XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIMENSÃO MORAL (HEIDEGGERIANA) DA ATIVIDADE REGULATÓRIA NA VISÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

MORAL DIMENSION (HEIDEGGERIAN) OF REGULATORY ACTIVITY IN THE TRANSCONSTITUTIONALISM VIEW

Flávia Cristina Santos de Melo
Robert Bonifácio da Silva

Resumo

Tal como nossos sentidos, muito permanece oculto até que se atinja maturidade para tornar algo minimamente assimilável. A atividade regulatória – pautada nesta fração de realidade que se pode medir – tem despertado estudiosos para um novel sistema que busca conformar a sociedade pós-moderna à tríade eficiência/eficácia/efetividade. Destarte, o artigo ensaia a propositura de uma dimensão moral capaz de nortear a atividade regulatória nas bases do transconstitucionalismo de Marcelo Neves. Traduziu-se essa dimensão na autorresponsabilização sob o manto de Martin Heidegger, como uma metarregulação intrínseca, tendente a regular o próprio regulador em sua base moral ontológica, autorreflexiva, autorreferencial.

Palavras-chave: Moral, Atividade regulatória, Transconstitucionalismo, Diálogo, Autorresponsabilização

Abstract/Resumen/Résumé

Like our senses, much remains hidden until it reaches maturity to make something minimally assimilable. Regulatory activity – based on this fraction of reality that can be measured – has awakened scholars to a novel system that seeks to conform postmodern society to the triad efficiency/effectiveness/effectiveness. Thus, the article tests the proposition of a moral dimension capable of guiding the regulatory activity in the bases of transconstitutionalism of Marcelo Neves. This dimension was translated into self-responsibility under the mantle of Martin Heidegger, as an intrinsic meta-regulation, tending to regulate the regulator itself in its ontological, self-reflexive, self-referential moral basis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral, Regulatory activity, Transconstitucionalism, Dialogue, Sel-responsibility

1 INTRODUÇÃO

Necessariamente é preciso alocar o leitor no campo de aplicação do *direito e moral* adotado por este artigo para, somente depois, dar-lhe as lentes da visão transconstitucional que ora se pretende desenvolver, sob pena de quedar-se borrada, embaçada.

Assim, cumpre rememorar velozmente as três teorias mais conhecidas sobre as diferentes formas de tangenciamento (ou não) entre direito e moral. A uma se tem Jeremy Benthan (1979) filósofo e jurista britânico, cuja teoria dos *Círculos Concêntricos* concebia o direito dentro da moral, i.e., o direito (representado por um círculo menor) estaria inserido na moral (círculo maior) não havendo qualquer possibilidade de não subordinação daquele a esta. Foi um dos últimos iluministas a arquitetar uma filosofia moral, não com viés especulativo, mas antes com a preocupação radical de se tentar alcançar soluções às práticas da sociedade de sua época (1748-1832). Logo depois, essa teoria viria a ser desenvolvida pelo filósofo e jurista alemão George Jellinek (1892), a teoria do Mínimo Ético[1], reafirmando o direito como algo não estranho à moral, mas sim mergulhado nela, dotado de garantias específicas, representando preceitos imprescindivelmente morais garantidores da segurança e da preservação das instituições sociais.

A duas, relembra-se Claude du Pasquier (1948), jurista suíço, com a teoria dos *Círculos Secantes*, em razão da qual direito e moral possuiriam um campo de competência comum bem como dois campos independentes correspondentes as suas respectivas áreas particulares (e incomunicáveis). Haveria, assim, normas jurídicas com conteúdo moral como também aquelas "meramente" jurídicas, alheias à moral.

Por derradeiro, a teoria dos *Círculos Independentes*, de Hans Kelsen (1970)[2], filósofo e jurista austríaco, desvincula totalmente direito e moral. Em sua concepção, seriam esferas

[1] Georg Jellinek, em *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr, 1892 (tradução livre), afirma o Direito como sendo um conjunto mínimo de regras morais obrigatórias para a sobrevivência da moral e, consequentemente, da sociedade. "Tudo que é direito é moral, mas nem tudo que é moral é direito". Jellinek desenvolveu também as quatro posições em que um indivíduo pode ficar perante o Estado: passiva, ativa, negativa e positiva – teoria dos Quatro Status de Jellinek. A passiva, também conhecida como *status subjectionis*, é uma posição em que o indivíduo se encontra subordinado aos Poderes Públicos, devendo-lhes obediência às ordens, quer permissivas, quer proibitivas. A ativa, também conhecida como *status activus civitatis*, é aquela em que o cidadão exerce seus direitos políticos, assim, existe a possibilidade de o indivíduo interferir na vontade do Estado. A negativa, ou *status libertatis*, indica a atuação do cidadão totalmente livre em relação ao Estado e, por fim, a positiva, conhecida também por *status civitatis*, traduz-se na possibilidade de o cidadão exigir do Estado alguma prestação condizente com seus direitos.

[2] Em: "Por que ler Kelsen hoje", de Pedro Cabral. Ao lado de importantíssimos nomes do *Círculo de Viena*, tais como Hans Hahn, Fillip Frank, Otto Neurath, Moritz Schilick, Rudolf Carnap, Herbert Feigl, Freidreich Waismann, Felix Kaufmann, dentre tantos outros, aborda como Kelsen influenciou e foi influenciado de forma

completamente independentes, sem qualquer tangenciamento, em que a norma seria o único elemento essencial ao direito, cuja validade não depende de conteúdos de ordem moral.

