Por um lado, significam o advento da intervenção³ substancial do Estado na organização política-econômica administrativa e, por outro, preconizam a garantia da segurança patrimonial daqueles que, por meio da delegação do Estado, exploram bens e realizam serviços públicos ditos essenciais.

Ocorre, entretanto, que o processo historicizado de criação das agências reguladoras no cenário nacional, ou mesmo sua configuração política contemporânea, ainda que possa ter uma leitura jurídica, dá-se exclusivamente por meio de uma percepção econômica “*desenvolvimentista*”. Decorre daí, por exemplo, o fato de que a finalidade das Agências Reguladoras nunca esteve centrada em destinar ou compreender uma política regulatória adstrita a outros interesses públicos, como, por exemplo, o ambiental.

Muito embora o enfoque ambiental se insira por diversas lógicas na legislação regulatória⁴, parece que isso não é suficiente para promover sua efetivação. As Agências Reguladoras são ainda instâncias em que a técnica patrimonialista impera sob o manto de uma ordem econômica⁵ engendra-

³ Para todos os efeitos, o termo “intervenção”, aqui, tem o conceito de Influência da política econômica sobre a economia. De acordo com Vital Moreira (1978, p. 197), este conceito não aceita a afirmação de que a economia seja um domínio independente do Estado, mas, sim, um elemento que o pressupõe. Não é possível, portanto, uma economia isenta do Estado. No que consiste à intervenção Estatal, observa Vital Moreira que, no domínio econômico, o Estado tem uma função: realizar nele sua tarefa geral de coesão e integração social, pressupondo (e garantindo através de sua ordem jurídica e de sua máquina política) um determinado estatuto das relações econômicas, de modo que as atividades que tem que realizar são historicamente condicionadas por esta mesma função.

⁴ A Lei 9.478/97, que institui a ANP, por exemplo, traz em seu texto que a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, devem ser realizadas com observância nas boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente.

⁵ Ordem Econômica (Constituição Econômica) pode ser lida como o conjunto de princípios de organi-

da a partir do capitalismo, sem que a percepção ambiental, mesmo que sofrivelmente prevista na legislação pertinente, preencha o espaço que lhe foi destinado: alcance um lugar de fala.

A consequência lógica desta cegueira intentada nas últimas décadas é agora sentida nos seus mais diversos aspectos. A violência estrutural percebida leva à fácil conclusão de que o objetivo das agências reguladoras não é mais somente a especulação sobre a modicidade tarifária ou a mera regulação⁶ deste ou daquele serviço público, mas, sobretudo, de que maneira explorá-los e/ou quando explorá-los sem que se tornem escassos ou comprometam o que se denomina “sustentabilidade”.

Uma questão se sobreleva daí: Qual o lugar de fala que o enfoque ambiental deve assumir no âmbito das Agências Reguladoras?

A ampliação da abordagem desta temática reside, talvez, em perceber as Agências Reguladoras como espaços não somente desenvolvidos para o que se convencionou denominar “desenvolvimento econômico”, mas percebê-las a partir de uma perspectiva em que figuram como instrumentos imprescindíveis a um “*outro*” (e verdadeiro) desenvolvimento: o ecológico, sob os auspícios de um Estado Democrático de Direito e da tutela do “bem público”.

Na hipótese do presente trabalho, os fundamentos epistemológicos desta necessária mudança de percepção se encontram na própria redefinição ou reinterpretção das diretrizes constitucionais e legais que circundam o tema. Isto implica necessariamente no questionamento dos valores e princípios que tradicionalmente revestem o que se define como finalidade das Agências Reguladoras.

Para tanto, este artigo aborda o processo historicizado da criação das agências reguladoras no Brasil, sua definição a partir da ordem econômica e a forma que toma para si a partir daí. De modo correlato, analisa os sentidos intrínsecos aos termos “desenvolvimento” e “progresso”. Sequenci-

zação da vida econômica, consagrados no Direito Positivo, de modo que é, em si, uma ordem jurídico-econômica. De acordo com Eros R. Grau (1981), é fora de dúvida que as matérias representadas pela Ordem Econômica são também sociais, visto que o econômico é uma fração do social, não havendo, portanto, oposição entre o econômico e o social, mas integração do primeiro ao segundo.

⁶ Para este trabalho, considera-se “regulação” como toda a intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas, ficando de fora a participação direta do Estado na própria atividade econômica (Vital Moreira, 1997). De outro lado, “direito regulatório” como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público (Di Pietro, 2009).

almente, busca trazer exemplos práticos e atuais dos efeitos deletérios da má-formação (atuação) das agências reguladoras face à ordem econômica e social estatuída pela Constituição de 1988, notadamente da Agência Nacional do Petróleo (ANP).

2. As Agências Reguladoras e a transferência de modelos

O processo de agencificação que o Brasil suportou nas últimas décadas é frequentemente invocado como advento político e econômico contemporâneo, datado da década de 1990. Não são raras as doutrinas de Direito Administrativo e manuais de estudo que tendem a interpretar este processo comparando-o com o processo de criação de agências reguladoras ocorrido em outros países, em particular nos Estados Unidos da América.

A problemática aqui proposta não descarta tenha havido, em alguma medida, tal influência. Entretanto, é imprescindível para qualquer estudo que tenha por objetivo a regulação estatal promovida pelas Agências, sobrelevar que, em que pese às possíveis influências de outros países, o Brasil, na verdade, passou por um processo de criação intervencionista próprio, provocado por um contexto histórico social com ranço escravocrata, latifundiário e patrimonialista que nunca se propôs a realizar ou promover o progresso da cidadania. É este conjunto de fatores que indica que, de alguma forma, as agências reguladoras são fruto de uma lógica de governo mais antiga que sua pretensa criação.

Isto explica porque, necessariamente, as Agências Reguladoras não foram destinadas a observar o uso consciente dos recursos naturais, gradativamente tão raros, ou mesmo nortear toda a regulação a partir real interesse público. A percepção das Agências Reguladoras e sua consequente constituição para um modelo de crescimento vinculado unicamente ao desenvolvimento econômico, tornaram-nas cegas para outras facetas do Estado Contemporâneo, transformando-as em gigantes com os pés de barro.

Por conseguinte, a simples análise comparativa de transferência de modelos, como é costumeiramente realizada, sem a atenção devida que se deve destinar a este assunto - *periférico da intervenção estatal* -, afasta qualquer possibilidade real de diagnosticar os problemas que hoje afetam as Agências Reguladoras e reverberam nas mais diversas esferas do Estado Democrático de Direito. Não por acaso, algumas soluções ditas neoliberais

como “*desregulação*” ou não liberais, a exemplo do fortalecimento da independência das Agências, costumeiramente apresentam-se completamente equivocadas ou fora de contexto. Decorre daí a necessidade de retomar alguns dos aspectos do processo histórico de regulação ocorrido no Brasil.

