

REGULAÇÃO E SEU EMARANHADO DE EXPECTATIVAS: O EXEMPLO DA AUTORIZAÇÃO PARA EXECUÇÃO DE OBRAS EM FERROVIAS

Regulation and its tangled expectations: the case of permit to build work on railroads

Submetido(submitted): 19/12/2018

Parecer(revised): 07/01/2019

Aceito(accepted): 16/02/2019

Regis Dudena*

Abstract

Purpose – To understand the elements of a regulatory obligation in an environment with a high level of legal, technical and economic complexity.

Methodology/approach/design – Starting from the specific case of the permit from the ANTT to the execution of building works, it was intended to identify the elements of this obligation, especially those that transcend the eminently legal dimension. This identification started from the dichotomy between normative expectations and cognitive expectations, formulated by Niklas Luhmann in the development of his Theory of Social Systems, to observe a higher complexity in this obligation, which demands the development of a new classification for such expectations.

Findings – In conclusion, a rather complex framework was identified in this seemingly simple obligation. If this were to be described exclusively as a normative expectation, it would leave out elements specific to cognitive observations that end up entering regulatory law through its methodology, which considers, through interdisciplinarity, components of a technical and economic nature, resulting in a tangle of expectations.

Practical implications – On the one hand, the development of this classification can help the interpreter of regulatory law to observe its object, making it more attentive to such components that are normally seen as foreign to its field of knowledge. On the other hand, the regulator itself will be able to have a clearer overview to the expectations involved, assuring its regulatory instruments greater adherence to regulatory objects.

Originality/value – The article contributes to broaden the understanding of regulatory mechanisms in the context of their social adequacy, bringing greater familiarity to both regulators and regulated with the complex nature of their tooling.

Keywords: Regulation. Normative expectation. Cognitive expectation. Building work permit. Internal differentiation of Law.

*Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD/USP, com Mestrado em Direito Europeu (LL.M. Eur.) pelo Programa Erasmus Mundus, da Comissão Europeia, nas Universidades Católica Portuguesa e de Hannover (Alemanha), tendo sido doutorando bolsista do *Deutscher Akademischer Austauschdienst* – DAAD na Universidade de Frankfurt am Main. Foi Assessor Especial e Subchefe Adjunto da Casa Civil da Presidência da República e, atualmente, é Gerente Jurídico da Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários – ANTF. E-mail: radudena@yahoo.com.br.

Resumo

Propósito – Buscar compreender os elementos que compõem uma obrigação regulatória, em um ambiente com alto grau de complexidade jurídica, técnica e econômica.

Metodologia/abordagem/design – A partir do caso concreto da autorização da ANTT para a execução de obras, buscou-se identificar quais as componentes desta obrigação, sobretudo aqueles que transcendem à dimensão eminentemente jurídica. Esta identificação partiu da dicotomia entre expectativas normativas e expectativas cognitivas, formulada por Niklas Luhmann no desenvolver de sua Teoria dos Sistemas Sociais, para observar uma complexidade maior nesta obrigação, que demanda o desenvolvimento de uma nova nomenclatura para tais expectativas.

Resultados – Como conclusão, identificou-se uma figura bastante complexa nesta obrigação aparentemente simples. Se esta fosse descrita exclusivamente como uma expectativa normativa, deixaria de fora elementos próprios das observações cognitivas que acabam por ingressar no direito regulatório através da sua metodologia, que leva em conta, por meio da interdisciplinaridade, componentes de natureza técnica e econômica, a resultarem em um emaranhado de expectativas.

Implicações práticas – Por um lado, o desenvolvimento desta nomenclatura pode auxiliar o intérprete do direito regulatório a observar seu objeto, tornando-o mais atento a tais componentes normalmente vistos como alienígenas para seu campo de conhecimento. Por outro lado, o próprio regulador pode ter maior clareza dessa incorporação de expectativas, com o intuito de dar a seus instrumentos regulatórios maior aderência ao objeto regulado.

Originalidade/relevância do texto – A contribuição que se pretendeu dar é a ampliação da compreensão dos mecanismos regulatórios, na busca por sua adequação social, trazendo maior familiaridade aos estudiosos da regulação, reguladores e regulados, com a natureza complexa de seu ferramental.

Palavras-chave: Regulação. Expectativas normativas. Expectativas cognitivas. Autorização de obras. Diferenciação interna do direito.

INTRODUÇÃO

Seja partindo de ideias mais tradicionais do direito, que buscaram resposta à pergunta *o que é direito?* – definindo-o, por exemplo, como uma “ordem do comportamento humano” (Kelsen, 2000: 31 ss.), ou como “ordens coercitivas” (Hart, 2005: 18 ss.), – seja recorrendo a outros métodos menos focados ontologicamente e que podemos chamar mais modernos, com suas lentes voltadas muito mais para a pergunta *para o que serve o direito?* – atribuindo-se como resposta a função de “estabilização das expectativas normativas” (Luhmann, 1987c: 40 ss.; 1993: 124 ss.; 1999: 73 ss.) – esbarra-se sempre em uma ideia de elemento normativo, de unidade normativa atribuidora de sentido a um determinado fato social, seja uma “norma” (Kelsen, 2000: 3

ss.), sejam “leis, comandos e ordens” (Hart, 2005: 23 ss.), seja, por fim, uma “expectativa normativa generalizada” (Luhmann, 1987c: 40 ss.; 1993: 124 ss.; 1999: 73 ss.).

Traduzindo esta semântica para a perspectiva subjetiva, chegamos a dois termos recorrentes nos estudos do direito, que são os direitos (subjetivos) e os deveres (Kelsen, 2000: 130 ss.). Tal compreensão guarda muito mais relação, em sua origem, com o direito privado, sobretudo, com o direito civil.¹ Contudo, é bastante aplicada também no direito público. Na relação do cidadão diante do Estado, ele se encontra, como tal, como sujeito de direitos e deveres. Aproximando-se mais do tema a ser aqui abordado, pensar um agente regulado diante de seu regulador é pensar nas relações jurídicas que regem tal situação, é pensar, do ponto de vista do regulado, quais são seus direitos e quais são seus deveres. Ou, retomando a semântica do parágrafo anterior, buscar quais as “normas” lhe são aplicáveis, quais as “leis, comandos e ordens”, ou quais as “expectativas” que, se forem frustradas, terão sua validação e efetivação garantidas contrafaticamente.²

Em um modelo mais simplista, isso poderia ser posto de uma forma estruturada nos seguintes termos: i. há uma norma; ii. há um fato; iii. subsumindo-se este fato à norma; iv. chegamos ao direito e, principalmente, a seu conteúdo que, aqui, passaremos a chamar, genericamente, de “obrigação”³. Contudo, o dia-a-dia do aplicador do direito, em um ambiente cada vez mais complexo⁴, passa por inúmeras dificuldades de identificar quais os elementos que efetivamente serão componentes desta obrigação.⁵ O tema proposto quer lançar luz sobre esta questão, trazendo novos elementos teóricos, que visam a servir de ferramenta prática apta, tanto ao regulador, quanto ao regulado, na sua busca de circunscrever o que exatamente e prospectivamente *deve ser* (no caso do primeiro) ou o que *é* esta obrigação (no caso do segundo). Ou seja, buscar

¹ Não ao acaso, o artigo de abertura o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estipula: “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

² É possível identificar uma relação da questão da regulação, da legalidade e dos princípios jurídicos coma crise das ciências e da técnica (Lopes, 2018: 13 ss.).

³ Por óbvio, o processo descrito é igualmente válido para a definição de um dever ou de um direito subjetivo. Mas aqui o uso deste termo “obrigação” pretender dar conta, justamente, dessa relação sinalagmática, já que quando olhamos, por exemplo, uma obrigação contratual no âmbito de uma concessão de serviço público – para ficar no exemplo que será desenvolvido no texto – estamos olhando tanto para direitos do concessionário frente ao concedente, quanto ao contrário; além disso, pode ser dito, ainda, que, mesmo ao circunscrever os limites de um dever, estamos criando barreiras que podem ser entendidas como direitos subjetivos do próprio sujeito obrigado a este dever.

⁴ O conceito de complexidade aqui pode ser lido em (Luhmann, 1998a: 134 ss.).

⁵ Ainda que, é preciso ser dito, não se trata de uma novidade este questionamento acerca da subsunção e de sua capacidade de incorporar os elementos do caso em seu processo (Engisch, 1977: 43 ss.).

contribuir com o aplicador do direito e com seus estudiosos, na identificação de quais são as peças do quebra-cabeça que devem ser levadas em consideração cada vez que se busca compreender quais as obrigações concretas de um determinado agente ao atuar em um “setor regulado” da sociedade.

