

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê
Fone: (0—41) 352-1200 - Fax: 252-1311 - CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

Filial / São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 - Fone: (0—11) 3932-0015
Fone/Fax: (0—11) 3932-0974 - CEP: 02925-140

Representação / Rio de Janeiro/RJ: Excelência Assessoria Editorial
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 - Fone: (0—21) 220-2096 - CEP: 20040-009

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
Curitiba : Juruá, n. 6, 2001.
250p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00119

O CONCEITO JURÍDICO DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA

*Alexandre Santos de Aragão*¹

“O poder do Estado deixa de ser poder de império para passar a ser visto cada vez mais como poder de decidir em termos de funcionalidade”.

*Miguel Reale*²

O objetivo do presente trabalho é contribuir para a elaboração dogmática de um conceito oriundo da economia, mas que cada vez mais adquire sede jurídica, inclusive constitucional (CF/88, arts. 21, XI; 174; e 177, § 2º, III). Trata-se do conceito de regulação da economia, que tem sido utilizado até mesmo para qualificar uma série de entidades da Administração Pública, incumbidas de regular determinados setores da economia – as Agências Reguladoras.

O conceito de regulação, portanto, longe de possuir interesse meramente acadêmico, é imprescindível para que seja definida a competência dos múltiplos órgãos e entidades públicas que exercem a função reguladora, ainda que não nominalmente.

O termo “regulação” tem causado mal-entendidos menos pela sua suposta novidade e mais pela, às vezes, difícil distinção em

(1) Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá, membro das Comissões de Direito Administrativo e de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, Mestrando em Direito Público pela UERJ.

(2) Prefácio à 5ª e última edição do **Teoria do Direito e do Estado**, Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, p. XVII.

relação a outros institutos do Direito Público da Economia, tais como a regulamentação, o poder de polícia, a ordenação da economia, a auto-regulação, a desregulação, a desregulamentação e outros.

Primeiramente, trataremos, sucintamente, da questão geral das relações entre o Estado, o Direito e a economia, tomando em conta inclusive os desafios colocados pela globalização econômica. Em seguida, adentraremos o conceito propriamente dito de regulação estatal da economia e o distinguiremos dos institutos e fenômenos normativos afins.

Note-se que o próprio surgimento de ordenamentos jurídicos gerais decorreu de razões econômicas, como a necessidade de os povos dos grandes rios (Nilo, Tigre, Eufrates, etc.) disciplinarem o uso da água, mormente para a atividade agrícola, o estabelecimento das medidas de tempo, de pesos e medidas, e o financiamento das obras de infraestrutura de elevado custo.³

A economia não é o único elemento da realidade social que afeta a estrutura e a normatização estatais, mas, “*em uma sociedade capitalista, certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado*”.⁴

É importante, inclusive, destacar a certa autonomia que a economia possui em relação ao Direito e ao Estado,⁵ cujas consti-

(3) Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Ed. Il Mulino, 1995, p. 21/2. Tratando especificamente do Egito, Maurice DUVERGER assinala que “*as condições geográficas deram ao Egito um avanço considerável na evolução dos sistemas políticos: o excepcional rendimento das terras inundadas pelo rio permite manter um aparelho de Estado centralizado, o qual era indispensável, por outro, para uma irrigação racional*” (*Sociologia da Política*, Ed. Almedina, Coimbra, 198, trad. António Gonçalves, p. 348).

(4) Hermann HELLER, *Teoria Del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2 ed., 1998, trad. Luis Tobio, p. 143. Entre nós, Washington Peluso Albino de SOUZA observou que não é possível estudar os problemas econômicos sem analisar a organização do Estado, nem a estrutura e o funcionamento dos órgãos deste, sem se debruçar sobre os problemas econômicos (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, coordenada por Limongi França, Saraiva, São Paulo, 1977-1982, vol. 31, p. 250).