3. As Agências Reguladoras no Brasil. a conceituação a partir da óptica econômica

Na acepção clássica do Direito Administrativo Brasileiro, as Agências Reguladoras são agências especiais criadas pelo Governo para o controle e fiscalização da execução de serviços públicos transferidos ao setor privado (MEIRELLES, 2005). Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002), em sentido amplo, no direito brasileiro, Agência Reguladora consubstancia-se em qualquer órgão da Administração Direta ou da Administração Indireta com função de regular matéria específica que lhe é afeta.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) as define como autarquias⁷ sob regime especial criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. Observa, entretanto, que, não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por “*regime especial*”, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isso.

Há, notadamente, um substrato comum a todos estes conceitos definidores: as Agências Reguladoras são fruto da redução de atuação direta do Estado, com a delegação (aos particulares) das políticas e providências que, na concepção contemporânea de constituição que o Estado é formado, seriam de sua responsabilidade.

Este lugar de fala que as Agências Reguladoras assumem no cenário político-jurídico estatuído foi construído a partir dos auspícios do Estado Intervencionista e dogmatizado no âmbito econômico por meio da técnica jurídica. Diante disso, afigura-se correta a afirmação de que a regulação estatal desdobra-se em dois aspectos de intervenção indireta: um, de domínio econômico (regulação econômica) e, outro, de regulação social. Este

⁷ Consoante o art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, considera-se autarquia “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

realce, segundo Di Pietro (2009), é explicado pelo papel que a economia ocupa hoje na configuração do Estado e de suas instituições.

A consecução do modelo de regulatório empreendido no Brasil, é sabido, não se dá do dia para noite. Nem o conceito que ele abrange é, tão-pouco, originário de uma reflexão ligeira. Na verdade, o Estado Intervencionista surge como uma resposta a um modelo estatal que se mostrou propício à exploração e ao enaltecimento da propriedade privada com olhos no crescimento econômico do país e no fortalecimento da “soberania”.

Ele se coloca em uma posição conceitual que abrange diferentes correntes doutrinárias e evidencia um tipo de organização política e econômica que lhe atribui a roupagem de agente da promoção social e organizador da economia, com a finalidade cíclica de promover, justamente por este último perfil, a ascensão ao “bem-estar” e o “padrão de vida” social de todos os cidadãos que o compõem (DRAIBE, 2004).

Historicamente, o processo de regulação ocorrido no Brasil remonta a Primeira República, fortalece-se com a Era Vargas e, posteriormente, tão somente se metamorfoseia para se chegar ao que é hoje (DRAIBE, 2004). Por todo este caminho, o Estado se faz presente fragmentando-se em camadas elitistas que se inserem e preparam terreno para fazer das agências reguladoras mais uma instância da técnica patrimonialista. Tudo isso em um país que ainda não é capaz de discutir “democracia” e, conseqüentemente, realizar a “cidadania”; ou mesmo, pensar em um modelo de sustentabilidade que compreenda os interesses que não os puramente econômicos.

Por conseguinte, o Intervencionismo Estatal, a partir do modelo que foi engendrado, deixa de ser uma grande “obra” de governantes preocupados com a realização social e, categoricamente, não pode ser assim entendido. No Brasil, a persecução do modelo de Estado Intervencionista é, antes de tudo, oriunda de provocações e pressões econômicas, classistas e de urbanização, que visavam, sobretudo, atender uma determinada elite que já figurava no cenário nacional há algum tempo (DRAIBE, 2004).

4. A ossatura do intevencionismo estatal no Brasil: as origens da lógica econômica

Quando se fala em Estado Interventor no Brasil, necessariamente se fala na Era Vargas, ou, em uma melhor concepção, na sua formação a partir da década de 30. Pode-se afirmar que o nascimento do Estado Interventor

deu-se simultaneamente ao que condicionou a nominar de “Revolução Burguesa” (FERNANDES, 1989).

Na acepção de Florestan Fernandes (1989), “Revolução Burguesa” denota um conjunto de transformações econômicas, tecnológicas, sociais, psicoculturais e políticas que só se realizam quando o desenvolvimento capitalista atinge o clímax da sua evolução industrial. No Brasil, o clímax do desenvolvimento industrial se dá com a Era Vargas.

Para Florestan Fernandes (1989), o capitalismo monopolista já estava incubado, é certo, e dispunha de uma irradiação interna que vem dos fins do século XIX e do começo do século XX. Diante disso, o “nosso” capitalismo competitivo foi deslocado por uma transformação política, a que se vincula a própria crise do poder burguês depois da década de 30.

A situação brasileira, no fim do Império e do começo da República, consolida-se somente nos germes deste poder e desta dominação (FERNANDES, 1989). Ainda sob a hegemonia da oligarquia, as antigas estruturas de poder se reaparecem, de modo a propiciar a ascensão do poder burguês e a dominação burguesa. Essa recomposição marca o início (tardio) da modernidade no Brasil (FERNANDES, 1989).

Agrega-se a isso, o fato de que o Brasil já vinha de um processo colonizador embebido numa tradição monárquico-patriarcal. Os reis portugueses governavam o reino como a própria casa, não distinguindo o tesouro pessoal do patrimônio público. Seu poder assentava no patrimônio e, em torno deste, gravitavam o rei, seus súditos e os interesses econômicos da nação (FAORO, 2001).

Tal fator, em larga escala, fertilizou um terreno propício para a criação de um capitalismo amparado nos interesses governamentais, que foi formado sob a influência de uma ordem social inclinada a atender os interesses de desenvolvimento industrial. Neste contexto, a administração pública estruturou-se no cumprimento de interesses particulares, notadamente econômicos, de cunho patrimonial. E é esta composição originária que se revelou como um terreno propício à concretização da revolução burguesa no Brasil e, concomitantemente, implicou na fixação e manutenção do “Estado Interventor” tal como moldado.

Enquanto isso, a burguesia não deixa de manter múltiplas polarizações com as estruturas econômicas, sociais e políticas do País. Ela não assume o papel de paladina da civilização ou de instrumento da modernidade (FERNANDES, 1989). O novo projeto de industrialização que se afirma, res-

tringe-se no aspecto econômico de um processo mais amplo da formação e consolidação da dominação e do poder burgueses, ou seja, do Processo de Revolução Burguesa (DRAIBE, 2004).

A análise deste quadro é de suma importância para desvendar as múltiplas facetas que o Estado assume a partir de então. Destina-se ele a harmonizar os interesses burgueses que colidem na alta estrutura da administração pública. Tudo isso, amparado na leitura econômica do desenvolvimento. É neste cenário que desponta a necessidade de regulação estatal com o exclusivo objetivo de crescimento econômico.

Ocorre, entretanto, que a técnica patrimonialista, denunciada por Raimundo Faoro (2001), permanecerá presente nos órgãos estatais⁸, de modo a promover os instrumentos de desenvolvimento do Estado para capturas⁹ de mercado em benefício do interesse de poucos, o que significa, muitas vezes, o afastamento dos interesses públicos, como por exemplo, os afetos ao meio ambiente.

A expansão do aparelho regulatório, porém, dá-se de forma conclusiva com a alavanca legal da soberania formadora do Estado Nacional. É possível afirmar, como denota Sônia Draibe (2004), que o governo procurou estatuir e indicar os conteúdos históricos de sua soberania. Deste modo, a efetivação da autoridade pública central, sobre recursos considerados essenciais ou estratégicos, constituiu um dos mecanismos típicos da formação do Estado Nacional.