Ao se defrontar com um ato normativo qualquer, uma Lei, um Decreto, uma Portaria ministerial, ou mesmo uma Resolução de uma Agência Reguladora ou, ainda mais concretamente, um contrato administrativo, por exemplo, muitas vezes o aplicador do direito se depara com referências cruzadas a conceitos que extrapolam o tradicional entendimento do ferramental jurídico. Isto é, ao invés de partir de conceitos definidos estritamente do ponto de vista jurídico para compor o conteúdo e os limites de uma obrigação, passa a caber ao aplicador ou interprete do direito buscar diversas outras fontes, em um primeiro momento entendidas como alienígena para as fronteiras do direito. A alta complexidade setorial, assim como as múltiplas dimensões de uma sociedade complexa, acaba por transformar algo que, aparentemente, pode ser entendido como uma regulação pontual em um monstro multifacetado, a trazer para dentro do direito elementos comunicacionais que, em um primeiro momento, podem lhe parecer totalmente estranhos e, por isso, incompreensíveis. Neste contexto, a capacidade de compreender a composição da normatividade pode ser útil para as devidas leituras e traduções de todos esses pontos de acabarão por gerar a rede normativa a dar estabilidade para a operação e reprodução daquele setor.

Resumidamente: o problema do texto é a dificuldade de se identificar quais os elementos que precisam ser levados em conta para se compreender, abrangentemente, uma obrigação (por mais simples que esta possa parecer). Essa problemática, inicialmente descrita, pode ser identificada nos mais diversos ramos do direito, seja no direito civil, comercial ou trabalhista, passando para o direito constitucional e administrativo, até chegar em formulações mais recentes do direito, como é o caso do crescente braço jurídico que se pode chamar de direito regulatório, que, a partir de “novas formas de tratamento jurídico-administrativo de setores de atividades relevantes” por nosso ordenamento jurídico nacional, já pode ser entendido como um ramo do direito (Aranha, 2018: posição 1846)^{6,7} O foco do texto, como delimita já seu título, está na conformação da obrigação jurídica justamente do direito regulatório.

⁶ Foi consultada edição digital do livro (*eBook*); o número aqui indicado trata-se da “posição” que se encontra a citação.

⁷ Isto superando certas críticas, que colocam em questão, com certa razão, a própria autonomia científica do direito administrativo ou a utilidade desta definição, por exemplo (Sundfeld, 2012: 30).

Quando se fala em regulação, contudo, estamos diante de um termo com forte vagueza e ambiguidade. No contexto jurídico brasileiro, a palavra regulação e suas expressões derivadas, tais como “direito regulatório”, “regulação setorial” ou “regulação jurídica”, acabam por ser empregadas nas formas mais flexíveis possíveis; por vezes, recorrendo-se, de forma rígida e consequente, a teorias – majoritariamente americanas – bastante desenvolvidas e complexas, (Salomão Filho, 2008: 22 ss.; Aranha, 2018: posição 862; Lopes, 2018: esp. 13 ss.), mas, em outros contextos, simplesmente querendo se referir ao direito positivo nacional, que estabiliza certas expectativas normativamente, para propiciar a reprodução de um determinado setor da economia, seja ele o de infraestrutura de transportes, seja a exploração dos serviços de saúde, ou telecomunicações, dentre outros tantos exemplos.

A pretensão aqui, contudo, não é uma definição de regulação, mas sim, a de buscar quais os elementos que compõem esse complexo emaranhado que genericamente pode ser nomeado como regulação, esta vista justamente como o “objeto de estudo do direito regulatório” (Aranha, 2018: posição 2002). Caberia aqui dizer que se está a estudar a regulação enquanto “acompanhamento do destino de atividades essenciais à sociedade” (Aranha, 2018: posição 2011).

A base teórica para o desenvolvimento do trabalho é a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Deste autor, os conceitos centrais serão os de diferenciação funcional (Luhmann, 1987c: 30 ss.; 1998b: 595 ss., esp. 707 ss.), especialmente a do direito (Luhmann, 1993; 1999) e a distinção entre expectativas normativas e expectativas cognitivas (Luhmann, 1987b: 40 ss.), já mencionados acima, mas que serão melhor definidas no decorrer do texto. Além disso, ainda com recurso a tal teoria, compõe o arcabouço teórico da pesquisa a produção de Gunther Teubner, com colaboração de Andreas Fischer-Lescano, ao tratarem da diferenciação interna do direito, especializado a determinados *issues* (Fischer-Lescano e Teubner, 2006), assim como a fragmentação do direito (Fischer-Lescano e Teubner, 2007) e as constitucionalizações destas estruturas, acopladas com partes específicas e altamente especializadas da sociedade pós-moderna (Teubner, 2012).

Seguindo a observação da fragmentação e hiperespecialização do direito de um lado, e da sua composição ser, teoricamente, de expectativas normativas, chegamos a uma dúvida de se estas duas dimensões são capazes de dar conta de uma realidade a ser observada, uma obrigação específica, de um setor específico, sobre o qual muitas vezes não se vê o desenvolvimento de observações mais sofisticadas.

A pergunta que se busca responder com a pesquisa é: na realidade regulatória nacional atual, do que é composta uma obrigação regulatória de um agente privado em sua relação com o regulador? É possível resumi-la como uma

“norma”, como uma “expectativa normativa”? Este questionamento cinde-se em duas frentes. Por um lado, é entender a abrangência de dispositivos das mais variadas origens no polo propriamente normativo desta obrigação (aqui, refere-se às regulações econômicas e ambientais, por exemplo). Por outro lado, se é verdade que se trata de uma expectativa estabilizada normativamente pelo direito, como podemos entender outros elementos muito mais familiares ao grupo das expectativas cognitivas, que lhe compõem (em mente, vêm questões econômicas, técnicas e operacionais do setor regulado)? O que em geral se entende por regulação não traria esses dois tipos de expectativas emaranhados entre si?

O ponto de partida empírico será uma obrigação muito específica de um setor determinado: a obrigação de as concessionárias de serviços públicos de transporte ferroviário de carga obterem autorização prévia da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, para a execução de obras na malha objeto da Concessão. Contudo, como se pretende demonstrar, esta obrigação, aparentemente simples, encontra-se como nó de um complexo de expectativas das mais variadas origens. Por exemplo, há uma racionalidade econômica aparente por traz da fixação desta obrigação; além disso, temos questões próprias da eficiência e da operação da ferrovia em questão; há ainda perguntas típicas ambientais; por fim, para entender o que é uma obra e como ela pode e dever ser realizada, há previsões técnicas próprias, que fogem à mera racionalidade jurídica ou econômica. Esta são algumas das dimensões que se pretende investigar.

A seguir, serão encontrados os quatro títulos que compõem os capítulos deste texto. No primeiro título, pretende-se dar conta de explicar, em apertada síntese, as ideias de diferenciação e fragmentação do direito como origem da regulação setorial: aqui, brevemente, serão construídas as pontes entre a teoria dos sistemas e a regulação, mostrando como, em um primeiro momento, a diferenciação funcional se presta a regular a sociedade como uma prestação do direito à outros sistemas sociais e, em um segundo momento, como o que se nomeia fragmentação do direito nada mais é que a especialização de diferenciação interna do direito para atender às especificidades de um determinado subsistema da sociedade.

No segundo título, buscar-se-á ir para além da distinção entre expectativas cognitivas e normativas. Sem o objetivo de romper com a distinção, será observado, no caso concreto, como há elementos comunicativos próprios da regulação, que requerem uma ampliação da compreensão destas categorias, uma vez que expectativas cognitivas passam a ser conteúdo de uma expectativa normativa, trazendo-lhe, ao mesmo tempo, maior flexibilidade e adequação,

mas podendo impor-lhe um risco à segurança jurídica, o que abalaria a própria diferenciação funcional do direito.

O terceiro título retoma, após sedimentação da parte teoria, o caso concreto, a autorização de obras ferroviárias pela ANTT, buscando se evidenciar a complexidade desta (aparentemente) simples obrigação. São identificados (ainda que não exaustivamente) elementos, que compõem essa simples obrigação, com o intuito de contribuir com uma metodologia replicável para outros casos, que seja capaz de impulsionar o formulador, o aplicador e o intérprete do direito na observação de forma mais panorâmica de todas as especificidades que integram cada obrigação.

Por fim, no último título, à guisa de conclusão, está formulada a tese do artigo, acerca da regulação e seu emaranhado de expectativas. Aponta-se, mais concretamente, para a ampla complexidade da regulação em cada uma de suas obrigações regulatórias. Dito de outra forma, se uma pequena obrigação já é composta por uma gama de elementos, que devem ser interpretados de formas imbricadas e se a regulação pode ser entendida como o conjunto destas obrigações todas de um setor específico, a regulação passa a ser, em verdade, esse gigante e complexo emaranhado de expectativas.