Os conceitos, as diferenças e os pontos de toque (ou não) entre o direito e a moral aqui não serão explorados em profundidade, uma vez que tal noção passa ao largo da simplicidade. Pincelou-se a ideia apenas com o intuito de adotar, para o que aqui se propõe, a teoria dos *Círculos Secantes*, de Claude du Pasquier, que mais se coaduna com a novel temática transconstitucional.

Para Maria Helena Diniz, *e.g*., reside no "autorizamento" a principal resposta para a celeuma. Seria a norma jurídica (direito) a única capaz de conceder ao(s) lesado(s) a permissão para se exigir a reparação correspondente pelo mal sofrido (indivíduo/ sociedade/nação/etc). Em outras palavras, a moral sozinha não é coercitiva.

No entanto a referida concepção plaina mais sobre ares pertinentes às questões judicializáveis e, para se alcançar o cenário pretendido pelo título – Da Atividade Regulatória – buscar-se-á, a partir de agora, ampliar um tanto mais essa noção, como segue.

2 ATIVIDADE REGULATÓRIA: O QUE ELA TEM COM A TEORIA DOS *CÍRCULOS SECANTES*?

A atividade regulatória precisa ser apartada da atividade regulamentar, antes de mais nada. O baralhamento de ambos – recorrentemente – pode levar estudiosos a limitar a atividade de regulação estatal ao aspecto puramente legislativo, o que é verdadeira confusão. Nesse sentido:

> ... Esta mesma confusão está também na base de posições doutrinárias que procuram identificar o processo de reforma regulatória (e o crescimento dos mecanismos de nova regulação estatal) com processos de desregulamentação ou de desregulação.
>
> A atividade de regulação estatal envolve – dentro das balizas acima divisadas – *funções muito mais amplas* que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve (...) atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. Sem essa completude de

---

decisiva pela *Giro Linguístico* da Filosofia, que remodelou as bases da epistemologia e da metodologia das ciências sociais e que deu origem ao viés do positivismo-lógico na epistemologia do direito.

> funções não estaremos diante do exercício de função regulatória[3]. (MARQUES NETO, 2009. Grifo nosso)

Tomando por premissa que as atividades intrínsecas à função de regulação constituem um arranjo bastante diversificado de competências, intensidades, meios, formas (repisa-se: atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções subsidiárias e recomendatórias), forçoso é reconhecer que não serão elas exercidas tão somente em nome do direito, pura e simplesmente.

Haverá – como sói acontecer em sociedades cada vez mais complexas devido ao uso da tecnologia e da exploração científica– exigências de ordem econômica, psíquica e moral que não são abarcadas unicamente pela conformação normativa hierárquica, preconcebida e determinada, aplicável irrestritamente sob o manto da lógica positivista do século XIX[4], de cortes epistemológico (norma) e axiológico (valor). Não se está a advogar o retorno do jusnaturalismo, tampouco o idealismo Hegeliano. Porém, a atual sociedade, sob fortíssima influência de novidades técnicas e científicas, exige uma compatibilização das novas formas de compreensão do mundo.

Em breve recorte (direito econômico), Almiro do Couto e Silva (2019) afirma que a realidade econômica e tecnológica não pode ser explicada completamente em normas. Devem ser levadas em consideração tanto razões passadas quanto efeitos prospectivos. Washington Peluso Albino de Souza aduz também que simplificar explicações dizendo apenas que em

[3] Marques Neto, em Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p85-93, explicita como "Vital Moreira e Fernanda Maçãs desvelam perfeitamente o equívoco da interpretação ora refutada: 'Alguns autores, sob a influência do Direito norte-americano, tendem a identificar as autoridades de regulação com autoridades detentoras de poderes regulamentares, com vista a garantir a ordenação de um dado setor da actividade social. Tal modo de ver as coisas não corresponde ou não traduz a realidade, na medida em que a regulação não se identifica com regulamentação. A regulamentação, ou seja, o estabelecimento de regras de conduta para os regulados, é, somente, uma das vertentes da regulação, *latu sensu*, que também abrange a implementação das regras, a sua supervisão e o sancionamento das infracções às mesmas' (In: Autoridades Reguladoras Independentes, cit., p. 16. Redação do original português)".