Como efeito direto, a soberania do Estado deixa-se estar intrinsecamente ligada, também, aos recursos naturais e aos meios de acesso a ele, eis que são meios de desenvolvimento dos índices industriais. É assim, por exemplo, que a elaboração dos primeiros códigos (floresta, água, ar e caça e pesca), não passou de um movimento de demarcação de soberania do Estado sobre seu território, diante de processos similares e simultâneos de formação (DRAIBE, 2004).

⁸ Exemplo contemporâneo desta situação, é muito bem observado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) quando destaca que é precisamente o que aconteceu com o governo neoliberal do então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Salienta o Autor que o Governo, na época, criou uma autarquia especial atrás de outra e, obviamente, foram nomeadas para dirigi-las pessoas de confiança do grupo que ocupava o Poder. Com isto, certamente a pretensão era manter o controle da máquina administrativa pública e dos rumos que lhe vinham sendo imprimidos, mesmo em caso de derrota nas eleições, como a final sucedeu.

⁹ Teoria da Captura: Fato das agências não resistirem às pressões da administração pública e do setor regulado. Segundo Novak (2010), consiste no fato da regulação servir não ao interesse público, mas sim ao interesse dos regulados. Segundo George Stigler, nesta hipótese, como regra, a regulação é concebida pela indústria e projetada principalmente em seu benefício.

Bercovici (2011) atenta para o fato de que o controle do Estado sobre o petróleo e os recursos minerais esteve, historicamente, vinculado à própria afirmação da soberania estatal. De modo que a relação do petróleo e dos recursos naturais com a soberania econômica é, portanto, umbilical. Para Bercovici (2011), analisar as leis correlatas à mineração ou a exploração do petróleo é o mesmo que compendiar e dissecar a própria história econômica do país.

Esta percepção de soberania está intimamente ligada com o conceito padrão de desenvolvimento que se define (principalmente desde a década de 1940) na esfera internacional. A disseminação de alguns termos, como “padrão de vida” e “desenvolvimento econômico” constitui-se a partir de uma raiz colonialista, que tem por instrumento eficaz o capitalismo (SACHS, W. 2000). Por conseguinte, a propriedade da União sobre os recursos estratégicos passíveis de industrialização e a fonte segura de arrecadação de riqueza que representava esta exploração foi ponto de partida para a presença do Estado Intervencionista (e empresário) nessas áreas fundamentais para o desenvolvimento econômico (DRAIBE, 2004).

Não é por acaso, conforme observa Fábio Konder Comparato (1965), que o marco do direito econômico¹⁰ é também registrado nesta época. Ele nasce com a primeira guerra mundial, que representa, de fato, o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção de guerra e de economia. A partir deste ponto, a guerra não é mais compreendida como uma mera atividade marginal que interessava a alguns grupos; a guerra torna-se um fenômeno que social totalitário, que submete os seus fins a todas as tarefas e formas de ocupações.

Com isso, observa Comparato (1965), a economia transforma-se, mais do que qualquer outra atividade, demonstrando que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também, e, sobretudo, nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios. Por conseguinte, o Estado não se afigurou mais indiferente à evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes de economia privada. Surge então uma regulação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas, que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial,

¹⁰ Direito Econômico consubstancia-se no sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada a possibilitar a efetivação da política econômica estatal (GRAU, 1981).

abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras (COMPARATO, 1965).

Coube ao Estado, desde então, estimular a produção nacional, intervir nela, dirigi-la, tornar-se empreendedor e comerciante, estimular iniciativas particulares e, por fim, regular seus investimentos em função dos ciclos econômicos com olhos no jogo de mercado internacional (COMPARATO, 1965).

A ilação que se extrai daí é que, desde o início, o nascimento do Estado Interventor no Brasil dá-se com a articulação dos setores privados no aparelho econômico estatal. O modelo corporativista, como observa Sônia Draibe (2010), vincula os setores privados ao aparelho estatal. Ele liga os setores empresariais aos órgãos econômicos por representação estabelecida por meio de suas entidades gerais de classe, as federações e confederações. Assim, desde cedo, os representantes empresariais puderam defender seus interesses na definição de políticas econômicas gerais. Este *modus operandis* de regulação estatal far-se-á presente na forma de atividade das agências reguladoras posteriormente.

É por esta perspectiva que a lógica de (des)regulação insere-se no contexto histórico como um embate de discursos que são engendrados desde a era Vargas. Os interesses pré-definidos, num primeiro momento, concentraram-se em alocar na mão do Estado, então exclusivo representante da classe industrial, a responsabilidade por materializar o crescimento do respectivo setor.

É importante observar que a inclinação de atendimento ao crescimento setorial se ganha mais força com a promulgação do Decreto Lei 200 de 1967 que, dentre outras peculiaridades, tem o condão de remodelar a estrutura administrativa do Estado justamente no sentido de alterar o alcance do perfil nacionalista empreendido pela estrutura administrativa varguista.

Após, já na década de 1990, com as intempéries da situação econômica sentidas nas décadas de 70 e 80, os interesses foram realocados para a abertura econômica e, principalmente, para a estabilização econômica a partir do programa de desestatização, o que permitiu a reformulação da atuação estatal. A crise social que se estabeleceu nos anos 70 e encontrou seu auge no final da década de 80, tornou possível a legitimação do remodelamento da administração pública.

Gilberto Bercovici lembra que a Constituição de 1988 é considerada como a Constituição das políticas públicas e dos direitos sociais. Porém, num primeiro momento, foi entendida como prejudicial aos interesses do país, sob o argumento principal de ter sido a causadora última das crises econômicas, do déficit público e da ingovernabilidade (BERCOVICI, 2012). Isso tudo foi entendido como uma crise estatal e o remédio administrado consubstanciou-se no processo de reformas constitucionais que foi levado a cabo, principalmente, nos anos 1990¹¹.

Neste processo, conforme ensina Gilberto Bercovici (2012), o Estado foi (re)estruturado para promover o descomprometimento público em relação à economia, por meio da privatização e liberalização, instituindo o chamado “Estado Regulador”. As agências reguladoras surgem nesta formação como peça-chave. Conforme aponta Vital Moreira (1978), há uma relação inversa entre a atividade econômica do Estado e sua atividade regulatória, de modo que a redução do papel do Estado normamente implica o aumento da regulação.

Para Bercovici (2010), esta seria a republicização do Estado, partindo-se do pressuposto de que o público não é, necessariamente, estatal, seguindo a “teoria da captura”, que entende, tão ou mais perniciosa que as “falhas de mercado”, as “falhas de governo” provenientes da cooptação do Estado e dos órgãos reguladores para fins privados.

