



Os impactos e as perspectivas da regulação estatal sobre as atividades econômicas

Impacts and prospects for government regulation of economic activities

Gabriel Placha

Advogado, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba, Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Direito Econômico da Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário Franciscano (FAE), Curitiba, PR - Brasil, e-mail: gabrielpacha@hotmail.com

Resumo

Com a reforma do Estado, que levou ao suprimento do modelo totalmente liberal para uma política social e de maior participação estatal, a adoção do modelo regulatório, para o desempenho das atividades de interesse público, surge como solução política para que a administração pública possa cumprir com suas funções. Contudo, a ordem econômica na Constituição garante a livre iniciativa e a concorrência, sem afastar o aspecto da promoção social. Assim, a atividade regulatória necessita de instrumentos para sua implementação, desde que observados os direitos individuais. O Estado regulador adota uma forma de governo progressivo, em que a função estatal está voltada para o incentivo, fiscalização, planejamento e fomento de determinados setores considerados estratégicos e de interesse

público, regulando a atuação dos agentes econômicos envolvidos nessas atividades. Por isso é que se pretende expor de que forma ocorre o exercício da regulação estatal sobre as atividades econômicas e seus efeitos.

Palavras-chave: Estado regulador. Atividade regulatória. Regulação econômica.

Abstract

With the reform of the State, that led to fully supply the model for liberal social policies and greater state participation, the adoption of the regulatory model, to carry out activities of public interest, emerges as a political solution for the government to fulfill its functions. However, the economic system in the Constitution, ensures free enterprise and competition, Without ruling out the aspect of social promotion. Thus, the regulatory activity needs instruments for its implementation, observed that since the individual rights. The regulatory State adopts a progressive form of government, where the state function is focused on surveillance, encouraging, planning and promotion of certain sectors considered strategic and public interest, regulating the activity of economic agents involved in these activities. Why do you want to expose how is the exercise of state regulation on economic activities and their effects.

Keywords: Regulatory state. Regulatory activity. Economic regulation.

Introdução

O exercício da atividade regulatória

O exercício da atividade regulatória decorre da diminuição da interferência direta do Estado na ordem social e econômica,¹ que passa a orientar e ordenar as situações que exigem atuação estatal específica,

¹ Não significa que o exercício da atividade regulatória apenas incida sobre as atividades privadas, embora isso seja preponderante, pois os órgãos estatais também estão sujeitos à regulação, na medida em que assumem tarefas e compromissos estabelecidos pela política regulatória estatal.

e esse afastamento contribui para a estabilidade dos setores regulados, pois cria um ambiente favorável para que novos empreendimentos possam ser desenvolvidos.

Isso decorre da adoção do modelo de regulação independente em que as instabilidades políticas não refletem, necessariamente, sobre a orientação regulatória, vez que os critérios técnicos prevalecem na ordenação das atividades privadas, garantindo um cenário de maior segurança e certeza jurídica e diminuindo o risco de ingerências partidárias.

O exercício da atividade regulatória necessita de uma estrutura administrativa específica e adequada, voltada para garantir que as políticas públicas (VILLELA SOUTO, 2004, p. 183-186) desenvolvidas pelo Estado possam ser aplicadas e cumpridas.²

O modelo atual é de eficiência, com o Estado dirigindo o processo por meio da atividade regulatória, e a estrutura para isso não envolve apenas as entidades reguladoras, mas o próprio Poder Público na qualidade de agente regulador e não prestador de direito para atender a todas as necessidades coletivas.

A atividade regulatória é exercida de forma complementar. Prevalece a livre iniciativa, cabendo à sociedade em geral exercer atividades

² Ao Estado cabe a formulação de políticas públicas de acordo com as necessidades e expectativas da coletividade, que consistem em identificar prioridades e definir um plano de ação governamental para atender a essas aspirações e solucionar problemas. É uma espécie de diagnóstico para pautar a atuação estatal, definindo quais instrumentos serão utilizados e de que maneira o Estado irá manejar estruturas e recursos públicos nessa empreitada. Segundo Villela Souto (2004, p. 183-186), a “formulação de políticas públicas cabe àqueles que recebem diretamente da sociedade o poder de traduzir essa proposta de ação em um programa de ação estatal. Daí porque, por força do princípio democrático, esse tipo de atividade é inalienável, intransferível do setor público para o setor privado, sob pena de se violar a própria democracia. [...] A idéia é que a política pública deve ser formulada pelo núcleo estratégico do Estado, pelas autoridades políticas; uma vez formulada e conhecida de todos, fruto de um processo democrático, que verifica os desejos da coletividade e materializa nas leis, ela vai ser implementada”. Por meio da outorga de atividade aos particulares, as políticas públicas podem ser implementadas sem a presença do Estado. Por outro lado, quando as circunstâncias exigirem a presença do Estado, as políticas públicas serão implementadas por meio das funções estatais, podendo ocorrer, por meio do exercício da regulação, com a definição de uma política regulatória para essa finalidade.