[4] Apresenta-se, por oportuno, breve nota da ideia do juspositivismo pelas lentes de Luigi Ferrajoli: *La racionalidade ius-positivista própria del derecho moderno es, por el contrario, uma racionalidad formal, basada en la forma legal de la estipulación de lo que resulta decidido. Su presupuesto es el principio de legalidad, esto es, la predeterminacion voluntarista y convencionalista de REVISTA DA ESMESC, v.24, n.30, p. 39-59 , 2017 47 los criterios de decisión, conforme a la cual el derecho se separa de la moral y validez se disocia de la justicia, dacayendo la presunción de que ésta pueda ser asegurada en cada ocasión por la sabiduría de la doctrina y la jurisprudencia. Gracias a este principio se reducen la incertidumbre del derecho y la arbitrariedad decisionista de los jueces y los administradores públicos. Al mismo tiempo se garantiza un cierto grado de igualdad y de imparcialidad por el "velo de la ignorancia" […] que carcateriza, respecto de los casos concretos, a la ley general y abstracta. Pero es claro que de esta manera la arbitrariedad se traslada de la jurisdicción a la legislación, esto es, a la estipulación legal de lo que es justo e injusto, confiada enteramente a la autoridad política, esto es, a la forma, en el mejor de los casos democrática, a través de la que su voluntad se expresa. (FERRAJOLI, 2011, p. 42).*

todos os casos as fontes do direito são os instrumentos legais (em amplo aspecto), não pode satisfazer o raciocínio jurídico, pois há razões geradoras anteriores que mergulham na realidade da vida social.

Outro recorte de extrema relevância (extrema no sentido de imprescindível observação dada a relevância atual do tema) é tangente ao direito administrativo não adversarial, questões de mediação e autocomposição. É neste momento que se abandona – ainda que em alguns aspectos, não todos – a verticalização normativa e se passa a se horizontalizar e deixar equânime as posições das partes envolvidas, exatamente pelo envolvimento de atributos que tocam também aspectos morais e não apenas uma metodologia coercitiva pautada em regras ou até mesmo em suada ponderação principiológica, senão vejamos:

> É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a junção de todos os interesses (justiça), proporciona *decisão mais sábia* e concedente (legitimidade), *evita os desvios morais (licitude)*, desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem). (BONACORSI, 2015; MOREIRA NETO, 2001.Grifo nosso).

A técnica da mediação[5] tem sido uma das mais efetivas formas de autocomposição de interesses, pois o mediador é uma pessoa que inspira *respeito* das partes envolvidas, é um terceiro com reconhecida imparcialidade, idoneidade e competência, um facilitador, que traz *conforto* às partes, *acalma* os ânimos, *auxilia* a quebrar barreiras – subjetivas, idiossincráticas, econômicas, técnicas – *sem superioridade hierárquica*, *sem proferir decisões*, apenas *dissipando animosidades* e *promovendo o diálogo* (CUÉLLAR, 2018; MOREIRA, 2018)[6] , a fim de auxiliar na formação do consenso.

[5] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro. RBDP 3/36, Belo Horizonte, Fórum, 2001, destaca: "Ocorre que, nos últimos anos, parte significativa da academia, da jurisprudência e da legislação brasileiras tem dado ênfase à diminuição da litigiosidade e à utilização de meios consensuais e/ou extrajudiciais de solução de controvérsias envolvendo entres públicos. Já se passou o tempo, portanto, do preconceito e da negação. A discussão alcançou outros patamares, consolidando os incentivos para métodos alternativos de solução de controvérsias (...)".

[6] CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018. "Com efeito, os métodos não adversariais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública aproximam-se muito do que se pode compreender como Estado Democrático de Direito, eis que determinam que os Poderes Públicos ouçam e se façam ouvir pelas pessoas privadas, de modo público e impessoal. O mediador exerce a função de atenuador de divergências, por meio de estímulos à influência, mútua e autônoma, entre as partes. Logo, essa interação acolhe alto grau de participação – republicana, transparente, democrática – na formação dos atos administrativos (inclusive nos negócios jurídicos oriundos de transações amigáveis). Aos poucos, a Administração Pública brasileira deixará de ser tão arrogante, excludente e unilateral como foi um dia e passará a conviver com aqueles a quem deve servir: as pessoas privadas (particulares, servidores e empresas)".

E nada disso, na moderna conformação do direito, foge à legalidade. Ao contrário. Mediação, conciliação e arbitragem, enfim, a atividade regulatória em seu amplíssimo aspecto, tanto na esfera particular quanto na esfera pública, estão amparados em diversos diplomas construídos não com base em separação entre a moral e o direito, mas, antes de tudo, com salutar interseção entre eles. Não se trata de negar relativa autonomia à ciência jurídica, mas de conformá-la com valores fundamentais cuja essência não é senão moral[7].

Feitos tais recortes, observa-se que a ação de se regular – não sendo sinônimo de regulamentar – deve carregar atributo que perpassa a esfera de uma Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*)[8] de maneira inteiramente responsável. Explica-se. A atividade regulatória, inserida na moderna dimensão do direito administrativo, alarga sobremaneira a forma de elaboração processual de normas (e do controle via procedimento) desconfigurando (ou reconfigurando) o formato piramidal de escala hierárquica da estrutura normativa. É que a importância conferida ao novel processo de elaboração normativa e não normativa (atividades adjudicatórias, de coordenação, organização, fiscalização, sancionatórias, de conciliação, subsidiárias e de recomendação – repisa-se: nem sempre correspondente a regras ou princípios) torna inevitável o confronto com a concepção estrutural do paradigma Kelseniano.

A base de Kelsen, i.e., a hierarquia normativa organizada em pirâmide (modelo replicado nos países que adotam o sistema romano-germânico) em comunhão com a teoria dos *Círculos Independentes*, parece não acomodar a realidade que emerge da atividade regulatória.