Assim, por fim, de forma direta, a hipótese de trabalho do texto, para enfrentar a pergunta de quais os componentes de uma obrigação regulatória, é a seguinte: a regulação setorial, como regime de um direito internamente diferenciado, é um conjunto de expectativas complexas, que podem ser identificadas a partir de cada uma de suas obrigações, dando conta de uma ampliação da complexidade social e da necessidade de mecanismos específicos que sejam capazes de lhe dar certa previsibilidade.

DIFERENCIAÇÃO E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO COMO ORIGEM DA REGULAÇÃO SETORIAL

O ponto de partida teórico do trabalho é a definição de sociedade moderna como uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. Esta distinção pressupõe ainda uma outra, a diferença entre sistema e ambiente (Luhmann, 1987c: 35 ss.; 1998a: 29 ss.) A especificidade que diferencia a sociedade moderna não se encontra, assim, em uma estratificação ou em uma “estrutura de classes”⁸. Não se trata, no entanto, de uma sociedade “sem classes”, mas sim “uma sociedade, na qual estruturas de classe não tenham um significado central, como lhe fora intencionado por Marx” (Luhmann, 1984: 43,

⁸ *Locus classicus*: (Marx e Engels, 1983: 415 ss.). É possível também uma reconstrução do conceito marxista de “luta de classes”, para além do “aparato teórico marxista” (Luhmann, 1984).

esp. nota 21). Tal papel central passa então a ser ocupado pelos (diversos) sistemas sociais, sistemas parciais de uma sociedade diferenciada (Luhmann, 1998b: 595 ss., 707 ss. e 737 ss.), fugindo-se da diferença simplificada de política e economia (Luhmann, 1987a: esp. 39 s.). Isso significa que o Direito, por exemplo, é entendido como um sistema parcial diferenciado da sociedade (Luhmann, 1987b: 207 ss.; 1993: 38 ss.; 1999: 35 ss.).⁹

Mas também internamente no direito, ao nível dos programas, ocorre um processo de diferenciação funcional, fala-se de uma “diferenciação interna” do direito (Fischer-Lescano e Teubner, 2006: 35 ss.). Para além da diferença territorial clássica do sistema jurídico, que se encontra em conexão com a diferença política entre estados nacionais, pode-se falar em uma diferenciação *issue*-específica do direito, que acaba a ser conduzida por uma fragmentação da sociedade (mundial) (Fischer-Lescano e Teubner, 2006: 36 ss.). Como consequência, é de se observar uma proliferação de regimes jurídicos autônomos, que podem levar a um aumento de conflitos (Fischer-Lescano e Teubner, 2006: esp. 41 ss.). Não se trata aqui de uma fragmentação do direito internacional, que poderia colocar a “unidade do sistema jurídico” em perigo (Koskeniemi e Leino, 2002), mas sim de uma fragmentação do direito como um “*epifenômeno da própria fragmentação profunda e multidimensional da sociedade mundial*” (Fischer-Lescano e Teubner, 2006: 24). Daí a conclusão de não ser mais adequado se falar em um “controle político” da sociedade, mas sim muito mais de um “autocontrole social” (Teubner e Willke, 1984; Luhmann, 1991b; 1999: 73 ss.).

Esse ponto de partida teórico leva de volta ao questionamento prático: onde seriam identificáveis esses diversos regimes aos quais fazem referência Teubner e Fischer-Lescano (2006)? Nas mais diversas formações jurídicas, como demonstram os autores em seis exemplos, dispostos em seis capítulos do livro aqui mencionado. O enfoque deles, no entanto, está muito mais em observar a existência destes regimes e identificar a constante colisão entre eles, o que resultaria na necessidade do desenvolvimento de uma espécie de direito da colisão, aos moldes do direito internacional privado (Fischer-Lescano e Teubner, 2006: 7 ss.).

O passo que se pretende dar aqui é apontar para o que se chama regulação setorial justamente como um desses regimes (Teubner e Febbrajo, 1992). É dizer, cada uma das esferas sociais que passam por profundo processo de complexificação¹⁰ e recorrem ao direito como mecanismo de estabilização. Mas não qualquer direito. Se é verdade que esta exponencial de complexidade gera,

⁹ Conceito do qual deriva a ideia de direito como sistema autopoietico (Teubner, 1989).

¹⁰ Isto é, um altíssimo número de possibilidade frente as efetivas concretizações, *per se*, reduzidas normalmente a uma única realização.

ela própria, cada vez maior complexidade, os modelos clássicos de direito, restritos às formulações ditas exclusivamente pela política como norma deixam de ser capazes de dar conta desta cavalgante alteração das demandas.

Dito de forma ainda mais concreta, quando um setor regulado passa por um processo de especialização, tanto técnica quanto econômica, suas questões próprias vão ganhando tal dimensão, amplitude e complexidade, que não é possível deixar – ao menos não exclusivamente – nas mãos de um processo legislativo, as tomadas de decisão que vincularão a coletividade.¹¹ Passa a surgir a necessidade de definição de deveres emergentes, para além do positivismo clássico, o que pode ser identificado, como se quer aqui demonstrar, em paralelo à emergência da regulação (Lopes, 2018: 58 ss.).

Aqui, encaixam-se, por exemplo, os primórdios de uma ideia de regulação associada à imposição de certa ordem a um ambiente econômico liberalizado, isto é, ao chamado ordoliberalismo¹², cuja origem histórica já pode ser encontrada no final da década de 1920 (Böhm, 1927/1928), mas acabou por ser mormente associado, no pós-II Guerra a nomes como Walter Eucken e Franz Böhm, da chamada “Freiburger Schule der Nationalökonomie” (Eucken, 1948; Böhm, 1950; Eucken, 1950).

Além disso, há um elemento bastante importante a ser levado em conta nesta nova fase dos setores regulados, que não passam simplesmente por modificações e “transformações constantes”, mas também vivenciam tais alterações de forma rasante, forçando o direito a adequar-se a tal “realidade existencial” (Aranha, 2018: posição 1176), sem com isso perder sua capacidade de estabilização. Este desafio pode ser visto em associação ao paradoxo fundante do direito, entre fechamento operacional e abertura cognitiva, ou ainda entre consistência e adequação.¹³

¹¹ Tomada de decisões que vinculam a coletividade seria, resumidamente, a função da política na sociedade moderna (Luhmann, 2002: 84).

¹² Ordoliberalismo, muito resumidamente, pode ser entendido como um passo no sentido da liberalização econômica, mas que, para isso, recorre a certas estruturas políticas ou jurídicas ditas pelo Estado, a lhe garantir os elementos mínimos para este seu “livre” funcionamento.

¹³ Dos diversos locais que esta ideia aparece em Luhmann, a melhor definição desta tensão está em sua análise do conceito de autopoiese associado à economia, onde ele afirma: “Autopoietische Systeme sind *geschlossene Systeme* insofern, als sie das, was sie als Einheit zu ihrer eigenen Reproduktion verwenden (...) nicht aus ihrer Umwelt beziehen können. Sie sind gleichwohl *offene Systeme* insofern, als sie diese Selbstreproduktion nur in einer Umwelt, nur in Differenz zu einer Umwelt vollziehen können. Geschlossenheit und Offenheit kann also nicht länger als Typenunterschied begriffen werden. Es handelt sich um ein Kombinationsverhältnis, um ein Steigerungsverhältnis, um ein kombinatorisches Resultat evolutionärer Morphogenese.” [Em tradução livre: “Sistemas autopoieticos são *sistemas fechados*, na medida em que, ao utilizarem, em sua própria reprodução, aquilo que tomam como sua unidade (...) não

Concretizando ainda mais, quando as questões econômicas e técnicas que envolvem as operações necessárias para a prestação do serviço público de transporte ferroviário de carga, por exemplo, vão atingindo maiores níveis de detalhes e especificidades, estas atividades passam a requerer um aprofundamento dos mecanismos de estabilização normativa, que acabam por resultar em um regime próprio, diretamente acoplado à racionalidade desta atividade, desta forma comunicacional tão específica, que podemos atribuir, na noção ampla a que se fez referência anteriormente, a ideia de regulação do setor ferroviário de carga; um regime jurídico próprio para um setor social específico, que passa a exigir uma instância reflexiva de primeira ordem, isto é, uma dogmática própria¹⁴, que lhe seja capaz de compor as interpretações-criações normativas (Durço, 2015; Pinheiro e Ribeiro, 2017). Isso tudo, ainda, coroado com a busca pela adequação regulamentar, sem perder a sua consistência, sem deixar de estabilizar as expectativas dos diversos agentes do setor.