(5) Essa característica da regulação estatal, como observa Norbert REICH, não se dá apenas em relação à economia mas também a outros aspectos da vida social, como a família, a ciência, as artes etc. (*Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, trad.

tuições, inicialmente, procuraram apenas assegurar o natural funcionamento do mercado, tendo, mais tarde, instituído mecanismos de correção das suas falhas e de direcionamento para determinados objetivos acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Para Max WEBER, à racionalidade do mercado corresponde o Direito do Estado moderno como forma de domínio racional. As situações econômicas não geram automaticamente novas formas jurídicas, mas tão-somente contêm a possibilidade de que uma criação técnico-jurídica possibilite a sua expansão.⁶

Assim, para este pensador, não é o Direito mas o mercado que cria os seus próprios meios de comunicação, que são protegidos e aplicados pelo Estado. O Direito, na sua opinião, não lhes dá o conteúdo, mas apenas as formas. No dizer de L. BAUDIN, citado por Georges RIPERT,⁷ “*o Direito é uma cristalização da economia*”.

Se, por um lado, o mercado é decorrência natural e espontânea do dinamismo social, por outro, é uma criação jurídica, vez que apenas pode se desenvolver caso existam os veículos e as garantias jurídicas necessárias.⁸

Não podemos ter a ingenuidade de achar que o Direito tem inteira disponibilidade sobre o mercado. Malgrado as suas inegáveis possibilidades de ingerência, os aspectos de maior dinamismo do mercado são dificilmente apreensíveis pelo Direito. É neste sentido que Jürgen HABERMAS afirma que, “*ainda que os mercados possam ser organizados e controlados politicamente, obedecem a uma lógica própria que se distancia dos controles estatais*”.⁹

Antonio Fonti, p. 29).

(6) *Apud* Norbert REICH, ob. cit., p. 33.

(7) *Apud* Georges RIPERT, **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**, Ed. Freitas Bastos, 1947, trad. Gilda G. de Azevedo, p. 13.

(8) Exemplos eloquentes são a regulamentação jurídica dos títulos de crédito e das sociedades comerciais. Estes fenômenos já existiam sem o direito. Mas a estabilização a eles dada juridicamente certamente propiciou o desenvolvimento hoje alcançado.

(9) **La Inclusión Del Otro – Estudios de Teoría Política**, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, p. 84/5.

A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas, e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico.

Recentemente, alguns autores, inspirados pela globalização econômica e pelo chamado “pós-modernismo”, têm retomado as críticas à visão estatocêntrica da regulação. Criticam o irrealismo da concepção tradicional pela qual o Estado teria o monopólio da regulação jurídica.

J. J. Gomes CANOTILHO, por exemplo, afirma que “*as mudanças estruturais da sociedade, tornam clara a necessidade de o direito não ser considerado como regulador heterônomo de relações sociais, mas como instrumento de trabalho para autorregulação das relações sociais. Conseqüentemente, o problema das fontes de direito deve ter em consideração não apenas as questões tradicionalmente ligadas às regulações legais mas também as normações jurídicas de qualquer gênero, como, por exemplo, contratos, sentenças, convenções coletivas de trabalho, normas privadas de empresas e de associações (ex.: federações desportistas) e até o “direito achado nas ruas”*”.¹⁰

Não discordamos das assertivas do autor lusitano, mas, como veremos, as diretrizes por ele traçadas para a regulação jurídica da sociedade e do mercado, constituem apenas uma das possibilidades, recomendável em alguns casos, mas que, em muitos deles, deve ser excluída ou combinada com os mecanismos tradicionais – verticais, coercitivos e estatais – de regulação jurídica.