E o que se tem visto, desde a criação das agências reguladoras, é que sua independência e técnica não se fazem presentes. Realmente, há uma clara captura dos setores de governo. Gilberto Bercovici (2010) é categórico ao afirmar que as agências apenas deram uma aura de modernidade ao tradicional patrimonialismo que caracteriza o Estado brasileiro. Para o Autor, é público e notório que as “agências” não são independentes. Pelo contrário, decidem de acordo com os interesses das empresas vinculadas aos setores regulados, sendo responsáveis, nos últimos anos, por exemplo, pelo “apagão elétrico” e o caos nos aeroportos.

De acordo com Almiro Couto e Silva (2009) a onda de privatizações que reverberou na economia mundial na década de 1990 provocou, no Brasil, um renascimento ou uma revivência do modelo de concessões de

¹¹ De acordo com as informações publicadas pelo BNDES de 1981 a 1984 foram privatizadas 20 empresas; no governo do presidente José Sarney, de 1985-1989, cerca de 18 empresas foram privatizadas; Na década de 1990 foram privatizadas aproximadamente 66 empresas, dentre as quais a Companhia Siderúrgica Nacional e a Vale do Rio Doce.

serviços públicos. Consequentemente, afirma o Autor, o mesmo movimento de privatizações deu ensejo ao ressurgimento de autarquias, qualificadas como especiais porque independentes, dotadas de poder regulador e batizadas de “Agências Reguladoras”. Almiro Couto e Silva observa que esta readaptação da estrutura administrativa do Estado pode ser lida como um *turning point* do Direito Administrativo no Brasil.

Esta conjuntura denuncia que as agências reguladoras nascem, na década de 1990, imbricadas de um caráter mais de definidor das relações determinantes entre as diversas classes de capital do que de “regulação”, que tem na sua essência a preocupação com o que realmente está afetado pelo interesse público. Indelévelmente, é possível afirmar que as Agências Reguladoras aparecem na década de 1990 como mero instrumento, fruto de um debate político entre as correntes liberal e intervencionista que há décadas já vinha sendo travado no cenário econômico do país.

As Agências Reguladoras surgem no horizonte futuro, portanto, como ferramentas governamentais essenciais para a concreção e coordenação do “desenvolvimento”. No entanto, formam-se sob os auspícios do mesmo espírito regulatório (econômico) acima identificado, que se metamorfoseou desde a era Vargas. Com mais atenção, é possível afirmar que, no contexto que as Agências surgem, elas se desvelam como um mecanismo para contornar as diretrizes estatuídas pela Constituição Econômica¹². A estrutura muda, a intenção permanece.

5. A mudança de percepção. A conceituação a partir da óptica ecológica

A ordem econômica como farol do desenvolvimento social foi mundialmente instituída, com maior vigor, a partir da Segunda Guerra Mundial. Para Wolfgang Sachs (2000) e os demais autores do “*dicionário do desenvolvimento*”, o “desenvolvimento econômico” é tomado como um tipo específico de atitude mental. Ele é mais do que um simples empreendimento socioeconômico; *é uma percepção que molda a realidade, um mito que confronta as necessidades, uma fantasia que desencadeia paixões.*

No entanto, o conceito de “desenvolvimento” empreendido após o século XX, agora, apresenta sérias fissuras e começa a desmoronar. Sabe-se

¹² Conforme aponta Vital Moreira (1978), há uma relação inversa entre a atividade econômica do Estado e sua atividade regulatória, de modo que a redução do papel do Estado normalmente implica o aumento da regulação.

que este projeto se tornou obsoleto. O Desenvolvimento não funcionou; deu-se de maneira injusta. A industrialização que o capitalismo impôs trouxe consigo o preço mais alto que poderia cobrar: o risco de extinção de várias espécies, dentre as quais, a humana, ao passo que não solucionou os problemas que pretendeu solucionar.

Como toda a percepção, a percepção desenvolvimentista tem intrínseca à sua existência uma determinada linguagem amparada por símbolos próprios¹³. Tal arcabouço intertextual foi progressivamente preenchendo a ideia de “desenvolvimento” e se estabelecendo sistematicamente.

Gustavo Esteva (2000) destaca que o termo “desenvolvimento” ocupa o centro de uma constelação semântica incrivelmente poderosa. Não há, para este autor, nenhum outro conceito no pensamento moderno que tenha influência comparável sobre a maneira de pensar e o comportamento dos humanos. Apesar disso, enfatiza o autor, poucas palavras são tão ineficazes, tão frágeis e tão incapazes de dar substância e significado ao pensamento e ao comportamento.

Durante o século XX, o termo desenvolvimento passou por inúmeros significados e concorreu com vários outros. Hoje, ele é um mero algoritmo cujo significado depende do contexto em que é utilizado. O termo “desenvolvimento” tem o perfil tão preciso quanto o de uma ameba (ESTEVA, 2000).

Ao se estabelecer, no século XX, alguns países como países “desenvolvidos” e outros como “subdesenvolvidos”, impregnou-se o termo desenvolvimento com um conceito de meta (de progresso até uma meta). O detalhe pernicioso, entretanto, surge da constatação de que, com a chegada oportuna do desenvolvimento, segundo Sbert (2000), o termo “progresso” foi em seguida aplicado apenas ao que o autodesignado Primeiro Mundo já tinha alcançado e às conquistas infinitas a serem garantidas pela economia, pela ciência, e pela tecnologia, ainda que não disponíveis para o resto do mundo. Para Sbert (2000), nasce neste ponto da história o “*mito do desenvolvimento*”.

É a partir desta lógica, por exemplo, que a expressão “padrão de vida” é alcunhada como objeto final do desenvolvimento. O mito do desenvolvimento, produzido nos países de Primeiro Mundo nos anos gloriosos

¹³ Neste sentido ver Bresser-Pereira, Luiz Carlos (2006) O conceito histórico de desenvolvimento econômico.

(1945-1970) propaga-se como padrão por todo o planeta. Diante disso, os demais países engajaram-se numa luta cega e obsessiva por este padrão de vida. Nesta busca, principalmente com o crescimento do consumo em massa, o “bem-estar” é substituído pelo “bem-ter” – *do cidadão perfeito ao consumido mais do que perfeito* (SANTOS, 2001). O bem se torna quantia. A realização humana se dá com o “bem-estar” material e provoca a maximização do objeto e a produção do objeto, por sua vez, requer desenvolvimento econômico. Padrão de vida é “poder ter”.

Ocorre, entretanto, que esta medida do sistema, baseada apenas em bem materiais e produção econômica, em regra, negligencia dimensões importantes da vida, tornando-se causa do seu empobrecimento e ofuscação da realidade. A busca obsessiva pelo progresso impõe, também, a exploração dos recursos naturais com um só objetivo: tornar o país potencialmente industrial. Numa corrida esquizofrênica, espera-se que, com isso, a economia acelere e o progresso (seja lá qual for ele) promova a ascensão de um vazio “padrão de vida”.

A história da humanidade, na sua teia de acontecimentos, é prodígio em demonstrar que o “desenvolvimento” do homem, proporcionado pelo seu autoconhecimento, tem como divisor de águas o cartesianismo. Invariavelmente, a lógica das fontes dos autores iluministas indica *o quê* daquele contexto teve que ser negado e *o quê* teve que ser reconhecido para que o homem passasse a figurar como senhor do seu destino.