---

[7] A moral consiste na harmonia entre a conduta do homem e os fins indicados em sua natureza. Tanto a Moral como o Direito são instrumentos de controle social que se completam e se influenciam reciprocamente. O Direito é fortemente influenciado pela Moral que o questiona, num movimento dialético, demonstrando as suas contingências e possibilitando o seu aperfeiçoamento, propiciando o surgimento de normas que reflitam a realidade social. Kelsen separou Moral e Direito como sistemas autônomos, desprezando erroneamente a profunda relação existente entre esses dois instrumentos. Viviane de Andrade Freitas. Aspectos Fundamentais da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. www.jus.com.br. Acesso em 09/jan/2019.

[8] Importante salientar que não se tratou da mencionada teoria de forma irresponsável, cujo distorcido sinônimo seria uma "teoria do direito puro". Relembrando suas próprias palavras: *"De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo facto de estas ciências se referirem a objectos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo, não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objecto".* (KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law***.** Tradução Max Knight. 2a. ed. Berkeley: University of California Press, 1970).

Egon Bockmann Moreira (2003)[9] em ensaio sobre déficit democrático e elaboração processual de normas contextualiza a questão na esteira da globalização. Aduz que a mundialização do direito norte-americano trouxe consigo a processualização das tomadas de decisão num nível muito mais amplo do que os sistemas anteriores poderiam comportar sem rupturas. Continua afirmando que não se deu apenas uma modificação estrutural na Administração Pública (liberalização, privatização, agências reguladoras, terceiro setor etc.), mas também uma alteração no *método decisório*, na *produção normativa* e no *foco de controle da decisão*. Conclui, assim, que o alargamento da elaboração processual de normas (e do controle via procedimento) implica o acanhamento da concepção estrutural (e do controle substancial).

> ... essa importância conferida ao processo torna inevitável o desprezo à lógica do sistema anterior, num confronto entre um paradigma típico do sistema dinâmico da *common law* e a concepção estática das Constituições rígidas.
>
> (...)
>
> A hierarquia normativa que caracteriza o sistema romano-germânico cogita da validade das normas como atributo do sistema (retrospectivo). A existência específica da norma depende de sua integração a um Ordenamento (anterior e superior). Já o sistema estadunidense prestigia a legitimidade pelo procedimento (prospectivo). São as decisões proferidas nos processos que dão sustentação a toda a ordem jurídica, numa contínua e dinâmica renovação.

Inevitável, portanto, compreender a atividade regulatória em campo que retira (e reitera) seu fundamento de validade em um sistema prospectivo, que, como visto, não se coaduna com uma teoria que exclui do direito elementos de outras ciências sociais (*Círculos Independentes*). A independência científica absoluta no trato do direito da pós-modernidade não é capaz de explicar o atual fenômeno maximizado pela influência da "concentração sem centralização" e da constante multiplicação de normas, por exemplo. Isso porque, descendo às minúcias do fenômeno pós-positivista – que informou o direito seguramente até a segunda guerra mundial –, é perceptível a interseção entre moral e direito, como visto acima. Há elementos norteadores da atividade em destaque que não "se encaixam" na pirâmide desenhada por Kelsen, pois os enredos jurídicos hodiernos claramente exigem juízos valorativos.

Assim, citado por Abboud (2015):

[9] MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes*, Déficit *Democrático e a "Elaboração Processual de Normas".* Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. p. 8-9.

> Robert Alexy defende a tese de que entre direito e moral existe uma relação de complementariedade. A moral serviria, nesse caso, como um *parâmetro de correção* do direito. Este preservaria uma "autonomia relativa", na medida em que os padrões de legalidade, conformidade com o ordenamento e eficácia social, estariam mantidos, porém, na existência de algum tipo de lacuna ou até mesmo em casos de evidente injustiça, o discurso moral poderia *corrigir* o discurso jurídico (sem grifos no original).

O mesmo autor, ao mencionar mais à frente Dworkin, aduz que, em "A justiça de toga", o jusfilósofo americano – aparando um tanto mais essas arestas – propõe que entre o direito e a moral não existe nem separação, nem vinculação, muito menos complementariedade. Mas que o direito é um ramo (*branch*) da moral, havendo entre ambos uma interconexão em razão da qual o direito deve ser observado como um segmento da moral, não como algo dela disjungido.

Ora, resta evidente que a atividade regulatória se afina muito mais à teoria dos *Círculos Secantes* que a quaisquer outras construções geométricas, nada obstante o reconhecimento da importância de cada uma delas. Para se executar releituras que permitam o desenvolvimento da atividade em apreço, como, por exemplo, a reconsideração do que antes se tratava por "inquestionável superioridade do interesse público sobre o privado", deve-se, necessariamente, atravessar os portais da moral.

A pós-modernidade "rejeita a proposta de que o direito possa resolver todos os problemas sociais" (JUSTEN FILHO, 2006) sendo a figura da regulação "o caminho para superar essa deficiência e gerar reflexão nova" (SUNDFELD, 2014).

As normas jurídicas positivadas pelo Legislativo não são mais aptas a significar o reinado exclusivo que parametriza toda a análise de um ordenamento jurídico, sendo certo que outras fontes jurídicas – com imprescindível aporte moral – passam a balizar e a influenciar (ao mesmo tempo que sofrem influência) a ciência jurídica, que, nesses termos, conta com *dna* apenas relativamente autônomo.