A regulação da economia é um fenômeno multifacetário, dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que

(10) **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Coimbra, 3. ed., p. 653/4 (os destaques gráficos são do próprio autor).

empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia.¹¹

Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas,¹² que, junto com a regulação, constituem espécies do *gênero da intervenção do Estado na economia*.¹³

A noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais.¹⁴ Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações.¹⁵

-
- (11) Reinhold ZIPPELIUS, **Teoria Geral do Estado**, Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes CANOTILHO, p. 466.
- (12) Alguns autores chamam esta intervenção de regulação operativa, em contraposição à regulação normativa, aqui por nós denominada simplesmente de regulação (Conrado Hübner MENDES, **Reforma do Estado e Agências Reguladoras**, constante da obra coletiva **Direito Administrativo Econômico**, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 117).
- (13) Daí se falar hoje na passagem do Estado produtor ao Estado regulador, interventor, no entanto, em ambos os casos.
- (14) Salvatore CATTANEO, "**Agencies**" e "**Regulation**" nel Regno Unido, constante da obra coletiva **Le Autorità Indipendenti - De fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano**, Giuffrè Editore, Milão, 1999, p. 263.
- (15) Michel GENTOT, **Les Autorités Administratives Indépendantes**, Ed. Montchrestien, Paris, 1994, 2. ed., p. 41. Na doutrina nacional também se observa que aos órgãos e entidades reguladores "*cabe não apenas operacionalizar a regulação contida em lei (normativa), através da competência que lhe é outorgada para fiscalizar e aplicar sanções, mas também complementar tal corpo normativo com regulamentos próprios, além de possuir competência para também dirimir conflitos*" (Conrado Hübner MENDES, **Reforma do Estado e Agências Reguladoras**, constante da obra coletiva **Direito Administrativo Econômico**, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 118).

A regulação, sob quaisquer destas formas, possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.

Quanto à nomenclatura adotada, mister se faz um esclarecimento. Alguns autores, ao verem a mudança da atuação estatal sobre a economia, “*dão ênfase à migração dos aspectos de modelação e controle para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente*”, qualificando aqueles como “regulamentação”, e estes como “regulação”.¹⁶

Entendemos, no entanto, com Fernando Herren AGUILAR,¹⁷ que, mesmo que nos dias de hoje o Estado busque preferencialmente soluções indutivas e consensuais, não há como se negar que, no exercício das mesmas competências, muitas vezes atua de maneira vertical, coercitiva ou mesmo interventiva. Pela sua maior abrangência, utilizaremos o termo “regulação” para designar ambas as formas de exercício da mesma atividade estatal, qual seja, a de adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade, competência esta que, substancialmente, não é alterada pelo uso de estratégias distintas – verticais ou horizontais – em relação ao meio envolvente.

O que cumpre destacar é que a sociedade atual é um agregado altamente diferenciado, com numerosas interdependências, sendo muito comum que uma intervenção reguladora em um âmbito parcial do conjunto social repercuta em outros, fazendo que a vantagem parcial seja menor que as desvantagens globais. Além disso, apenas uma pequena parte das instituições sociais foi ou é

(16) Entre outros, Gunther TEUBNER, **O Direito como Sistema Autopoiético**, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 127 e ss.

(17) **Controle Social de Serviços Públicos**, Max Limonad, 1999, p. 163/286

suscetível de ser conscientemente planejada, tendo grande parte delas nascido e se desenvolvido preponderantemente como resultado da ação humana espontânea.¹⁸

Por estas razões, o Estado deve, preferencialmente, avançar paulatinamente na regulação desejada, de acordo com o princípio da permanente correção de erros (*trial and error*),¹⁹ ou seja, “*no esforço constante de controlar as conseqüências de suas ações a fim de as corrigir a tempo. Portanto, avançará apenas passo a passo e sempre comparará cuidadosamente os resultados prospectados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários indesejáveis*”.²⁰

Como constata o Mestre Massimo Severo GIANNINI,²¹ “a regulação dos anos menos recentes é embebida de controles e de relações de controle; já a dos anos mais recentes registra a tendência a substituir relações de controle por relações de direção, aparentemente mais elaboradas e ponderadas; a relação de direção compreende ainda o controle, mas que, de maneira muito mais flexível, sobretudo permite a adoção de medidas corretivas, em sentido próprio, das disfunções verificadas, que, ao invés de serem reprimidas com medidas sancionatórias, são eliminadas mediante a adoção de medidas corretivas, freqüentemente informais”.