Para além das vozes que vinham do passado, como destaca Hespánha (2005), o século XVII encontrou no ambiente filosófico do seu tempo elementos que contribuíram para formar a sua concepção de direito natural. Para o idealismo cartesiano a primeira regra é a da evidencia racional (HESPANHA, 2005), de tal modo que o homem (*racional*) diferencia-se do animal (Ihe é superior) justamente por sua racionalidade. Com efeito, o plano externo, na concepção cattersiana, é mitigado: *“a chave da compreensão estava num interrogar de si mesmo, num excogitar altivo e isolado, pouco atento às realidades exteriores”*.

Evidentemente, este ideal fez-se presente no pensamento iluminista como um todo. A definição do homem feita pelo cartesianismo impunha certa obrigação de dominação do objeto cognoscente para, somente assim, conhecê-lo perfeitamente ou na sua integralidade. A natureza, nesta concepção, ganha estrutura diversa da destinada à esfera humana.

Neste sentido é fundamental resgatar a preciosa exposição de François Ost (1997), para quem homem e natureza perderam seu vínculo. O homem não consegue mais perceber o que o liga a natureza nem o que dela o distingue. A raça humana engendrou esforços para conhecer a natureza e, com isso, separou-a em pequenas partes inteligíveis e comerciáveis. Esta exploração não encontrou limites, prosseguindo-se até os dias de hoje. De outro lado, com a *deep ecology*, promoveu-se a personificação da natureza. Ela foi tirada de seu conceito de objeto e tornada sujeito de direitos.

Isto é, de uma forma e de outra, o homem não conseguiu, até agora, estabelecer uma relação dialógica e harmônica de ligação com a natureza. Todo o discurso que se forma na rede da história, tem como norte o desenvolvimento econômico como promessa de salvação da humanidade. Antes, porém, a natureza é posta de lado, como mero instrumento a ser conhecido e disponível para o “desenvolvimento”.

A retórica da experiência moderna não fica estagnada no tempo. O crescer da economia, sedimentada e mitigada pela ascensão da social democracia, dá outros ares ao desenvolvimento econômico sem, entretanto, congelá-lo. Ao contrário, vê-se que a consolidação econômica do capitalismo, engendrada pelo equilíbrio da construção do Estado Interventor e do seu caráter social, é desempenhada com mérito pela regulação jurídica¹⁴.

Não se tem dúvidas de que, nas últimas décadas, a natureza se tornou a principal pauta de diversos fóruns de discussões. Quando se fala em direito ambiental, está a se falar do mais básico e importante direito. Pois, sem a garantia efetiva dele, todas as outras diretrizes sociais tornam-se menores e, talvez, inexecutáveis em sua completude.

Por outro lado, os avanços da produção em massa e do capitalismo desenfreado, notadamente com a exploração dos recursos naturais pelos

¹⁴ Eros R. Grau (1981, p. 7-8) dá uma tônica diferente ao abordar o conceito de “desenvolvimento”. Para o Autor, a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. Para o Autor, o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para a outra, acompanhado do nível cultural intelectual comunitário. Decorre daí o fato de importar a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também, qualitativa. Adverte o Autor que a ideia de desenvolvimento não pode ser confundida com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende apenas uma parcela da noção de desenvolvimento. Em regra, o planejamento de atuação da atividade regulatória está vinculado a uma noção de desenvolvimento que traz no seu teor o tom de crescimento. Conforme pode ser inferido do quadro estrutural desta atividade, o planejamento governamental tende a dar vazão para problemas de infraestrutura por meio de uma óptica microeconômica, resolvendo situações pontuais que, quase sempre, atendem os anseios de uma determinada classe.

próprios Estados, que detêm a prerrogativa de, ao mesmo tempo fiscalizar estas atividades, repassam as externalidades negativas à sociedade, aproveitando-se da abertura conceitual do termo “desenvolvimento”. Na maioria das situações, observa-se que os interesses financeiros da ordem econômica estatuída¹⁵ relacionam-se desequilibradamente com os pretensos avanços sociais advindos destas explorações¹⁶.

No setor regulatório, a regra não é diferente. Ao se evidenciar o interesse das gerações futuras e o imperativo categórico da geração atual para com elas, tem-se que a intervenção estatal na limitação da exploração ambiental torna-se uma necessidade mais do que iminente, já, em acentuado atraso. Mas, de maneira ambivalente (e aqui reside, talvez, a raiz do problema) é, pois, o próprio Estado o carrasco do meio ambiente.

Em esclarecimento ao que se tenciona demonstrar, dentre situações práticas da atualidade, relevantes para o presente estudo, pode ser citado como paradigma o caso da exploração de gás de xisto (*shale gas*) na bacia do Rio Paraná. Um recorte específico das notícias divulgadas nos mais diversos meios de comunicação do Brasil, nos últimos anos, demonstra com clareza como o Governo Federal construiu um discurso legitimador da exploração desta “fonte de energia” sem, no entanto, promover o debate público ou medir as consequências advindas daí.

No caso em exame, a ANP – Agência Nacional do Petróleo, dissociada da sua regulamentação interna, portanto em desacordo com a legislação que a institui, atuou como agente promovedor específico deste procedimento governamental. Foi, contudo, barrada por decisão do Tribunal Regional da 4.^a Região que, prudentemente, suspendeu as negociações que viabilizavam referida exploração.

6. A extração do gás de xisto na bacia do Rio Paraná e a ilegalidade da atuação da ANP

Em janeiro de 2013, o Governo Brasileiro na onda dos números que apontavam uma crise de energia para o país, e, ainda, sob os auspícios da

¹⁵ Constituição Federal: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI – defesa do meio ambiente.

¹⁶ Neste aspecto, mais uma vez, merecem destaques as lições de Eros R. Grau (2008) para quem a compreensão de que o direito já está no econômico – mas também não está – permite compreender que nem a economia determina o direito, nem o direito poder determinar arbitrariamente a economia; permite, ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social.

descoberta do pré-sal e do aumento da produção de petróleo, deu ênfase ao início da exploração do gás de xisto. Na época, segundo o que afirmou o Ministro Edison Lobão, o produto estava “muito na moda” e o país “deveria” investir nele: “*está muito na moda no mundo inteiro, principalmente nos Estados Unidos*”. Por isso, “*nós aqui no Brasil vamos ingressar nessa política de exploração, desse tipo de gás*”¹⁷. O Gás não convencional estava, segundo o Ministro, “*fazendo a alegria do povo nos E.U.A. devido aos custos mais baixo do produto, em relação ao gás convencional*”¹⁸

Uma vez aprovada a exploração pela Presidente¹⁹, caberia, então, à ANP preparar os procedimentos necessários e submetê-los ao CNPE (Conselho Nacional de Política Energética) para, enfim, ser dada a largada à extração do gás não convencional.

De acordo com as diretrizes legais que circundam o tema, a ordem lógica dos eventos que viabilizariam o procedimento licitatório para a exploração e produção de gás natural deveria assim ser seguida: 1) *Elaboração de estudos de impacto ambiental (com vistas à exploração pela técnica de faturamento hidráulico)*; 2) *submissão dos resultados dos estudos ao CONAMA, órgão com atribuição para regulamentar a atividade*; e, somente após a realização de tais procedimentos, 3) *a realização de procedimento licitatório*.