3 REGULAÇÃO NA LINHA SUCESSÓRIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Problemas constitucionais às vezes se apresentam no mesmo momento de um modo relevante para mais de uma ordem jurídica. São problemas de direitos humanos, de direitos fundamentais ou problemas de limitação do poder que ultrapassam fronteiras. Nesse cenário, acaba por nascer um entrelaçamento de ordens jurídicas diversas – locais, estatais, internacionais, transnacionais (arbitrais), supranacionais – que gravitam sobre as mesmas perquirições de natureza constitucional.

Assim, o trasnconstitucionalismo, tese desenvolvida pelo jurista Marcelo Neves (2014)[10], é, em breves linhas, aquele fenômeno que se funda em questões que ultrapassam o interesse de um Estado soberano, devendo, portanto, ser averiguadas (e decididas) com o diálogo normativo entre as ordens jurídicas interessadas. Preocupação tal que surge naturalmente da globalização. Não se trata de criar uma constituição supranacional ou global, não. O transconstitucionalismo quer, antes de qualquer coisa, um verdadeiro diálogo constitucional entre ordens jurídicas igualmente soberanas a fim de que se possa desenvolver (e, contra intuitivamente, nem sempre resolver) questões que sobrepujam a esfera de interesse de um Estado isoladamente.

Mas não é só. Neves afirma que em diferentes ordens jurídicas, especialmente no plano dos problemas constitucionais, o "diálogo" deve apontar para comunicação transversal, assentado na dupla contingência[11]. "O transconstitucionalismo, além de colisões eclusas, especialmente no concernente ao direito, depende, paradoxalmente, de conexões transversais entre sistemas sociais e ordens jurídicas" (NEVES, 2014). Que "diálogo", nos termos em que apresenta, poderia ter um sentido análogo ao formulado por Feyerabend (1991), referindo-se a formas de comunicação orientadas para influenciar e modificar um ao outro reciprocamente, mostrando os limites das perspectivas correspondentes, sem que daí se possa esperar algo como consenso.

> Mas, inclusive nesse sentido dissensual, a possiblidade de diálogo é apenas uma dimensão limitada do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas. Talvez seja bem mais importante o *aprendizado recíproco mediante o conflito*, *a contenda nas "pontes de transição"*. E tudo isso implica paradoxo decorrente da *necessidade de surpreender-se permanentemente com o outro e sobre si mesmo* (NEVES, 2014. Grifo nosso)

Importantíssima uma pausa sobre o interesse maior do transconstitucionalismo. O autor deixa claro que ao identificar o fenômeno não o considerou apenas como exigência funcional e pretensão normativa de uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, mas também considerou, empiricamente, os aspectos negativos dos entrelaçamentos transconstitucionais, "inclusive em caso de o problema envolver situações de ordens ou

[10] "Para tratar do transconstitucionalismo, recorro ao conceito de 'razão transversal' de Wolfgang Welsch (1996; 2002, pp. 295-318), mas me afasto um tanto desse ambicioso conceito, para analisar os limites e possibilidades da existência de 'racionalidades transversais' ('pontes de transição') tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial". Lua Nova, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

[11] "Observe-se que a dupla contingência não diz respeito apenas às relações entre *alter* e *ego* enquanto pessoas na interação, mas refere-se também a sistemas (não apenas a sistemas organizacionais), na medida em que estes observam um ao outro reciprocamente, como bem salientou Luhmann, indo além do modelo de dupla contingência proposto pela teoria da ação (Luhmann, 1987 [1984], pp. 152 e 155 [trad. esp., 1998, pp. 115 e 117])".

práticas *anticonstitucionais*, ou seja, *contrárias à proteção dos direitos humanos e fundamentais*, assim como ao *controle e limitação do poder*" (NEVES, 2014). Para além, também ressalta que esse "diálogo" não deve ser entendido como mero consenso, mas, acima de tudo, deve ele fazer referência a "formas de comunicação destinadas à absorção do dissenso" (NEVES, 2014).

Assim, elevar a atividade regulatória ao cume desta montanha, onde a visão se amplia em franco benefício entre as diferentes ordens jurídicas, pode contribuir com o postulado da eficiência – o grande regente da regulação –, uma vez que a função reguladora busca o equilíbrio a uma regularidade mínima no funcionamento dos subsistemas, ainda que de forma assimétrica, na tentativa de satisfação do interesse público substantivo com clara preponderância técnica e redução da discricionariedade pura (oportunidade e conveniência). É consabido que, para tanto, há problemas hodiernamente enfrentados que dizem respeito ao controle e à limitação de poder, bem como, em certa medida, ao balanceamento de direitos fundamentais igualmente protegidos pela Carta Magna e inúmeras outras Cartas constitucionais.

A regulação já deixou de ser um problema de Governo (lealdade e engajamento) e passou a ser uma questão de Estado (distanciamento crítico e imparcialidade), não há mais discussões. O que aqui se propõe é que continue caminhando para adentrar a órbita dos problemas transconstitucionais (enfrentamento dos aspectos negativos do entrelaçamento transconstitucional, limitação de poder, diálogo e absorção do dissenso).