É neste sentido que setores da doutrina nacional e estrangeira, inspirados inclusive nas diretrizes da Comunidade Européia, que tenta conciliar os seus traços liberalizadores e desestatizadores com a tradição européia dos serviços públicos, propugnam por uma

(18) Miguel REALE também percebeu o equívoco “*em pensar que, atingido o momento normativo, deste defluam relações ou conseqüências de direito, pelo simples fato de sua incidência sobre o plano factual, dando configuração jurídica aos comportamentos humanos. Na realidade, os modelos jurídicos, como estruturas fático-axiológico-normativas, acham-se imersos na práxis social (Nova Fase do Direito Moderno, Ed. Saraiva, São Paulo, 2. ed., 1998, p. 169).*”

(19) Reinhold ZIPPELIUS, citando POPPER, propõe “*uma espécie de gestão experimental do futuro, para a qual todo o planejamento e toda a regulação são, por princípio, incompletos; dito por outras palavras, são a tentativa experimental de melhorar as circunstância existentes. (...) As novas regulações devem ser “compatíveis com o sistema”, num sentido determinado e restrito*”. (ob. cit., p. 469).

(20) Reinhold ZIPPELIUS, ob. cit., p. 469 e 470.

(21) Ob. cit., p. 299.

“neo-regulação” ou “regulação para a competência”, distinta da tradicional “regulação econômica”. (...) A regulação estatal visaria principalmente ao estabelecimento dos quadros para que o mercado se desenvolvesse livremente e regulasse naturalmente a atividade.²²

A “regulação para a competência”, apesar de não poder ser entendida como a única espécie de regulação, de fato vem ganhando cada vez mais espaços. Veja-se, por exemplo, o nosso setor de telecomunicações, com serviços prestados sob o regime do direito privado, com grande abertura à entrada na atividade mediante a emissão de autorizações vinculadas e com diminuto controle sobre as tarifas etc. (Lei Geral de Telecomunicações, arts. 126 a 144).

(a) Regulação e Regulamentação.

Muitas vezes os mecanismos dúcteis de normatização da economia são identificados com a totalidade do âmbito conceitual da “regulação”, conceito do qual estariam excluídos os mecanismos de caráter preponderantemente interventivo e sancionatório, que constituiriam a “regulamentação”.

Como visto, essa não é a nossa posição. Se hoje se prega uma normatização mais flexível, a diferença entre elas não é de natureza mas apenas de grau e de estratégia interventiva.

Malgrado a distinção entre medidas restritivas e indutivas da atividade econômica guardar atualidade, quando se analisam os objetivos subjacentes às áreas de regulação mais comuns nas Administrações Públicas, “*verifica-se que ao quadro dos princípios de base liberal da “polícia econômica” (sobretudo preventivos e repressivos), o direito econômico contemporâneo vem acrescentando preocupações finalistas (por exemplo, o desenvolvimento econômico, a competitividade externa), que pressupõem atuações positivas e não meramente negativas das autoridades públicas. Como resultado, esbatem-se as fronteiras entre aqueles dois tipos*

(22) Para uma ampla exposição da matéria, ver Gaspar Ariño ORTIZ, *Princípios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 549 a 603.

de regulação”.²³ Por exemplo, muitas vezes o acesso a vantagens dos poderes públicos (financiamentos públicos, redução de tarifas de exportação etc.) está condicionado ao atendimento de normas repressivas e sancionatórias, casos em que, tanto indutiva, como coercitivamente, se persuade o agente econômico a observar determinado preceito regulatório.

Ao que parece, a confusão de nomenclatura na matéria advém da adaptação de conceitos e fenômenos surgidos nos Estados Unidos da América do Norte aos países que, como o nosso, integram a tradição jurídica franco-germânica.