A lógica adotada, porém, foi outra. Segundo consta nos documentos que consubstanciam as alegações do Ministério Público Federal da 4.ª Região, nos Autos de Ação Civil Pública²⁰ por ele manejada, a ANP não fez preceder os procedimentos licitatórios de consultas a órgãos competentes em um cenário de completa ausência de regulamentação deste assunto na legislação brasileira.

¹⁷ Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1334752&tit=Brasil-comeca-exploracao-de-gas-xisto-no-fim-do-ano>. Acessado em 7 de agosto de 2014.

¹⁸ Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3332068/refinaria-premium-i-demandara-investimentos-de-r-45-bi-diz-lobao#ixzz39jAV2mbE>. Acessado em 7 de agosto de 2014 "O gás não convencional nos Estados Unidos está fazendo a alegria do povo [devido ao custo mais baixo do produto, em relação ao gás natural convencional]. Com as pesquisas que fizemos aqui, descobrimos que existe esse gás não convencional em toda essa região [da Bacia do Parnaíba]", acrescentou Lobão. Acessado em 7 de agosto de 2014.

¹⁹ Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-01-10/dilma-autoriza-realizacao-da-11%C2%AA-rodada-de-licitacoes-para-exploracao-de-petroleo-e-gas>. Acessado em agosto de 2014.

²⁰ Ação Civil Pública n.º 5005509-18.2014.404.7005/PR

A ANP procedeu com a oferta de blocos exploratórios abrangendo áreas com restrições ambientais, desconsiderou o teor de procedimentos e consultas específicos para a exploração de recurso mineral em terras indígenas e em comunidade quilombola, bem como, não considerou os riscos inerentes aos recursos hídricos, notadamente do Aquífero Guarani, de alcance transnacional. A escusa foi a mesma presente no discurso político, segundo o qual o referido certame estava sendo encarado como um “piloto” para iniciar a exploração do gás em terra, além do quê, as explorações poderiam trazer mais informações sobre as áreas exploradas, inclusive sobre o aquífero²¹.

A atuação da ANP, segundo pontuou o MPF, baseou-se em estudos extremamente superficiais e restou realizada mesmo diante da existência de parecer técnico negativo de Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás (GTPEG) - *confeccionado por várias instituições e setores e coordenado pelo IBAMA*. Segue daí que as próprias audiências públicas sobre o tema, haja vista a repercussão negativa que poderia ter, foram viciadas com a desconsideração destas evidências.

Não fosse a decisão liminar que deferiu os pedidos insertos na ação intentada pelo MPF, a exploração teria sido iniciada com incontestável prejuízo²² (de ordem irreversível) para o meio ambiente. Todos os pressupostos de atuação da ANP, de representação do interesse público caíram por terra, revelando um exemplo paradigmático da teoria da captura.

Não há dúvida que, prejudicados os pressupostos de atuação (legítima) da ANP no caso em questão, tem lugar a anulação dos atos administrativos que culminaram com a irregular (e antidemocrática) concessão da

²¹ <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/11/1376555-sem-definir-regras-brasil-leilao-gas-de-xisto.shtml>

²² De acordo com o Professor emérito da UFSC, o geólogo Luiz Fernando Scheibe, para obter o gás de xisto, as empresas utilizam o método de extração chamado fraturamento da rocha (*shale gás fracking*), por meio do qual diversas camadas rochosas são perfuradas verticalmente até atingir o folheto. Este modelo de extração, em regra, implica em elevadíssimas concentrações de metano na água. No mais, o processo de *fracking* é caracterizado por uma diversidade de riscos operacionais, como explosões, incêndios, vazamentos, danos aos poços e aos trabalhadores, além de riscos geológicos e ambientais, como vazamentos subterrâneos. O Professor assina-la, ainda, que o processo de extração exige um número muito elevado de água, que recebe aditivos para dar aspecto fluidificante e espessante. Conforme os dados que aponta, cada poço exige de 15 a 30 milhões de litros de água, e metade desse volume volta poluído à superfície. Para melhorar o processo de extração são adicionados a água alguns produtos como álcool etílico, goma arábica, enxofre, ferro, manganês e cromo. Entrevista disponível no site: <http://noticias.ufsc.br/2013/08/em-aula-inaugural-professor-luiz-fernando-scheibe-alerta-para-ameacas-da-exploracao-do-gas-de-xisto/>, acessado em dezembro de 2014.

exploração do gás de xisto na bacia do Rio Paraná e, concomitantemente, se evidenciados os prejuízos, sua condenação na obrigação de reparação de danos extrapatrimoniais coletivos. A ordem normativa é clara neste sentido ao tutelar o interesse público correlato. Nesta hipótese não é sequer possível falar em conflito de princípios²³ (desenvolvimento econômico vs. proteção ao meio ambiente), haja vista que os vícios do procedimento são gritantes e em flagrante afronta aos princípios republicanos.

7. Do socioeconômico para o socioambiental. Readaptando o lugar de fala das Agências

Para Vital Moreira (1978) existe uma ligação necessária, em cada época, entre as estruturas econômicas, o papel do Estado na sociedade e as instituições jurídicas. A cada uma das formas típicas de capitalismo, elucida o Autor, corresponde uma ordem jurídica institucional. Às diferentes funções econômicas do Estado, em um dado contexto, portanto, corresponde uma transformação das instituições.

A ordem econômica e financeira estatuída pela Constituição de 1988 não deixa dúvida acerca do papel do Estado no contexto da estrutura econômica que ele é inserido. Com efeito, não se desconhece o inegável alcance social estabelecido, principalmente do Estado como seu agente normativo e regulador. Assim, além da simples intervenção, como observa Derani (1997) a ordem econômica projetada pela Constituição inviabiliza a visão de um Estado regido por princípios mínimos de intervenção. O desenvolvimento econômico previsto pela norma constitucional, completa a Autora, pres-

²³ Muito embora o juiz responsável pelo processo, na decisão ora comentada tenha lançado mão da ponderação/sopesamento para a resolução da questão, entendendo haver um conflito de princípios entre “o desenvolvimento econômico regional” e “o meio ambiente”, entende-se que o caso não era, necessariamente, de conflito de princípios. Explica-se: consoante o relatório da decisão e os dispositivos legais que a fundamentam, a problemática lá exposta dá conhecimento de que a ANP flagrantemente violou as diretrizes legais que era “obrigada” a observar. A simples verificação de que o processo licitatório foi maculado pela desconsideração de estudos e inversão de ordem, com prejuízos inclusive no âmbito democrático, deixa claro que, longe de um conflito de princípios, o que se têm é a ofensa direta à Constituição, o que não deixa espaço para a consideração do “desenvolvimento econômico regional”. No caso, portanto, a violação dos preceitos constitucionais e infralegais correlatos é suficiente para atacar e anular a atuação da ANP, sem que se recorra à técnica da ponderação. Pensar que há um conflito de princípios, nesta hipótese, é, por outro lado, reconhecer que a atuação da ANP, mesmo com as irregularidades que a acompanhou, constitui-se em um “direito” e, ao ser ponderado e/ou sopesado, poderia ser validado. Hipótese que, s.m.j, não poderia ocorrer, haja vista que, como se destacou, cuida de processo licitatório viciado que deve ser declarado nulo, sob pena de comprometer as diretrizes constitucionais e administrativas correlatas ao caso.

supõe o uso sustentável dos recursos naturais, como dedutível do teor do art. 225, IV²⁴.