Outro aspecto relevante da teoria em destaque é a lição do professor no sentido de que a integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à *desterritorialização* de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado. E que essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de "níveis invioláveis" definitivos. Em suma: a internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; a supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; a localismo como expressão de uma etnicidade definitivamente inviolável.

Na esteira da pós-modernidade sendo constantemente desafiadas pela globalização as ordens jurídicas se depararam com o fenômeno da regulação. Transcreve-se, por oportuno, a principal missão do regulador segundo Gaspar Ariño:

> Ya hemos dicho que la principal misión del regulador es asegurar el buen funcionamiento del mercado o mercados de que se ocupa, o de la actividad, en general, que tiene bajo su supervisión: la ciencia, la información, la imparcialidad y veracidad del audiovisual, la estabilidad del sistema financiero o el buen gobierno de las empresas. En el caso concreto de los servicios públicos liberalizados (industrias de red) el primer objetivo del regulador es garantizar — en lo posible — la competencia real y efectiva. Ahora bien, esto no es algo que se consiga por Decreto. La conversión en mercados competitivos de antiguos monopolios como el correo, las bolsas de valores, la electricidad, los carburantes, el gas o las telecomunicaciones, el agua o el transporte aéreo, por citar sólo los más importantes, no es algo que se produzca de golpe por muchas leyes que se aprueben (ARIÑO, 2006).

Ora, claramente a clássica trindade de Montesquieu (Executivo/Legislativo/Judiciário), a autonomia científica do direito e a hierarquia normativa estrutural de Kelsen, não mais saciam inúmeros clamores pertencentes aos direitos fundamentais da humanidade do globo terrestre. Essa transmutação (globalizante) não deve ser ignorada.

Neves (2014) aduz, de forma muito segura, que tem havido uma transformação profunda (nas atuais condições da sociedade mundial) no sentido de superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo, e que ela precisa ser levada a sério. "O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas".

Colocando-se luz sobre esta dimensão, acredita-se que a regulação, que tangencia diversas ordens jurídicas (Europa, Estados Unidos, América do Sul etc), esteja na linha sucessória do transconstitucionalismo à medida que, ao mesmo tempo em que esbarra em problemas de (auto)limitação de poder, é reconhecidamente um instrumento para a efetividade dos direitos fundamentais.

Sob as lentes de Sérgio Guerra (2019), a regulação será mais bem estruturada para garantir a observância dos direitos fundamentais quando houver ponderação com outros interesses e direitos de idêntica dignidade jurídica e constitucional, observando-se princípios e valores *sem* uma predeterminada hierarquia entre eles.

Enriquece-nos Neves ao afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de *direitos fundamentais* ou *humanos* e de *organização legítima do poder* –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para

compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. A alteridade, a observação do outro, passam a ser os pilares de sua nova arquitetura.

As atividades regulatórias (reforça-se que não se confunda regulação com regulamentação, não por apego técnico, mas por absoluta necessidade de distinção de suas naturezas jurídicas e campos de estudo) podem – e devem – ser (e)levadas ao plano do transconstitucionalismo, tendo em vista o toque perene de suas mãos nos direitos fundamentais (livre iniciativa, *e.g.*) e na organização legítima do poder (e sua limitação na dicotomia ainda persistente do público/privado, no quesito da normatividade, da auto e heterorregulação, da discricionariedade pura etc).

Indubitável que a regulação se liga aos direitos fundamentais de terceira, quarta e quinta dimensões. Porém, nessa elevação a que se visa, muito mais que classificá-los está a patente a importância de considerá-los naquilo que Neves (2014) chama de "entrelaçamento pluridimensional".

Além disso, ao considerar que o transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*, propõe solidamente que o enfrentamento dos problemas seja feito mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas.

> Parece-me oportuno considerar que a mera fragmentação é incompatível com transformações adequadas dos sistemas sociais em face do seu ambiente sempre mais complexo. Os problemas se renovam e os sistemas sociais ou ordens jurídicas precisam *construir* não apenas acoplamentos estruturais com seu ambiente, mas também construir *novas "pontes de transição"* com outras ordens jurídicas ou sistemas sociais, para que sejam aptos a articular-se em face da *flutuação permanente dos fatores dos respectivos ambientes*. A simples fragmentação não oferece caminhos de solução ao novos problemas que emergem nos processos de transformação social contínua. Sem o desenvolvimento de "polimorfismo" mediante "pontes de transição" flexíveis, os sistemas ou ordens jurídicas seriam paralisados na sua reprodução, sendo levados à "morte" pelo cristal, ou seja, cairiam na hiperintegração por excesso de redundância (NEVES, 2014. Grifo nosso).

Imprescindível, portanto, inserir a regulação na linha sucessória do transconstitucionalismo.

4 PROPOSTA DE UMA DIMENSÃO MORAL (*HEIDEGGERIANA*) NO DESENVOLVIMENTO DA REGULAÇÃO

Propõe-se aqui uma noção ontológica *heideggeriana* da moral, num sentido abrangente do ser, como aquilo que torna possível as múltiplas existências. A proposta se afasta de um universalismo superficial da moral que advenha de uma linearidade que acaba

por negar ordens que não correspondam a um pré-determinado modelo de moralidade para dar vazão à comunicação transversal do "diálogo" proposto por Neves no sentido de absorção do dissenso.