Contudo, principalmente quando partimos da compreensão do direito regulatório nacional, enraizado no direito administrativo, parece ser inevitável vincular tal regulação aos mesmos clássicos princípios do direito administrativo que, para além de povoar o art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontram-se nos manuais seja de direito administrativo (Mello, 2012: 98 ss.), ou de direito constitucional, (Silva, 2008: 666 ss.). Além disso, parece haver um impulso em vincular a regulação a um regulador estatal. Isto é, imbricado à ideia de regulação encontra-se a figura de um estado regulador, como sucessor dos estados liberais e provedores de bem-estar social (Aranha, 2018: posição 813; Lopes, 2018: 69 ss., esp. 110 ss.).

Ademais, mais uma vez, pretende-se aqui dar consequência na ideia de sociedade enquanto conjunto de comunicações (e não de ações ou agentes), própria da teoria dos sistemas (Luhmann, 1987c: 191 ss.). Com isso, mais que focar no sujeito, a lente de aumento será colocada na comunicação em si (despersonalizada), ainda que isso não possa deixar de lado as instituições todas que acabam por ser encampadas pelo sistema jurídico em questão, ou, mais especificamente, pelo regime jurídico analisado. Dito de outra forma, há que se levar em consideração o “processo administrativo” da regulação (Croley, 2008: esp. 68 ss.).

conseguem se relacionar com seu ambiente. No entanto, eles são *sistemas abertos*, na medida em que apenas podem realizar essa autorreprodução em um ambiente, apenas na diferença em face de um ambiente. Fechamento e a abertura não podem assim ser definidos como uma diferença de tipos. Trata-se de um relacionamento conjugado, de um relacionamento melhorado, de um resultado combinatório de morfogêneses evolutivas.”] (Luhmann, 1994: 49 s.).

¹⁴ Esta é uma definição bastante interessante, que para além de alocar a dogmática jurídica como esta observação de primeira ordem, fala da teoria do direito como uma observação de segunda ordem do sistema jurídico (Luhmann, 1974).

Com isso, é possível fazer um primeiro balanço deste capítulo inicial, afirmando, resumidamente, a sua conclusão teórica: a regulação setorial pode ser descrita como um regime jurídico formado, a partir da diferenciação interna do direito, acoplado ao setor que pretende regular, buscando sua maximização e propagação de sua racionalidade própria, sem deixar se dissolver por ele. Ou seja, vale dizer, que a regulação econômica de um setor tem como objetivo a maximização de sua eficiência econômica, sem reduzir-se à economia; enquanto que a regulação técnico-operacional coloca-se como tarefa o incremento técnico na operação, sem tornar-se técnica; assim como uma regulação de segurança deve ser apta a conduzir tal setor a melhorias especificamente neste quesito segurança, sem assumir sua função a própria segurança.

O desafio, que aqui se apresenta, guarda relação com o chamado “trilema regulatório” de Gunther Teubner (Teubner, 1984), que, em apertada síntese, afirma que ao se propor regular uma esfera social autorregulada são encontrados três riscos: i. resultar em uma *incongruência* entre direito, política e sociedade, já que esta regulação “de fora” pode não ter relevância para o setor regulado, que não reagirá diante desta tentativa de condução; ii. caso consiga fortemente gerar efeitos no setor regulado, pode resultar em uma *superjuridificação* da sociedade, com efeitos destrutivos e de desintegração do campo que se põe a regular; por fim, iii. há ainda o risco da *supersocialização* do direito, que, ao buscar se aproximar, ao máximo, da lógica do setor regulado, acaba por ter suas estruturas dissolvidas e ser conquistado por outros sistemas sociais, tornando-se “politizado”, “economicizado”, “tecnicizado” *etc.* (Teubner, 1984, esp. pp. 128 ss.).¹⁵

PARA ALÉM DA DISTINÇÃO ENTRE EXPECTATIVAS COGNITIVAS E NORMATIVAS: AS EXPECTATIVAS HÍBRIDAS

Próximo passo necessário agora é entender, nesse complexo normativo específico, qual a unidade mais adequada para compreensão do todo deste regime. Aqui aparece a utilidade de se entender melhor o conceito de “expectativa”, em suas duas vertentes, expectativas normativas e expectativas cognitivas. Mas, antes disso, valem breves palavras para, ao invés de buscar entender o que é, indicar para que servem tais conceitos.

¹⁵ No tocante aos riscos de superjuridificação, como citado pelo próprio Teubner, interessante a construção de Jürgen Habermas, ao tratar do que ele cunhou como “colonização do mundo da vida” (Habermas, 1985, pp. 522 ss.). Entre nós, Marcelo Neves, recorrendo-se à metáfora da relação difícil entre Têmis e Leiatã, fala da dificuldade de se conciliar “o poder eficiente com direito legitimador” (Neves, 2006, p. XVIII).

De um ponto de vista sociológico, partindo-se de uma compreensão da sociedade como um conjunto de comunicações diferenciadas funcionalmente em sistemas (Luhmann, 1987c: 191 ss.) e assumindo ser tal comunicação improvável, devido à sua dupla contingência (Luhmann, 1987c: 148 ss.; 1991a), os conceitos de “expectativas” passam a ter um papel central. Estas têm sua classificação no binômio “expectativas cognitivas” e “expectativas normativas”; as primeiras seriam aquelas que devem ser revistas nos casos de sua frustração, enquanto as segundas devem ser mantidas, contrafaticamente. Esta é uma forma sistemática de entender os tipos de comunicação nos diversos sistemas diferenciados da sociedade moderna. Exemplos clássicos destas expectativas, seriam a ciência e a economia como expectativas cognitivas, enquanto o direito e a moral seriam sistemas regidos por expectativas normativas.

Todos estes elementos que valoram a comunicação como tal – improvável e duplamente contingente – surgem da constatação a partir do alto grau de complexidade da sociedade (Luhmann, 1987c: 31 ss.; 1998a: 134 ss.). Esta complexidade pode ser, resumidamente, descrita da seguinte forma: enquanto o número de possibilidades de comunicações ocorrerem tende ao infinito, o número de ocorrências propriamente ditas é altamente limitado. Assim, em uma comunicação seria impossível a compreensão, já que os envolvidos não teriam elementos suficientes para reduzir tal complexidade, filtrando aquelas possibilidades com maior probabilidade de ocorrência, quando comparadas com as demais. Além disso, ambas as linhas, que se cruzam neste nó comunicacional, projetariam na outra esta incerteza ou insegurança, multiplicando-se, neste cenário definido por Luhmann como de dupla contingência.

Para mitigar os efeitos desta necessidade de se lidar com o risco da frustração, os sistemas sociais acabam por criar estruturas comunicacionais chamadas expectativas, ou seja, mecanismos próprios para redução da complexidade e para lidar com a contingência. Estas estruturas acabam por compor a comunicação, dando-lhe maior consistência.

Neste ponto, a partir destas bases funcionais e conceituais lançadas, poderíamos dizer que o direito, de um modo geral, e o direito regulatório de forma específica, traz consigo, como sua estrutura, o mecanismo da expectativa normativa. Isto é, se há uma prescrição regulatória, esta é mandatória de tal forma que, em caso de não se ver confirmada, ou seja, em havendo frustração, a expectativa é confirmada, contrariando a realidade social divergente. Posto de forma bem simples: se há uma expectativa normativa (jurídica, no caso) de que outrem não causará dano a alguém, caso ocorra tal dano de forma ilícita,

resultando em frustração da expectativa, aquele que causou tal dano será obrigado a repará-lo, mantendo-se a expectativa contrafaticamente.¹⁶

Já as ciências, em sua estrutura comunicacional, contam com expectativas cognitivas, que são adaptadas no caso de uma frustração. Recorrendo-se a um exemplo banal: durante séculos todos “sabiam” que todos os cisnes eram brancos, até que cisnes negros foram descobertos na Austrália.¹⁷ Como tal forma de certeza é baseada em expectativas cognitivas, houve a necessidade de as pessoas se adaptarem à ideia de que, sim, há cisnes negros, reformulando suas expectativas sobre o tema. Assim se dá sobre os mais diversos temas, cujas expectativas estruturantes são de natureza cognitiva: seja na economia, na melhor técnica, no aprofundamento dos conhecimentos de causa e efeitos das ações humanas na natureza *etc.* O melhor dos aparatos tecnológicos não resiste a seu sucessor, caso este mostrar-se mais eficiente e mais barato.