Como afirma Eros Roberto GRAU, “a busca de mais sociedade e menos Estado” supõe a substituição da *regulação estatal* (regulamentação) por *regulações sociais*. Aí a *deregulation* dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo “regulação”.²⁴

Angel Manuel Moreno MOLINA²⁵ observa “que a tradução do termo “regulação” é bastante problemática. “**Regulation**” se traduz usualmente por “regulamentação”, “regulamento”, “regulação”, e “regra”. Há, portanto, uma assimilação de “**regulation**” a “regulação normativa”, ou seja, a produção de normas jurídicas de caráter regulamentar. (...) No sistema norte-americano o termo “**regulation**” tem duas acepções distintas, uma mais restrita do que a outra. Em sentido amplo, “**regulation**” equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, “**regulation**” consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. (...) O poder mais importante do Estado é o da coerção. “**Regulation**” é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos”.

(23) António Carlos SANTOS, Maria Eduarda GONÇALVES e Maria Manuel Leitão MARQUES, *Direito Económico*, Almedina, 3. ed., Lisboa, 1998, p. 229.

(24) *O Direito posto e o Direito pressuposto*, Ed. Malheiros, 2. ed., São Paulo, 1998, p. 93 (os destaques gráficos são do próprio autor).

(25) *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norte América*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995, p. 75/6.

Preferimos adotar um conceito amplo de *regulação estatal da economia*, excluindo a sua assimilação à desregulação ou apenas à regulação coercitiva.²⁶ Podemos afirmar que a regulação estatal da economia, com a abrangência conceitual que a caracteriza, deve, no atual momento histórico, sem perder de vista os valores humanos e sociais do Estado Democrático, ser eficiente, adotando novas técnicas regulatórias – flexíveis e consensuais –, que, sem excluir as anteriores, a elas se somem para serem mais eficazes e menos onerosas (para a sociedade e para o próprio Estado).

(b) Regulação, Regulação Pública não-estatal, auto-Regulação e Desregulação.

Do conceito de regulação propriamente dita deve ser excluída a regulação pelo mercado e pelas regras de auto-regulação provenientes de entidades ou empresas privadas (regulamentos de empresa, decisões associativas, códigos privados de conduta etc.),²⁷ salvo se oriundos de delegação do Poder público, caso em que estaremos diante da *regulação pública não-estatal*, pela qual as entidades sociais, normalmente concernentes a uma coletividade profissional (entre nós, por exemplo, os conselhos profissionais), assumem, no seu âmbito, a função de regulação sem que, contudo, sejam transformadas em órgãos do Estado, que, todavia, lhes empresta a sua autoridade.²⁸

Distinta é a situação em que a auto-regulação é espontaneamente exercida por associações privadas sem a delegação estatal. Aqui e alhures há os conhecidos exemplos da auto-regulamentação publicitária e dos selos de qualidade criados pelas associações dos produtores de determinados produtos. Nestes casos estamos diante do fenômeno da auto-regulação privada ou do que alguns chamam, nos casos em que tiver sido precedida de uma

(26) António Carlos SANTOS, Maria Eduarda GONÇALVES e Maria Manuel Leitão MARQUES, ob. cit., Almedina, 3. ed., Lisboa, 1998, p. 226/229.

(27) No mesmo sentido, Salvatore CATTANEO, ob. cit., p. 264.

(28) Por esta razão o STF entendeu, ao deferir a medida liminar na ADIn. 1.717-6, que devem necessariamente possuir personalidade jurídica de direito público (fonte: www.stf.gov.br).

regulação estatal não mais existente, de re-regulação, no sentido de que a regulação teria deixado de ser estatal para ser privada.

Mas nem sempre que o Estado deixa de se imiscuir no mercado são formados mecanismos institucionais, ainda que privados, de auto-regulação dos agentes econômicos. É possível que, na ausência destes, a regulação da economia fique submetida apenas aos livres movimentos do mercado, dando-se então, de fato, a desregulação.²⁹

Mesmo que hoje não mais se propugne a desregulação como um paradigma a ser adotado de maneira universal,³⁰ reconhece-se que em alguns setores poder vir a ser benéfica. Noutras palavras, o Estado, em alguns setores e nos momentos em que isto for possível, deve deixar espaços de sua esfera normativa ao livre desenvolvimento do chamado *ius mercatorum*, desenvolvido pelas empresas em suas relações negociais.³¹