Em razão das diversificadas ordens jurídicas e os problemas que clamam pela intersecção de valores que consigam resolver as demandas atuais, a dimensão moral aqui defendida pretende ser o tendão na sociedade pós-moderna capaz de manter os equilíbrios estáticos e dinâmicos na conformação da "sociedade de risco" que ameaçou os primeiros passos em meados do século XIX. Essa dimensão seria a autorresponsabilização.

Como ressalta Guerra (2016), na sociedade atual surge um "conflito fundamental", que promete se tornar característico da sociedade de risco – teoria que vem sendo a justificativa para o crescimento da regulação segundo autores como Cass R. Sustein (1990), Eric Windholz e Graeme A. Hodge (2012), Giandomenico Majone (2006), John Braithwaite, Cary Coglianese e David Levi-Faur (2007) –. Continua o autor relembrando que os progressos decorrentes da industrialização despertaram a falsa ideia de segurança, contudo, o avanço tecnológico – que gerou um risco "fabricado" fruto da "decisão humana" (LUHMANN, 1998) – ocorrido durante o século XX levou o homem a sofrer as consequências de sua própria ação.

Afirma que a sociedade de riscos tem os traços conformados pela ambivalência, insegurança, procura por novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade.

A atividade regulatória deve adotar como fibra de sustentação da tríade efetividade/eficiência/eficácia, da responsividade, *accountabillity* e *compliance*, a dimensão moral expressa na autorresponsabilização do ser em sua essência. O ser humano, jogado para dentro do empreendimento técnico-maquianador de controle e domínio das coisas, segundo Heidegger, é expansão da técnica constitutiva da dimensão planetária da razão e que conduz ao perigo do esquecimento do ser.

Independentemente de onde venha, a que ordenamento jurídico responda, em quais premissas se pautam os direitos e obrigações de uma nação (considerando sua cultura e medidas de correção diversas e às vezes excessivas na visão de um outro ordenamento), se o ser em sua base ontológica se autorresponsabiliza – qualquer que lhe seja o meio de vivência e convivência –, ele se compromete com as mudanças a que aspira.

Seria, assim, a *autorresponsabilização* uma *metarregulação intrínseca*, regulando, antes de tudo, o próprio regulador em sua *base moral ontológica*, *autorreflexiva*, *autorreferencial*.

A regulação em amplo sentido, casada com o sistema de *compliance*, tem por objeto primordial a difusão da ética, da integridade, do combate à corrupção (ARRUDA, 2018)[12] em todas as suas formas, do respeito ao meio ambiente, à produtividade efetiva e consciente, às questões tributárias, financeiras, empresariais, sociais, culturais, de políticas públicas eficazes – num ininterrupto observatório de temas nacionais, internacionais, transnacionais –, em suma, do respeito ao próximo e às próximas gerações numa conformação não puramente hierárquica (normativa/piramidal), mas organicamente complexa e em *cadeia*, ao estilo *world wide web* (www).

A atividade regulatória, nesta perspectiva, deve admitir que é impossível construir um Poder Público, um terceiro setor, uma empresa, um organismo – o que quer que seja – devidamente ético, íntegro, não corruptível; com cidadãos antiéticos, fraudulentos, corruptos. A autorresponsabilização deve, portanto, integrar a ordenação desse novo cenário, seja por meio do estímulo psíquico indireto (um setor responsável que possa desenvolver tal capacidade reflexiva dentro dos ambientes de trabalho, por exemplo), seja por meio de norma com efeito *erga omnes* (regulamentação propriamente dita).

Não se trata de proposta platônica. Ela segue, *e. g*., a mesma lógica racional da separação do lixo, do processo de reciclagem, da evitação do plástico, da fiscalização social de obras públicas, da denunciação como cidadão de tudo o que destoa (violência, assédio,

[12] "...E aqui, portanto, reside a diferença básica em relação aos tradicionais mecanismos de regulação estatal. É que o sistema de compliance, contrariamente à regulática do Poder Público, repousa sobre a ideia de que a eficácia sistemática dos instrumentos de prevenção de irregularidades dá-se ex ante, a partir de uma auto-vigilância – interna, portanto – realizada pelo próprio agente de mercado. É manifesto, assim, o seu caráter prudencial. Não deixa, porém, de ser uma espécie de internalização do Direito da Regulação, uma soft law gestada pelo próprio operador, e a revelar, com isso, que o paradigma da pirâmide restou substituído pelo paradigma da rede, em modelo pluralista, que convive com a existência de uma multiplicidade de 'ordenamentos' distintos aplicáveis, em simultâneo, a uma mesma situação jurídica" (...) "As organizações privadas, por conseguinte, participam ativamente da criação normativa que comporta o compliance, fixando regras de comportamento para todas as pessoas que delas dependem, interna ou externamente, ou que com elas se relacionam (*stakeholders*). A finalidade essencial é, como se vê, a de construir e de difundir em seu seio uma cultura ética, que, porém, não funciona isoladamente. Além de sólidos sistemas de integridade adotados pelas organizações, é necessário que também o Poder Público esteja disposto a enfrentar a corrupção. No Brasil, a edição da Lei federal nº 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, revela o esforço, com sinal positivo, para a ambiência de uma nova era de negócios e de relacionamento do Poder Público com o setor privado, em que a reputação de uma organização passa a ter valor econômico e no qual propina, suborno e congêneres deixam de ser "custo" operacional de negócios para se tornarem infração prevista em Lei". http://www.direitodoestado.com.br/colunistas. Acesso em 10/jan/2019.

propina, nepotismo), do trato cordial com trabalhadores de toda ordem – pois tudo e todos importam naquela medida de desenvolvimento de suas respectivas atividades –, do respeito a horários (pontualidade), da citação das fontes em trabalhos intelectuais, do reconhecimento do erro e da busca pelo acerto, dentre, enfim, infinitos exemplos que possam concretamente se expandir a partir de seu trato sério.