Nesta perspectiva, o desenvolvimento econômico não está centrado na lógica autômata da exploração capitalista, pelo menos não na leitura orientada pela Constituição de 1988. Este posicionamento estratégico apresenta o desenvolvimento econômico como garantia de um melhor nível de vida coordenada, dentre outros fatores, com a proteção ao meio ambiente (DERANI, 1997).

Ao desenvolvimento econômico é imposto (por força constitucional) a observância da defesa do meio ambiente (art. 170). De modo que, consoante lembra Eros Grau (1984), inexistente proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente.²⁵ No mesmo sentido, acrescenta Derani (1997), não se pode pensar em desenvolvimento da atividade econômica sem o uso adequado dos recursos naturais, haja vista que esta atividade é dependente do uso da natureza.

Contudo, mesmo assim, dois campos de indeterminação se articulam na experiência prática. Um deles apresenta o desenvolvimento econômico alicerçado no que se pode denominar de um desenvolvimento sustentável e limitado pela degradação do meio ambiente. O outro campo apresenta uma realidade esquizofrênica, não atenta às diretrizes constitucionais e preocupada com as implicações de ordem econômica e de desenvolvimento que a agenda política deve alcançar. Estes dois pontos de vista, pode se dizer, têm em comum o meio ambiente como valor econômico. Em outras palavras, é um Estado socioeconômico preocupado com o meio ambiente na forma de desenvolvimento sustentável. Cada termo deste, entretanto, dá espaço para as mais diversas construções e alteração de percepção. E, em todas elas, um fator comum é percebido: o meio ambiente não tem lugar de fala.

É de se notar, assim, que as intermitências que a força normativa constitucional ainda sofre são, em grande escala, exclusivamente decorrentes daquela lógica “desenvolvimentista” histórica que se fez presente na construção do Estado Interventor. Muito embora com previsões expressas na ordem normativa acerca das diretrizes que regulam a exploração do

²⁴ IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

²⁵ Revista dos Tribunais, Proteção ao meio ambiente 702, p. 25.

meio ambiente em prol do desenvolvimento econômico (ou de um Estado socioambiental), a lógica da prática insiste em ser outra.

Revela-se daí que a organização institucional da Brasil ainda não se adequou aos princípios mais básicos norteadores do desenvolvimento econômico, quiçá de um desenvolvimento sustentável. No entanto, como observa Wolfgang Sachs (2000), já é hora de dismantelar essa estrutura mental doutrinada. É hora de dizer adeus a este conceito defunto.

Vital Moreira (1978) refere que ao estado liberal e “legislativo” abstencionista e negativo, típico do capitalismo, sucedeu o estado social e administrativo, intervencionista e positivo. Ao direito inespecífico e escasso do primeiro capitalismo, conservador do status quo, sucedeu a extensa e específica ordem econômica, e social. Na linha do que defende Vital Moreira (1978), a ordem econômica do capitalismo liberal, ao ser obrigada a assumir realidades econômicas – os sindicatos e os salários, os monopólios e as concorrência, a planificação e a propriedade estadual dos meios de produção -, assumiu dentro de si específicas contradições econômicas e sociais. Ele perdeu a coerência e a unidade pacífica da ordem econômica liberal e estabeleceu-se a si mesmo como um campo de tensões.

A recepção destas contradições e tensões não teve (e não tem) por escopo violar o sistema, mas sim, preservá-los. Estes corpos estranhos (ao primeiro capitalismo, conforme distingue o Autor) entram nos sistema não a título de infecção, mas de vacina. São processos de controle e de contenção. Para Vital Moreira (1978), com a inserção de controle econômico pelo Estado foi possível estabelecer um campo de luta política no próprio terreno da constituição econômica sem ultrapassar os próprios limites do direito constitucional. Em síntese, a ordem econômica passa a poder ser contestada dentro da sua própria organização instituidora. Reflexamente, a instância jurídica-política (no caso a constituição) passa ser expressamente aquilo que, retrospectivamente considerada, sempre foi: um resumo da formação social.

A linha de raciocínio delineada por Vital Moreira (1978) faz pesar outra conclusão. Na condição de que cada época estabelece a ligação entre as estruturas econômicas, o papel do Estado e suas respectivas instituições, é certo afirmar que as ligações estabelecidas entre esta tríade (ordem econômica, Estado e Instituições), no atual contexto “socioambiental” inserto na Constituição, desloca o lugar de fala das instituições, vistas como o próprio Estado, no que diz respeito ao meio ambiente.

Se ao primeiro capitalismo sucedeu o Estado interventor, como reconhece Vital Moreira (1978), parece correto agora afirmar que, ao Estado interventor deve suceder um “outro” modelo de Estado Interventor, um Estado interventor afeto às questões ecológicas e culturais daí decorrentes. A lógica de adaptação do sistema há de ser a mesma, ademais.

A ordem econômica presente, enraizada naquela ossatura econômico-capitalista desenvolvimentista, cede lugar a uma nova ordem econômica que é obrigada a assumir novas realidades, dentre as quais, os efeitos perniciosos dos excessos em prol do desenvolvimento levado ao cabo pelos Governos nas décadas passadas. É certo que assume, por isso mesmo, dentro de si específicas contradições, notadamente com relação àqueles que defendem o crescimento econômico industrial do país a qualquer preço. É estabelecido, assim também, um campo de tensões interno.

Notadamente, este campo de tensões (como outrora foi reconhecido por Vital Moreira) deve, entretanto, ser novamente percebido não como algo intangível ou deletério ao sistema normativo econômico. As rupturas que surgem no sistema socioeconômico capitalista, quando este dá espaço ao socioambiental, principalmente ao desvincular o meio ambiente do seu viés puramente econômico, reconhecendo-o como direito das gerações futuras, entram a título de vacina, e não de infecção. São aqui também processos de controle e contenção na busca de um sistema econômico viável ecologicamente.

Esta percepção estabelece um campo de luta política dentro da constituição sem ultrapassar seus limites. A ordem econômica é, mais uma vez, contestada. De toda sorte, contudo, a resposta para o equilíbrio do sistema socioeconômico e ambiental está na própria ordem normativa constitucional. A sustentabilidade do desenvolvimento, a partir desta premissa de tensões estruturais, tem o condão de realocar o meio ambiente, junto ao Estado e as suas instituições, em novos lugares de fala, tornando viável a realização de uma política ambiental de sustentabilidade econômica e de conservação do meio ambiente. Tudo isso com albergue na própria ordem constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012) salienta que o atual projeto-normativo-constitucional do Estado (socioambiental!) de direito brasileiro, conforma um Estado “guardião e amigo” dos direitos fundamentais, de modo que todos os poderes e órgãos estatais estão vinculados à concretização dos direitos fundamentais. Tal perspectiva, pontua ainda o Autor, coloca ao

Estado brasileiro, além da proibição de interferir de maneira ilegítima, no âmbito de proteção de determinado direito fundamental, a missão de promover estes direitos.