Aqui atinge-se um dilema¹⁸: quando analisamos o desenvolvimento do direito regulatório, uma das grandes qualidades identificada foi justamente sua capacidade de incorporar questões de natureza econômicas e técnicas específicas daquele determinado setor em sua regulação, em seu regime altamente especializado. Dito de outra forma, há uma inundação de expectativas cognitivas, que são incorporadas pela regulação, visando a garantir “a melhor técnica”, “medidas mais eficientes”, “soluções mais seguras” *etc.*, que acabam por trazer uma mutabilidade que, por vezes, deixa de ser desejada ao regime, tendo em vista sua função primordial, de estabilização das expectativas.

Aqui cabe destacar que o que se está a comentar vai além daquilo que se convencionou chamar de interdisciplinaridade, que tem, inclusive na teoria dos sistemas, um papel diretamente associado à teoria do direito (Luhmann, 1999: 191 ss.), em que o sistema jurídico se abre cognitivamente, em suas fronteiras, para permitir a entrada de input, que precisará ser lido pelo próprio sistema jurídico, com base em seu código e programas, para lhe possibilitar a aplicação de modo reflexivo pelo direito. Ou seja, na interdisciplinaridade, o direito faz uma mera tradução de elementos estranhos, reconstruindo-os em termos estritamente jurídicos. Aqui não, na regulação, esta contaminação vai além, trazendo para dentro do direito estruturas de outra natureza. Quando no núcleo da obrigação está o dever de se utilizar a “melhor técnica”, ou “as normas

¹⁶ Fórmula mais que conhecida desde o direito romano, que se encontra reiteradamente em diplomas como o Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002): “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

¹⁷ O cisne negro acabou por se tornar mote metafórico, como alegoria de eventos altamente raros e improvável que, justamente por serem assim, quando ocorrem gerarem grande impacto (Taleb, 2007).

¹⁸ Ou, ainda, um “trilema”, ver (Teubner, 1984).

técnicas aplicáveis”, esta obrigação, por si mesma, passa a ser, simultaneamente, uma expectativa normativa e uma expectativa cognitiva.

Ou seja, parece haver uma insuficiência desta distinção para identificar os elementos internos de um direito hipercomplexo e altamente especializado e para circunscrever sua normatividade. Ou seja, esses regimes próprios dos setores regulados parecem se apresentar como um emaranhado de expectativas de ambas naturezas, ou, de forma alternativa, como um conjunto de “expectativas híbridas”. É possível de se afirmar que este fenômeno não é algo isolado destas ordens normativas (pós)modernas, podendo ser identificadas esporadicamente em obrigações jurídicas mais tradicionais e menos complexas. Entretanto, o que nas formas mais clássicas de obrigação jurídica¹⁹ aparece apenas excepcionalmente, na regulação passar a ser característica eminente, já que, como se viu, tais regimes são vocacionados para ser assim constituídos.

Além disso, é importante ficar claro aqui que, muito mais do que a pretensão de meramente criar uma nova variante de expectativa, uma terceira via para a dicotomia, encontra-se a proposta de compreensão da regulação como esse novo híbrido de expectativas. Ou seja, sem buscar romper com a distinção, observam-se casos concretos em que se identificam elementos comunicacionais próprios da regulação, que requerem uma ampliação da compreensão destas categorias, uma vez que, como vimos, expectativas cognitivas passam a ser conteúdo de uma expectativa normativa, trazendo-lhe, ao mesmo tempo, maior flexibilidade e adequação, mas podendo impor-lhe um risco de segurança jurídica, à sua própria estabilização²⁰, o que, no limite, pode abalar a própria diferenciação funcional do direito.

Assim, como conclusão deste capítulo pode-se dizer que o recurso a tais estruturas, por parte do regulador, ou o defrontar-se com elas, por parte do regulado ou do estudioso do direito traz consigo uma desafio extra: reconhecer que tal hibridismo traz, por uma lado, vantagens adaptativas, ou seja, traz uma válvula para a abertura cognitiva e para a adequação social, mas, por outro lado, acende-se luz de atenção para a estabilidade, abre-se uma porta perigosa que

¹⁹ Aqui se está a levar em conta, de maneira relativamente simplista, que os modelos jurídicos pré-modernos dispunham de um ambiente menos complexo a ser “regrado” e, por isso, lançavam mão majoritariamente de mecanismos muito mais simples comunicacionalmente, como o modelo de previsão de condutas concretas, relacionando-as a consequências jurídicas igualmente concretas. Vale mencionar o modelo ainda hoje utilizado e comum em ramos como o direito penal (Código Penal: “Art. 121. Matar alguém: / Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”). Estes modelos parecem ser encontrados seja no direito privado, como também nos primórdios do que, posteriormente, foi aglutinado no conceito de direito público, ainda que tal termo faça muito sentido após a consolidação do estado nacional e seu papel regulador.

²⁰ Ver, por exemplo, (Faraco e Coutinho, 2007).

pode colocar em *check* o fechamento operacional e a consistência das decisões tomadas com base nesse arcabouço normativo-cognitivo.

Ou seja, inaugura-se, com tal regime híbrido, a necessidade ainda mais urgente do constante observar e avaliar das obrigações criadas, para se ter conhecimento de seus efeitos e de suas externalidades, sejam elas negativas ou positivas. Uma obrigação desta natureza, por sua complexidade, não pode ficar esquecida gerando efeitos jurídicos não mensurados, sob pena de bombardear, ao mesmo tempo, os dois pilares que lhe dão significado: a robustez estável, que apenas a normatividade jurídica pode dar, e a flexibilidade e especificidade, próprio das ciências, que têm maior compromisso com a busca do que com a perenidade de seus resultados.

AUTORIZAÇÃO DE OBRAS - A COMPLEXIDADE DE UMA SIMPLES OBRIGAÇÃO

Até aqui, por mais que se tenha tentado a proximidade com os exemplos e casos mais concretos, houve um panorama mais abstrato, sem se aprofundar em uma obrigação específica a ser enquadrada como um dos elementos desta grande e complexa pintura chamada regulação setorial. A partir de agora, com os conceitos já firmados anteriormente, será retomado o caso concreto apresentado superficialmente na introdução, para identificar elementos que compõem esta simples obrigação, cuja natureza se enquadre nas expectativas híbridas anteriormente definidas.

O regime jurídico ou a regulação setorial do caso concreto é a regulação da prestação de serviços de transporte ferroviário de carga concedidos à iniciativa privada por meios de licitação. Aqui, interessante notar que, evolutivamente, este regime já passou por mudanças significativas desde sua inauguração com as primeiras concessões realizadas na década de 1990, momento em que tal serviço público deixou de ser explorado diretamente pelo União.²¹

Além disso, com a sanção da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, altera-se a

²¹ Percorrendo assim as duas hipóteses constitucionais do art. 21, inc. XII, alínea “d”, que determinam:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;”.

figura do regulador, que deixa de ser exercida pela administração direta, isto é, pelo Ministério afeto à área e passa a ser exercida pela administração indireta, pela Agência reguladora setorial, que inclui em sua “esfera de atuação” o transporte ferroviário de cargas (art. 22, inc. I). Quando lidos os incisos do art. 24 da referida Lei, que atribuem as competências à ANTT, já começam a surgir descrições que, se observadas do ponto de vista tradicional do direito administrativo, podem causar certo estranhamento. Seguem alguns exemplos:

“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

I – promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

(...)

XI – promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;

(...)

XIV – estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;”

Aqui, aparecem diversas competências que, se pensarmos do ponto de vista jurídico clássico pouco teriam lugar, mas que passam a ser funções cada vez mais recorrentes dos reguladores modernos. Importante notar que tais atribuições, no conteúdo, aproximam a ANTT como reguladora a sujeitos que transitam dentre expectativas cognitivas, tais como cientistas e economistas, algo muito menos presente, por exemplo, na norma anterior que subsidiou os processos de concessão: a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Por si só, estas competências ainda não dizem nada de concreto, tendo em vista que poderíamos estar falando meramente de um desenvolvimento de mecanismos interdisciplinares, para trazer tais informações, que só seriam inteligíveis ao direito uma vez traduzidas para semântica da normatividade. Mas, já é possível identificar sinais, nesse momento, de uma transição da construção do conteúdo jurídico tradicional, desempenhado pelos poderes do estado (legislativo e executivo), para um jurídico regulatório, a ser desempenhado por um agente da administração indireta, a agência reguladora.

Para além desta dimensão do agente regulador, na Lei nº 10.233, de 2001, surgem já obrigações muito próximas daquelas que foram tratadas, abstratamente, no capítulo anterior. Seguem exemplos de previsões que, determina a Lei, devem ser incluídas nos contratos de concessão:

“Art. 37. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

I – adotar, em todas as suas operações, as *medidas necessárias* para a conservação dos recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a preservação do meio ambiente;

(...)