(29) Como, na forma vista acima, não distinguimos a regulação da regulamentação, que podem diferenciar-se apenas como aspectos do mesmo fenômeno, também não distinguimos a desregulação da desregulamentação. Para os autores que fazem a distinção, no entanto, a desregulamentação consistiria em uma mera diminuição e racionalização das regras de intervenção do Estado na economia, e a desregulação alcançaria o próprio absentismo estatal em relação à economia. Para uma ampla exposição sob esta perspectiva, ver Didier LINOTTE, Raphaël ROMI e Achille MESTRE, para quem a desregulação “*é característica, por definição, do liberalismo, ou mais precisamente de um liberalismo radical*”, que, apesar de nunca ter sido realmente implantado, só alcançou alguma considerável aplicação nos Estados Unidos da América do Norte e no Reino Unido (*Services Publics et Droit Public Economique*, Ed. Litec, Paris, 1995, 3. ed., p. 331 a 340). No mesmo sentido, Ivo DANTAS, *Direito Constitucional Econômico*, Ed. Juruá, Curitiba, 2000, p. 162. Na senda por nós seguida, Eros Roberto GRAU, ob. cit., p. 90 a 106. Este autor, criticando “**a visão idílica da regulação pelo mercado**”, vez que o próprio capitalismo necessita de normas estatais de intervenção na economia”, afirma que “**a desregulação de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sob novas formas, de regulação. Desde essa perspectiva, pretender-se-ia desregulamentar para melhor regular**” (grifos nossos, itálicos do autor).

(30) Deve-se notar, inclusive, que “*nos Estados Unidos, a desregulação em matéria de transportes se traduziu em graves prejuízos para os cidadãos residentes em pequenas cidades ou em localidades rurais*” (DEMPSEY, apud Eva Desdentado DAROCA, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Ed. Tirant lo Blanche, Valencia, 1999, p. 166).

(31) Ivo DANTAS, ob. cit., p. 161.

Considerável cautela, no entanto, deve ser observada: Estado e sociedade não são compartimentos estanques;³² interpenetram-se e auto-identificam-se mutuamente, o que faz com que a crise hoje vivida seja de ambos – do Estado e da própria sociedade –, e que, em sendo assim, a preponderância absoluta, quer do Estado, quer da sociedade, não é a melhor solução.³³

Ademais, segundo expõe DELMAS-MARTY,³⁴ há dois grandes paradoxos no fenômeno da desregulação. Em primeiro lugar, “apesar da ilusão semântica, a desregulação não é o inverso da regulamentação, mas uma reestruturação das normas segundo outros mecanismos, mais opacos e complexos”, que “não cessam de se expandir, de se romper e de se renovarem, mas que não suprimem as formas tradicionais de regulamentação, que estão sempre se impondo e se aprofundando”. Em segundo lugar, como as normas oriundas da desregulação ou auto-regulação (não pública) se desenvolvem em um “campo aberto e heterogêneo, organizado por conexões múltiplas”, longe de importar em diminuição e racionalização das normas, acabaram por acarretar a sua proliferação de maneira dispersa e indeterminável, com sérios riscos à segurança jurídica.

Condensando este item, podemos enumerar como possibilidades de regulação *lato sensu* da economia,³⁵ (a) a regulação estatal, feita pelas regras emitidas por órgãos do próprio Estado, mesmo que deles participem representantes de organismos intermédios da sociedade; (b) a regulação pública não-estatal, feita por entidades da própria sociedade, mas por delegação ou por incorporação das

(32) E, de fato, a interpenetração existente entre Estado e sociedade torna verdadeira a assertiva de Dietrich Jesch, segundo a qual hoje, a bem da verdade, “já não há sociedade sem Estado, nem o Estado pode ser entendido sem a sociedade” (Apud Paulo OTERO, **Vinculação e Liberdade de Conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado**, Ed. Coimbra, 1998, p. 16).

(33) José Maria Souvirón MORENILLA, *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, p. 37/8.