Neste sentido já era o posicionamento de Eros Grau (1984), antes mesmo da Constituição de 1988. Para ele, os administradores, como meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que são, ocupam a posição de destinatários do poder dever de desenvolver comportamentos positivos, visando o meio ambiente, tal como um “imperativo”, um poder “dever ambiental”.

Quer-se com isso, demonstrar que a leitura da Constituição, não como um mero projeto para o futuro (que acalmou a sociedade e trouxe a ordem), mas como um verdadeiro ideal de ruptura com o passado (na lógica iluminista mais pura que se possa ter), sempre teve o condão de desvestir a matriz puramente econômica do desenvolvimento, limitando-a com o social e o ambiental. Percepção esta que permite iniciar a reconstrução da própria teoria (econômica) pela óptica ecológica, realmente atenta à conservação dos recursos naturais. Sem sombra de dúvidas, a realocação do lugar de fala das instituições (na hipótese deste trabalho, das Agências Reguladoras) pressupõe, ainda, (re)democratizar a atividade econômica e, concomitantemente, os espaços destinados a dialeticidade entre os diversos setores do desenvolvimento (políticos, econômicos, jurídicos...).

8. Considerações finais

Não há mais como negar a mudança de paradigmas que se apresenta como condição necessária ao avanço da civilização, o que significa abandonar (de vez) o desenvolvimento predatório e assumir um caminho para a sustentabilidade em prol das atuais e futuras gerações.

A partir desta ilação, tentou-se apresentar uma forma de (re)pensar a função, ou o lugar de fala, das agências na contemporaneidade, trazendo-as para a elaboração de um novo “espaço”, *ethos* e de novas ideologias, que estejam centradas no desenvolvimento da cidadania e de um desenvolvimento ambiental consciente, em seus mais completos e inacabados conceitos.

Para tanto, demonstrou-se que, mesmo diante de uma ordem econômica que preceitua o desenvolvimento econômico com observância na defesa do meio ambiente, a lógica do sistema ainda se encontra presa às

percepções “econômico-desenvolvimentistas” oriunda da formação do Estado interventor no Brasil.

Sequencialmente, cuidou-se de trazer um exemplo atual e concreto dos efeitos perversos desta alteração de percepção. O caso acima transcrito, da exploração do gás de xisto, teve o condão de denunciar que, em que pese haver normas suficientes para regular a concessão do (de)serviço público de exploração do gás de xisto, a Agência Nacional do Petróleo, legitimada pela agenda governamental preocupada com a produção de energia no Brasil – tão somente – realizou o procedimento licitatório a qualquer custo, mesmo com estudos apontando os possíveis prejuízos decorrentes desta atuação.

No dismantelar deste procedimento, de um modo absurdamente incongruente, a Agência Reguladora em questão não encontrou seu lugar de fala adequado e, por sua vez, o meio ambiente (ou pelo menos a tutela que o Estado lhe destina) também restou deslocado. A função fiscalizadora da ANP, em prol do interesse público, resumiu-se a pó. Em última análise, a atuação da ANP no caso em questão parece admitir a ideia de retrocesso na proteção do meio ambiente (e, reflexamente, na proteção da dignidade da pessoa humana). É dizer que o caso referenciado serve ainda de exemplo para ilustrar a ocorrência de retrocesso socioambiental.

A partir deste contexto – *de inversão dos lugares de fala* – sobrelevou-se a importância do Estado, por meio da atuação das Agências Reguladoras, assumir a verdadeira posição que lhe foi destinada, sob pena de negligenciar o alcance à cidadania plena, principalmente, face ao descomprometimento democrático das Agências. Insistir na incompatibilidade que existe entre uma dimensão sustentável e a lógica de mercado, nos termos em que está colocado atualmente, implica, correlatamente, em apontar as Agências Reguladoras como instrumentos burocráticos de anuência de atividades predatórias.

Nesta hipótese, as Agências acabam não regulando nada, haja vista que regular é criar norma e induzir conduta – *papel que, por sinal, cabe ao direito* –. Elas acabam servindo de fachada para o descompromisso público com os serviços essenciais, contribuindo neste sentido com o conceito de Estado mínimo não intervencionista, que significa a ausência do Estado e entrega do seu patrimônio ao setor privado com grandes riscos não só ao meio ambiente, mas, também, com grandes chances de impossibilitar o desfrute destes bens pelas gerações futuras.

Neste aspecto, por meio de uma reconstrução da linha de pensamento do Jurista Português Vital Moreira, demonstrou-se que tal caminho é possível mesmo dentro da ordem econômica constitucional estatuída. As tensões geradas dentro do sistema, entre produção econômica e preservação ambiental, podem ser reguladas pela abertura democrática da ordem econômica. Numa expressão abrangente (e nem por isso vaga) é possível sintetizar estas várias nuances na ideia de que a ordem econômica e ambiental constitucionalmente prevista é, por seus próprios instrumentos, capaz de viabilizar este diálogo.

Por fim, é pertinente observar que a globalização do discurso hegemônico não é irreversível (SANTOS, 2000). Se a realização do Estado, a partir dos vetores “de cima”, leia-se puramente econômicos, é ainda dominante, a realização de um “outro” Estado, ou uma reconstrução do Estado, a partir dos vetores “de baixo” é tornada possível. Paraphrasing Hespánha (2005), a história, a partir do discurso hegemônico, visa criar certeza. No entanto, o esforço que aqui se apresentou, por meio das vozes “de baixo”, visou problematizar o pressuposto implícito e acrítico do processo historicizado na percepção das agências reguladoras no Brasil (SANTOS, 2000) a fim de desmistificar uma certeza pressuposta.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. **O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967**. In TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (2006) **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2006/06.7-conceitohistoricodesenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas - Ciência para uma vida sustentável**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Indispensável Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 353, março de 1965. p. 15-16.

DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil 1930-1960**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 14ª edição, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2002, pág. 81.

ESTEVA, Gustavo *in* SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do patronato brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

HESPANHA, Antônimo Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Proteção do Meio Ambiente (Caso do Parque do Povo)**. Revista dos Tribunais n.º 702. 1984. p. 25.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2012.

LATOUCHE, Serge *in* SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Editora Centelha, 1978.

_____. **Auto-regulamentação Profissional e a Atividade Pública**. Coimbra, Almedina, 1997.

NANDY, Ashis *in* SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

NOVAK, William J. **Law and Social Control of American Capitalism**. Emory Law Journal's. 2010.

_____. **Constitutional Theology: The Revival of Whig History In American Public Law**. Michigan State Law Review, 2010.

_____. **A revisionist history of regulatory capture**. Cambridge University Press, 2013.

SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang *in* LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental e sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SBERT, José Maria *in* SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.