III – adotar as *melhores práticas* de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, *segundo normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes*, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela *melhor tecnologia aplicada ao setor*.”

Nestes dois incisos (destacados aqui para enfatizar suas expressões fundamentais), podem, claramente, ser identificadas as parcelas eminentemente cognitivas das obrigações contratuais previstas na Lei. É dizer, se a obrigação reside justamente em “adotar (...) as medidas necessárias” ou “adotar as melhores práticas”, uma alteração do entendimento do ponto de vista da técnica, por novas descobertas científicas, por exemplo, (que pode ser realizadas, inclusive, no âmbito de estudos da própria ANTT, como se viu nos incisos do art. 24 da mesma Lei), então o conteúdo desta obrigação não encontra estrutura na comunicação de forma normativa, mas sim, de forma cognitiva. Por outro lado, como aqui se trata, em verdade, de uma obrigação, não cabe falar em mera estruturação cognitiva, por conta de sua repercussão contrafática no caso de sua frustração. Já é possível notar o desenho de expectativa híbrida nessas previsões abstratas.

Mas, após este breve apanhado da evolução normativa recente da regulação do setor, atinge-se, enfim, o caso concreto a ser melhor esmiuçado: a autorização para realização de obras na malha concedida. O ponto de partida desta obrigação encontra-se, justamente, no contrato de concessão, do qual se extraiu a seguinte transcrição do inc. I da Cláusula Décima – dos Direito da Concessionárias (aqui, como exemplo, o contrato de concessão da Malha Paulista, mas tal previsão pode ser lida, em semelhantes ou mesmo idênticos termos, nos demais contratos em vigor):

“São direitos da CONCESSIONÁRIA:

I) Construir ramais, variantes, pátios, estações, oficinas e demais instalações, bem como proceder a retificação de traçado para a melhoria e/ou expansão dos serviços da malha objeto deste contrato, sempre com prévia autorização da CONCEDENTE, que se manifestará a respeito no prazo de 90 (noventa) dias;”

Importa notar que no Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF (Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996), fala-se, em seu art. 3º, apenas de prévia autorização do poder executivo para

“desativação ou erradicação de trechos Ferroviários integrantes do Subsistema Ferroviário Federal, comprovadamente antieconômicos e verificado o atendimento da demanda por outra modalidade de transporte”,

dando diretamente uma autorização geral e abstrata à administração ferroviária (concessionária) para a “a construção e o uso de desvios e ramais particulares”, mediante mero “conhecimento” do Poder Concedente. Já o inc.

IX do art. 24 da Lei 10.233, de 2001, afirma caber como atribuição geral da ANTT “IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas”, sem, no entanto, determinar como sua obrigação a apreciação de pedidos de autorização para *todos* os projetos e investimentos. Isto é, aqui há uma atribuição de competência, para determinar que, em havendo a obrigação de pedido de autorização prévia para projetos e investimentos, a competência para avalia-los é da ANTT.

Saindo da esfera legal, atingindo-se a regulamentar, a própria ANTT, no exercício de sua atividade normativa, estabeleceu também “procedimentos a serem seguidos pelas concessionárias de serviços públicos de transporte ferroviário na obtenção de autorização da ANTT para execução de obras na malha objeto da Concessão”, por meio da Resolução nº 2695, de 13 de maio de 2008, alterada recentemente pela Resolução nº 5405, de 17 de agosto de 2017 e pela Resolução nº 5819, de 10 de maio de 2018.²² Até aqui, antes da Resolução ANTT nº 2695, de 2008, há certa dificuldade de se saber, ao certo: i. qual a dimensão desta obrigação, isto é, quais as hipóteses em que a concessionária é efetivamente obrigada a submeter um projeto de obra para avaliação e autorização prévia da Agência, uma vez haver certa vagueza na obrigação contratual e pouco suporte legal ou mesmo em regulamentos; ii. mas também é difícil, do ponto de vista do observador dogmata, do estudioso do direito regulatório, subtrair quais as intenções regulatórias que estão por trás desta obrigação; iii. em decorrência desta dúvida, mas não só, resta duvidosa a extensão da análise para a concessão da autorização, que pode ser desde mero controle burocrático, passando por avaliações técnicas e financeiras, chegando no limite do juízo de oportunidade da execução de tal obra.

O art. 7º desta Resolução talvez coloque a disposição algumas pistas, que podem nortear nas respostas destes três pontos:

- “Art. 7º A concepção do projeto, para as obras previstas no art. 1º, levará em consideração as condições de implantação, operação, manutenção e inspeção do empreendimento, bem como as conseqüências nas operações ferroviárias, buscando sempre:
 - I minimizar os riscos à ferrovia, a terceiros, e à comunidade;
 - II cumprir o disposto nos respectivos contratos de concessão e arrendamento;
 - III evitar risco de danos aos bens arrendados;
 - IV atender às condições de segurança do tráfego;
 - V garantir a capacidade técnica da prestação adequada do serviço de atendimento aos usuários; e

²² Curioso que, em seus “considerandos”, a Resolução (norma geral e abstrata) faz referência a texto idêntico ao dos contratos (norma específica e concreta), ao afirmar o direito de construir dos concessionários, para então fixar tais procedimentos para a obtenção da autorização.

VI cumprir as normas ambientais vigentes.”

Além disso, surge novamente uma válvula típica de expectativa híbrida no art. 11, que fixa como “exigência” para a *execução* da obra a “conformidade com normas técnicas vigentes”²³, ou seja, conforme tais normas técnicas, norteadas por evolução e inovações científicas, modificarem-se com o tempo, modifica-se também o conteúdo da obrigação. Ainda assim, mesmo com tais elementos, não parece ser suficiente para se entender *quais* são as obras que demandam tal autorização, o que se torna mais dramático com o art. 9º, da Resolução, que fala já em pena para os casos de “obras não autorizadas pela ANTT, executadas ou em execução”, sobretudo quando lido em cotejo com o já mencionado inc. III, do art. 37 da Lei 10.233, de 2001, que estabelece, genericamente, a obrigação contratual da concessionária de “adotar as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços”.

O que se nota, até aqui, é que a leitura concatenada das Leis que tratam de concessão, do decreto que regulamenta o setor, da Resolução da ANTT que procedimentaliza o pedido de autorização e a obrigação específica do contrato de concessão, é necessária, mas não é suficiente para compreender a dimensão e o conteúdo desta obrigação. A busca pretende transcender tais diplomas mais familiares ao operar do direito da infraestrutura ferroviária.

Antes deste movimento, apenas como exercício de compreensão da dimensão desse tipo de obrigação, importante notar que há ainda um diálogo entre esferas normativas, entre regimes, que parte de pontos de partidas de racionalidades subsistêmicas diversas. Um excelente exemplo aqui é o regime jurídico do direito ambiental, igualmente altamente especializado e vocacionado a dar conta de uma racionalidade própria, a da proteção do meio ambiente, com manejo das tensões do desenvolvimento sustentável, em suas dimensões econômica, social e ambiental propriamente dita. Nota-se que, ao falar de obras, a regulamentação do setor ferroviário muitas vezes visita as necessidades de cumprimentos das obrigações ambientais, com destaque para o licenciamento ambiental.

Interessante ver que, por exemplo, o licenciamento ambiental específico fixado pela Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que traz, em seu Anexo 1, dentre as “atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental” as “obras civis” em ferrovias. Ainda no licenciamento ambiental, há a Resolução nº 479, de 15 de março de 2017, igualmente do CONAMA, para dar conta do “licenciamento ambiental de empreendimentos ferroviários de baixo potencial de impacto ambiental e a regularização dos empreendimentos em operação.”

²³ Abrindo, inclusive, para mais uma dúvida: esta exigência serve para todas as obras, independentemente de terem sido submetidas a procedimento e autorização da Agência, ou não, apenas para estas últimas.