(34) *Trois Défis pour un Droit Mondial*, Éditions du Seuil, Paris, 1998, p. 77 e 84. O autor alude a “*déréglementation*” e a “*régulation*” indistintamente, não utilizando o termo “*dérégulation*”.

(35) O conceito jurídico de regulação estatal da economia acima formulado abrange apenas a hipótese “a”.

suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (c) a regulação privada, levada a cabo autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas, sem qualquer delegação ou chancela estatal; e (d) a desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.

(c) Regulação, Poder de Polícia e Administração Ordenadora.

O poder de polícia é um dos temas do Direito Público que mais está a merecer atualização. Remonta ele a épocas em que o Estado possuía uma competência “natural” e genérica para conformar os direitos individuais a um metafísico “interesse público”.³⁶

Em um Estado Democrático de Direito, a noção tem que, ao mesmo tempo, ser claramente limitada pelo conteúdo das leis, e ampliada para contemplar facetas regulatórias não existentes no Estado liberal-burguês que lhe deu origem.

Fala-se, assim, “*de uma deformação do conceito tradicional de polícia administrativa que tenha como objeto a intervenção no domínio econômico. A esta finalidade correspondem medidas tais como a fixação de preços, as autorizações em matéria de agricultura, indústria e comércio, ou as proibições nas mesmas áreas, entre outras. Compreende, enfim, toda a variada gama de técnicas restritivas e moduladoras da liberdade de indústria e comércio, por meio das quais o Estado desenvolve um importante meio de atuação. Esta atividade, fundada em um interesse público para assegurar a “ordem pública econômica”, que apresenta uma importante semelhança com a atividade de polícia, é também conhecida com o nome de regulação das atividades econômicas*”.³⁷

Na doutrina brasileira, uma das mais profícuas revisões que o conceito de poder de polícia recebeu deve ser creditada a Carlos

(36) “A noção tradicional de poder de polícia pode presumir, ainda que indevidamente, a existência de poderes não previstos em lei, mas supostos na competência para cuidar da boa ordem da coisa pública” (Carlos Ari SUNDFELD, *Direito Administrativo Ordenador*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 11).

(37) Eduardo J. Rodríguez CHIRILLO, *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 461/2.

Ari SUNDFELD, que propugnou pela substituição do poder de polícia pela noção de Direito Administrativo Ordenador, em contraposição ao Direito Administrativo Prestacional,³⁸ e que corresponderia à *“parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo que lhe é próprio”*. De se destacar neste conceito, portanto, dois elementos básicos: 1) por ser função administrativa, não deve ser confundida com a delimitação dos direitos por meio da lei, o que se costuma definir como poder de polícia em sentido amplo; 2) a administração ordenadora encontra-se no campo das atividades privadas, ou seja, num campo de relação genérica com o administrado, e não de relação especial, mantida, por exemplo, entre a Administração e um concessionário de serviço público.

“Regulação”, por sua vez, parece que assume sentido mais amplo do que se deu em relação à administração ordenadora e ao poder de polícia. A doutrina de Direito Econômico faz uso deste termo para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, o Estado desempenha a regulação tanto quando tem vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão).³⁹

Malgrado a higidez técnica das lições transcritas, entendemos que o deslinde da distinção entre o poder de polícia e a regulação depende do ponto de vista onde nos colocamos. Se partirmos de um conceito de poder de polícia tradicional, oitocentista,⁴⁰ consis-

(38) **Direito Administrativo Ordenador**, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997. Ressalta o autor que não é mera troca de rótulos, mas a adoção de uma nova postura metodológica.

(39) Conrado Hübner MENDES, **Reforma do Estado e Agências Reguladoras**, constante da obra coletiva **Direito Administrativo Econômico**, coordenada por Carlos Ari SUNDFELD, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 116.

(40) *“Essa concepção, embora pertinente e útil, deixaria de fora do âmbito do Direito Econômico, toda ação repressiva de polícia econômica que se pratica não mais em nome do direito liberal, mas do controle estatal da economia”* (Fernando Herren

tente na mera fiscalização da atividade para que não cause prejuízos à coletividade, certamente o âmbito conceitual da regulação será bem mais amplo que o de poder de polícia. Propugnamos, ao revés, um conceito de poder de polícia que seja adequado ao Estado democrático de Direito, isto é, que seja funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão.⁴¹

Sob esta perspectiva, o conceito de poder de polícia se aproxima do conceito de regulação, apesar de não alcançá-lo *in totum* por não abranger a regulação dos serviços públicos.