É partir do espectro coletivo para o individual, e ir do individual para o coletivo. É dar como resposta à famigerada pergunta "o que tenho eu com isso?"; tudo. Regulação com a dimensão moral da autorresponsabilização é colocar o indivíduo como coprodutor ativo da sociedade que deseja a todo momento, e não replicar normas ou estipular padrões de conduta. É integrar o ser humano com a humanidade a partir de sua integração consigo mesmo, num processo de autocrítica, ainda que equivocada (!), "errada", e de si com o outro, para que veja nela (regulação) sua própria extensão ou reconheça nele (o outro) os braços salvadores de sua própria ignorância ou limitação, expandindo-se, por conseguinte. Isso porque todo ser humano apresenta um limite, o que Neves (2014) (citando Von Foerster e Luhmann) chama de "ponto cego". Vale (muito) a transcrição:

> Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de *direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder* –, que lhes seja *concomitantemente relevante*, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, *cada uma delas observando a outra*, para *compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo*. Sua *identidade é reconstruída*, dessa maneira, enquanto *leva a sério a alteridade*, a observação do outro. Isso me parece frutífero e enriquecedor da própria identidade porque *todo observador tem um limite de visão no "ponto cego"*, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação (Von Foerster, 1981, pp. 288-89). Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que "eu vejo o que tu não vês" (Luhmann, 1990b), cabe acrescentar que *o "ponto cego" de um observador pode ser visto pelo outro*. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*. (NEVES, 2014. Grifo nosso)

Ignorar o trabalho desse potencial valor intrínseco do ser humano coloca a regulação na mesma esteira da antiga discussão filosófica dos três poderes de *Montesquieu*, com a sutil diferença de que agora seriam quatro (aqui, o trato simplório e raso foi, por óbvio, proposital, mas não sem um viés indagador e reflexivo).

Autorresponsabilização é a pedra de toque.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Só haverá alternativa construtiva ao ser humano, aos órgãos do poder público, à iniciativa privada, aos diversos ordenamentos jurídicos, à organização legítima do poder nas veredas de Von Foerster, Luhmann e Neves, quando a *autorresponsabilização* – como metarregulação intrínseca (autorreflexiva e autorreferencial) – for considerada na sociedade pós-moderna, sem romantismo, religiosidade ou coerção, mas na base moral ontológica, cuja análise seja capaz de alinhavar o indivíduo à humanidade.

A atividade regulatória deve beber, diariamente, na fonte do transconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e outros. **Introdução à teoria e à filosofia do direito.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 182 e p.185-186.

ARIÑO, Gaspar. **Sobre La naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 127-152, out./dez. 2006.

ARRUDA, Rafael. **A regulação, o compliance, as mensagens positivas e os novos repertórios de governança.** Revista Direito do Estado. Ano 2018, NUM 389. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/colunistas. Acesso em 10/jan/2019.

BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

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

COUTO E SILVA, Almiro do. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo.** Revista de Direito Público nº 84, 2019, p. 46-63.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Administração Pública e mediação: notas fundamentais.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

DU PASQUIER, Claude. **Indroduction à La Théorie Générale et à La Philosophie Du Droit.** Delachaux Niestle, Paris. 1948.

FEYERABEND, P. K. 1991. **Three dialogues on knowledge**. Oxford: Basil Blackwell.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade – uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** 5ª edição revisada e atualizada, 1ª impressão, Belo Horizonte, 2019. p. 146.

GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 203, nov./dez. 2016.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte.** Freiburg, Mohr, 1892.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law.** Tradução Max Knight. 2a. ed. Berkeley: University of California Press, 1970.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del rischio**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 36 (título original: Posmodernity and its discontents).

MAJONE, Giandomenico. **The rise of the regulatory state in Europe**. (1994) 17(3) West European Politics 77 e MAJONE, Giandomenico. **From the positive state to the regulatory state: causes and consequences of changes in modes of governance.** (1997) 17(2) Journal of Public Policy 139, com tradução para o português em MAJONE, Giandomenico. **Do estado positivo ao estado regulador.** In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p85-93, jun 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas"**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. p. 8-9.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro**. RBDP 3/36, Belo Horizonte, Fórum, 2001.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões.** Lua Nova, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** Malheiros editores, 2015, p. 240.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**, 2005, p. 112-113.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito público e regulação no Brasil**. In: GUERRA, Sérgio (Org.). Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 125-126.

SUSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state** (Harvard University Press, 1990).

WINDHOLZ, Eric; HODGE Graeme A. **Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity** (Monash University Law Review, v 38, n.2, 2012).