Como o próprio conceito de “obras” será importante para a definição da obrigação, cabe dar certa atenção esta última Resolução CONAMA, já que, dentre todos os diplomas listados, ela é o primeiro a trazer, no inc. III, do art. 2º, um conceito de “obra ferroviária”: “obra de construção, duplicação, ampliação ou quaisquer outras obras de intervenção na via permanente e em unidades de apoio;”. Contudo, neste caso, vale observar que, possivelmente, o conceito de obra ferroviária para fins de licenciamento ambiental não necessariamente coincide com o conceito para fins da obrigação de pedido de autorização, mas, ao existirem, podem ser complementares, ou, pior, gerarem colisões normativas a terem que ser arbitradas por um direito de colisão (Fischer-Lescano e Teubner, 2006; Teubner e Korth, 2009).²⁴

Para evoluir na busca de dispositivos estrangeiros para o direito, importante dar um passo atrás, partindo do suporte normativo primeiro da obrigação, a cláusula contratual: ela prescreve como o objeto desta obrigação a construção de “ramais, variantes, pátios, estações, oficinas e demais instalações”, por conta destas “demais instalações”, novamente, a obrigação fica demasiadamente ampla, podendo todos os tipos de obra se encaixar, inclusive aqueles, sobre as quais, o senso comum e a razoabilidade parecem indicar por não estarem encampadas sob a pretensão do regulador. Basta pensar na reforma de um banheiro, em uma oficina, por exemplo; seria razoável o regulador cobrar autorização prévia, com todo o trâmite e formalidade que seriam necessários? Por outro lado, é possível afastar peremptoriamente a obrigação nestes casos? Seguindo no texto da obrigação, temos ainda a “retificação de traçado para a melhoria e/ou expansão dos serviços da malha objeto deste contrato”. Também aqui, difícil pensar em uma intervenção de retificação de traçado que não seja para melhoria e/ou expansão dos serviços da malha.

Contudo, há uma possibilidade interpretativa que vincula todas as intervenções, todas as “construções”, ao resultado: “a melhoria e/ou expansão dos serviços da malha objeto deste contrato”. Se for assim interpretado, obras de “mero incremento” em outras estruturas, que não aquelas vinculadas aos serviços, estariam fora da obrigação. Retomando o exemplo do banheiro, este

²⁴ Vale inclusive dizer que há mesmo repercussão penal na violação das obrigações ambientais relacionados à execução de obras. Veja o art. 60, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998:

“Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

seria, com essa exegese, colocado como prescindindo do procedimento autorizativo.

Mas a composição desta obrigação que, partiu da mera necessidade de um pedido prévio de autorização para o exercício de um direito contratual da concessionária, acabou por impor diversas obrigações, que podemos chamar acessórias, como definição de certos conteúdos na execução destes projetos, além de um rol de quesitos, cuja complexidade talvez não possa ser, por diversas razões, dentre elas, limites orçamentário e de pessoal da ANTT, sequer ser analisados pela Agência.²⁵

Neste ponto, já parece ficar um pouco mais claro o problema de fundo de que se pretende atacar com esta regulação específica: de forma direta, a defesa dos bens públicos (Marques Neto, 2014: esp. 35 ss.), isto é, do patrimônio público da União que se encontra afetado à prestação do serviço público, o que leva de forma indireta ao que se pretende, efetivamente, proteger: a contínua e adequada prestação do serviço de transporte ferroviário de carga. Saber o que se busca com a regulação pode ser um bom caminho para compreender seus mecanismos e avaliar seus resultados no tempo, sendo capaz, por exemplo, do ponto de vista do regulador de corrigir distorções causadas no decorrer do tempo pela regulação e, na perspectiva do regulado, buscar tirar o melhor proveito da regulação, trazendo para si suas desejadas externalidades positivas.

Para completar este capítulo, falta apenas visitar, a título de exemplo, dois polos formadores de expectativas cognitivas mixadas com expectativas normativas, que, inevitavelmente, de forma expressa ou indireta, acabam por compor a obrigação em tela: as normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e as diversas implicações de normativos e decisões do e referentes ao Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA.

Quanto à primeira, a própria Resolução nº 2695, de 2008, da ANTT já faz referência expressa, em seus Anexos 2 e 5, à necessidade de “conformidade com as normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e demais normas ferroviárias pertinentes, em vigência”. Ou seja, como já apontado anteriormente, estas normas técnicas, por mais que não possam ser confundidas com a técnica em si, acabam por herdar sua dimensão

²⁵ Tal situação resultou, recentemente, na revisão e relativa simplificação realizada pela ANTT, por meio da Resolução nº 5.405, de 17 de agosto de 2017, além de da publicação do Comunicado SUFER/ANTT nº 001/2018, de 27 de fevereiro de 2018, que buscou, também ele, estabelecer “procedimentos para análise e autorização dos projetos no âmbito das concessões ferroviárias”.

estruturalmente alinhada à categoria de expectativa cognitiva, trazendo, tal variabilidade, mas também risco à segurança jurídica.²⁶

Em relação ao CONFEA, importante lembrar que, partindo do conceito de “obra”, são trazidas bases conceituais que, com certa dificuldade, se afastariam do arcabouço conceitual técnico da engenharia, no caso, da engenharia civil. Essa aproximação inicia-se já com um dispositivo legal, a Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que ao regular o exercício da profissão de engenheiro, criando atividades e atribuições que lhe são privativas (arts. 6º e 7º), acaba por trazer para si uma margem normativa, como ocorre, por exemplo, na Resolução nº 1010 de 22 de agosto de 2005, do CONFEA, que dispõe “sobre a regulamentação da atribuição de títulos profissionais, atividades, competências e caracterização do âmbito de atuação dos profissionais inseridos no Sistema Confea/Crea, para efeito de fiscalização do exercício profissional”, contando seu Anexo I, inclusive, com um Glossário que apresenta a seguinte definição de Obra: “resultado da execução ou operacionalização de projeto ou planejamento elaborado visando à consecução de determinados objetivos.”

Ou seja, resumidamente: uma obrigação aparentemente simples, como a aqui analisada da necessidade de autorização prévia para execução de obras na malha ferroviária concedida, traz consigo, principalmente em um contexto regulatório complexo, um conjunto de fatores que dão conta tanto da sua dimensão jurídica em sentido estrito, mas acaba por atrair uma gama de outras estruturas comunicacionais que fogem aos modelos clássicos de normas ou de “expectativas normativas”, acabando por compor um plexo de expectativas, que chamamos aqui de expectativas híbridas. Ao observar a regulação setorial como regime especializado, vocacionado para um determinado subsistema social, esse

²⁶ Para ficar clara a perspectiva aqui apresentada, é possível dizer que há um gradiente entre a técnica em si, a norma técnica fixada pela ABNT e sua aplicação jurídica na regulação setorial. Contudo, quando observada a criação das chamadas “normas técnicas” é possível se identificar uma preponderância comunicacional do teor cognitiva, pensando que ao dizer como é a “melhor forma” técnica de realizar uma tarefa (ponderando questões físico-químicas, por exemplo) os elementos da conformação pós-novas descobertas são muito mais presentes do que é de se esperar no âmbito das expectativas normativas. Dito de forma simplesmente, como mero exemplo simbólico: a descoberta de que a melhor forma de dar estabilidade a uma edição é a aplicação de um novo método, mais ágil, eficaz, seguro e/ou barato, não pode ser invalidada contrafaticamente por uma “norma técnica”. O que é mais provável é justamente o contrário: uma norma ter sua validade técnica invalidada frente a uma nova descoberta. Por isso a insistência aqui de se alocar as chamadas normas técnicas muito mais no âmbito comunicacional das expectativas cognitivas do que no das normativas. Caso sua validade jurídica não dependesse, em certa medida, de mecanismos próprios do direito, poderíamos até dizer que tais normas técnicas, elas próprias, já guardariam um embrião comunicacional de uma expectativa híbrida, aos moldes que se encontra aqui definida.

regime mostra-se mesmo como resultado desses diversos plexos, que aumentam ainda mais sua complexidade. Assim, o conteúdo da obrigação que se pretender esmiuçar acabar por contar com tais válvulas de abertura cognitiva dispostas internamente na estrutura normativa do regime regulatório.

CONCLUSÃO: REGULAÇÃO E SEU EMARANHADO DE EXPECTATIVAS

O texto partiu da pergunta comezinha: quais os elementos que compõem a obrigação contratual das concessionárias de serviço público no tocante à necessidade de submissão à ANTT de pedido de autorização para realização de obras? A hipótese de trabalho lançada foi a de que mesmo obrigações aparentemente simples, quando alocadas em um contexto social determinado, de alta complexidade e proporcionador de uma diferenciação funcional interna do direito, que tem como resultado o desenvolvimento de um regime jurídico próprio, igualmente altamente especializado e complexo, precisa de estruturas diversas, para além daquelas diferenciadas por Luhmann entre expectativas normativas e expectativas cognitivas, que aqui se nomeou expectativas híbridas.

Para demonstrar tal hipótese, percorreu o trajeto da diferenciação funcional do direito, atingindo a diferenciação de segunda ordem, uma diferenciação interna do direito, que se associou ao desenvolvimento de ordens normativas ou regimes vocacionados a lidar com problemas específico, capazes de maximizar a racionalidade própria daquela esfera social, ou subsistema da sociedade ao qual este regime endereça sua prestação de, por um lado, estabilizar as expectativas para proporcionar maior previsibilidade na reprodução sistêmica, mas, por outro, propiciar válvulas de abertura cognitiva que sejam capazes de trazer áreas novos para esse sistema reflexivo. Assim, a regulação, do ponto de vista teórico ainda, foi redesenhada como um regime especializado, composto por essas diversas expectativas híbridas a darem conta desse equilíbrio instável da reprodução sistêmica.