(d) Classificação das Regulações Estatais da Economia.

A regulação estatal da economia é, dada a grande multiplicidade dos modos e dos instrumentos utilizados, um dos temas aos quais a doutrina mais tem se dedicado para sistematizar. Assim, pode distinguir-se a regulação conforme seja levada a cabo por meios de direito público ou de direito privado; conforme se esgote em leis ou exija também ações administrativas etc. Veremos apenas as classificações mais relevantes para a definição do conceito de regulação.

As regulações estatais da economia podem se valer de instrumentos puramente jurídico-coercitivos, ou combiná-los com mecanismos consensuais, econômicos, financeiros ou meramente materiais,⁴² o que faz que possamos classificá-las, respectivamente, como “regulações diretas”, consistentes em ordens juridicamente vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão

AGUILLAR, **Controle Social de Serviços Públicos**, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 100).

(41) Caio TÁCITO, “Serviço de Utilidade Pública. Autorização. Gás Liquefeito de Petróleo”, *in* **Temas de Direito Público**, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, 2º Vol., p. 1.236.

(42) Segundo Claude-Albert COLLIARD, trata-se de “um problema da moda”: “*Antigamente havia o direito e o não-direito. Era como o preto e o branco. Havia uma separação absoluta e nenhuma osmose. Hoje, e em muitas disciplinas, se distingue o direito, o pré-direito, o para-direito etc., às vezes até se empregam palavras anglo-saxônicas: se fala de soft-law, de hard-law. Tudo isto é intelectualmente muito interessante, mas revela as dificuldades e talvez a riqueza de um mundo que não se adapta bem a classificações muito rígidas*” (**Les Autorités Administratives Indépendantes**, coord. Claude-Albert COLLIARD e Gerard TIMSIT, PUF, 1988, p. 258/9).

ou prestação, e como “regulações indiretas”, pelas quais a finalidade pública é atingida, não pela coação, mas por incentivos ou meios adaptados a outros fins (incentivos fiscais, gestão seletiva e funcionalizada dos gastos públicos etc.).⁴³

Cumpra também distinguir, quanto à finalidade, a *regulação imediata da economia*, da *regulação mediata da economia*.⁴⁴ Na última temos a regulação social *lato sensu*, ou seja, a busca da realização das finalidades sociais do Estado, com reflexos na economia (por exemplo, quando a Agência de Vigilância Sanitária veda a presença de certos produtos químicos no tabaco, está atendendo à obrigação estatal de velar pela *saúde* da população). Nela “o Estado não intervém *na* economia, mas sim, *sobre* a economia”.⁴⁵ Já a regulação estatal imediata da economia se dá quando o Estado visa a objetivos econômicos propriamente ditos, atuando deliberadamente sobre a produção, a circulação ou o consumo de mercadorias (por exemplo, ao coibir a concentração do poder econômico).

Como conclusão, podemos conceituar a regulação estatal da economia como o **conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.**

É nesta perspectiva, que o jurista, as entidades e os órgãos reguladores devem estar atentos para paradigmas regulatórios como a administrativização, fluidez, consensualidade, reflexividade, consensualismo, valorização dos resultados em relação aos meios, permeabilidade aos demais subsistemas sociais etc. Não deve, contudo, perder de vista as finalidades que devem inspirá-lo, quais sejam, a busca da efetividade das medidas regulatórias e da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

(43) Vital MOREIRA, ob. cit., p. 145/6.

(44) Para a realização das considerações expendidas neste parágrafo foi de grande importância o intercâmbio de idéias com Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO.

(45) Luis S. Cabral de MONCADA, *Direito Económico*, Coimbra Editora, 2. ed., 1988, p. 33.