Posta a moldura teórica, com a qual se buscou reenquadrar o problema, partiu-se para revisão da obrigação regulatória específica apresentada. Como resultado, identificou-se que, de fato, ao vasculhar as componentes textuais desta obrigação, abrem-se diversas relações e imbricações de expectativas das duas naturezas, aos moldes do que se especulou na parte teórica. A obrigação mostrou certa fragilidade, uma vez que em um primeiro momento o “problema específico” que ela pretendia mitigar parece não ter ficado totalmente claro. Contudo, em uma evolução tortuosa deste regime, de uma forma ampla, e da obrigação de forma específica, esta foi tomando contornos mais claros. A pretensão de fundo foi mostrando-se, de forma direta, a preocupação pela preservação do patrimônio público para, de forma indireta, garantir a adequada

continuidade e a adequação da prestação de serviço público de transporte ferroviário de carga. Mas, para cumprir tal obrigação, o próprio arcabouço normativo foi impulsionando o regulador a trazer para dentro da regulação aquelas peças de natureza cognitiva, que acabam por gerar uma mutabilidade muito mais veloz da normatividade e de seu conteúdo.

Juntamente com tal evolução da compreensão acerca da obrigação, foi possível ainda identificar que diversas obrigações-meio, muito mais apegadas à forma do que ao resultado, foram sendo abandonadas pelo caminho, o que indica a saudável correção de rota do regulador e ferramenta regulatória escolhida. Notou-se que para a proteção do patrimônio e da continuidade e adequação da prestação de serviço, uma análise orçamentária e financeira mais rigorosa e, conseqüentemente, mais morosa, para a concessão da autorização mostrou-se não só indesejável, como nociva para a racionalidade econômica e técnico-operacional do setor regulado.

Além disso, usando como exemplo a relação com o direito ambiental, parece ter sido clarificada a necessidade e inevitabilidade de um diálogo (por vezes conflituoso) com outros regimes, ou regulações. Este caso poderia ser estendido, por exemplo, a outros regimes regulatórios, como é o direito societário e as regras da Comissão de Valores Mobiliários – CVM ou do chamado Novo Mercado da Bovespa, ou ainda o direito concorrencial e cluster normativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, entre outros tantos. Fato é, estes conglomerados setoriais, que podem receber o nome de regulação setorial, parecem ser bem definidos nos termos da hipótese apresentada inicialmente: como um emaranhado de expectativas híbridas, em constante mutação e adequação, ao mesmo tempo que em uma constante busca por consistência e estabilidade.

Para além do caso concreto, parece possível ainda extrapolar, que tanto o regulador, no momento e fixação das obrigações regulatórias, quanto o regulado, no momento de agir em conformidade com sua regulação hiperespecializada, quanto, por fim, os observadores dessa regulação devem estar municiados para serem capazes de desvendar as raízes desta regulação, prevendo seus resultados e externalidades, com capacidade e velocidade responsivas para compreensão e as eventuais correções de curso. Juntamente com as possibilidades de maior adequação de uma regulação complexa, estabilizada e aderente ao setor regulado, devem ser reconhecidos os desafios e riscos para estabilidade e as potencialidades destrutivas de seus equívocos. Complexo, como a sociedade na (pós)modernidade.

NORMAS

Constituição

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm [último acesso: 19/12/2018].

Leis

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm [último acesso: 26/01/2019].
- Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5194.htm [último acesso: 19/12/2018].
- Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm [último acesso: 19/12/2018].
- Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm [último acesso: 19/12/2018].
- Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm [último acesso: 19/12/2018].
- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm [último acesso: 19/12/2018].

Decreto

- Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1832.htm [último acesso: 19/12/2018].

Resoluções ANTT

- Resolução nº 2695, de 13 de maio de 2008, disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/3695/Resolucao_n_26_95.html [último acesso: 19/12/2018].
- Resolução nº 5405, de 17 de agosto de 2017, disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/52195/Resolucao_n_5_405.html [último acesso: 19/12/2018].
- Resolução nº 5819, de 10 de maio de 2018, disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/53649/Resolucao_n_5_819.html [último acesso: 19/12/2018].

Comunicado SUFER/ANTT

- Comunicado SUFER/ANTT nº 001/2018, de 27 de fevereiro de 2018, disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/53840/Comunicado_SUFER_n_001.html [último acesso: 19/12/2018].

Resoluções CONAMA

- Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> [último acesso: 19/12/2018].
- Resolução nº 349, de 16 de agosto de 2004, disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=450> [último acesso: 19/12/2018].
- Resolução nº 479, de 15 de março de 2017, disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=725> [último acesso: 19/12/2018].

Resolução CONFEA

- Resolução nº 1010 de 22 de agosto de 2005, disponível em: <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=550>, [último acesso: 19/12/2018].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 4. London: Laccademia Publishing, 2018.

BÖHM, F. Das Problem der privaten Macht. (Ein Beitrag zur Monopolfrage.). **Die Justiz. Zeitschrift für Erneuerung des Deutschen Rechtswesens**, v. III, n. 4, p. 324-345, 1927/1928.

_____. Die Idee des ORDO im Denken Walter Euckens. **ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft**, v. 3, p. XV-LXIV, 1950.

CROLEY, S. P. **Regulation and public interests: the possibility of goodregulatory government** Princeton: Princeton, 2008.

DURÇO, F. F. **A regulação do setor ferroviário brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

ENGISCH, K. **Einführung in das juristische Denken**. 7. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1977.

EUCKEN, W. Das ordnungspolitische Problem. **ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft**, v. 1, p. 56-90, 1948.

_____. Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft. **ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft**, v. 3, p. 3-17, 1950.

FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. **Regime-Kollisionen - Zur Fragmentierung des globalen Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

_____. Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt estatistischer Rechtseinheit. In: ALBERT, M. e STICHWEH, R. (Ed.). **Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung**. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007. p.37-61.

HABERMAS, J. **Theorie des kommunikativen Handeln. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft**. 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: 2005.

KELSEN, H. **Reine Rechtslehre**. 2. Wien: Österreich, 2000.

KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

LOPES, O. D. A. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

LUHMANN, N. **Rechtssystem und Rechtsdogmatik**. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1974.

_____. Zum Begriff der sozialen Klasse. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 13, p. 35-78, 1984.

_____. Die Differenzierung von Politik und Wirtschaft und ihre gesellschaftlichen Grundlagen. In: LUHMANN, N. (Ed.). **Soziologische Aufklärung 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987a. p.32-48.

_____. **Rechtssoziologie**. 3. Opladen: Westdeutscher, 1987b.

_____. **Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987c.

_____. Die Unwahrscheinlichkeit der Kommunikation. In: LUHMANN, N. (Ed.). **Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellschaft, Organisation**. 2. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1991a. p.25-34.

_____. Steuerung durch das Recht? Einige klarstellende Bemerkungen. **Zeitschrift für Rechtssoziologie**, v. 12, n. 1, p. 142-146, 1991b.

_____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. **Die Wirtschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998a.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998b.

_____. **Ausdifferenzierung des Rechts.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. **Die Politik der Gesellschaft.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

MARQUES NETO, F. D. A. **Bens público: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARX, K.; ENGELS, F. Manifest der Kommunistischen Partei. In: MARX, K. e ENGELS, F. (Ed.). **Ausgewählte Werke in sechs Bänden.** Frankfurt am Main: Verlag Marxistische Blätter, v.I, 1983. p.415-451.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de direito administrativo.** 29. São Paulo: Malheiros, 2012.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Matins Fontes, 2006.

PINHEIRO, A. C.; RIBEIRO, L. C. **Regulação das ferrovias.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos).** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012.

TALEB, N. N. **The black swan. The impact of the highly improbable.** London: Penguin, 2007.

TEUBNER, G. Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 13, p. 109-149, 1984.

_____. **Recht als autopoietisches System.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

_____. **Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung** Berlin: Suhrkamp, 2012.

TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. **State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective**. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

TEUBNER, G.; KORTH, P. Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft. In: KÖTTER, M. e SCHUPPERT, G. F. (Ed.). **Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates**. Baden-Baden: Nomos, 2009. p.137-168.

TEUBNER, G.; WILLKE, H. Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. **Zeitschrift für Rechtssoziologie**, v. 6, n. 1, p. 4-35, 1984.