permitidas, na busca de seus objetivos, restando ao Estado a função de regular setores específicos e que necessitam de interferência para atingir resultados benéficos para a coletividade, zelando pelo interesse público e agindo quando ocorrer a turbação da ordem.

O exercício da atividade regulatória pode ser amplo ou restrito. Será amplo quando a incidência regulatória ocorrer de maneira geral, sem considerar a atividade desenvolvida.³ De maneira restrita, o exercício da atividade regulatória leva em consideração características de determinado setor, incidindo sobre atividades específicas.⁴

De qualquer maneira, o exercício da atividade regulatória é um processo que decorre das anomalias econômicas e das distorções sociais, exigindo que Estado busque corrigir essas falhas, para que se possam verificar resultados adequados aos ditames constitucionais.

Instrumentos de regulação

O instrumental para o exercício da atividade regulatória deve ser adequado para o desenvolvimento da regulação como uma nova forma de atuação do Estado sobre os setores que necessitam de interferência estatal.

O instrumento de regulação mais comum é a norma jurídica, a qual exige dos agentes regulados determinadas condutas omissivas ou comissivas de cumprimento obrigatório, que, uma vez não observadas, ensejam a aplicação da sanção prevista pelo poder estatal.

Embora o exercício da atividade regulatória seja predominantemente normativo, também pode se valer de instrumentos promocionais, como forma de incentivar condutas, e ainda de instrumentos de consenso, em vez de meios coercitivos.⁴ Quando isso ocorre, o Estado, no exercício da atividade regulatória, não impõe comandos e determinações, mas orienta

³ É o caso da defesa da concorrência e da proteção das relações de consumo, em que a regulação estatal não considera uma atividade em particular, mas a coletividade dos agentes envolvidos.

⁴ Até mesmo porque esses fatores são características da atividade regulatória.

e sugere condutas que muitas vezes acabam sendo espontaneamente adotadas (JUSTEN FILHO, 2005, p. 454).

Os instrumentos regulatórios podem ser de ordem finalística, prudencial ou condicional (JUSTEN FILHO, 2002, p. 45-46). Os instrumentos finalísticos são aqueles em que existe um valor eleito e se adotam meios e formas para a prevalência do interesse escolhido.⁵ Os instrumentos de regulação prudencial visam à promoção de um valor escolhido a partir da avaliação de uma situação concreta de conflito de interesses.⁶ Já os instrumentos condicionais impõem regras de conduta, vedando práticas contrárias às regras estabelecidas.⁷

Tais instrumentos são utilizados no exercício da atividade regulatória para suprir as deficiências socioeconômicas, visando, ainda, à realização de valores, econômicos ou não, e que são definidos de acordo com a opção regulatória adotada.

Regulação econômica

A chamada interpretação ou consideração econômica do Direito não tem origem na recente discussão em torno do novo modelo de Estado regulador, mas decorre, sobretudo, do próprio conteúdo econômico de algumas normas jurídicas.⁸

Com isso, ao longo dos últimos séculos o Estado percebeu que sua atuação – positiva ou negativa – na economia se tornou fundamental.

⁵ Instrumentos de controle e fiscalização em geral.

⁶ Instrumentos decorrentes de competência decisória.

⁷ Instrumentos de repressão.

⁸ O Direito Tributário, por exemplo, graças ao seu objeto, adota com frequência a interpretação econômica, conforme ensina Liz Coli Cabral Nogueira (1974, p. 381): “conseqüentemente, aboliram-se os critérios apriorísticos e de interpretação restrita, sendo admissíveis em direito tributário todos os métodos de interpretação. [...] Dentre eles, ressalta pela sua importância e conseqüências, a chamada interpretação segundo a realidade econômica, que nada mais é do que um método de interpretação jurídica de caráter teleológico, como finalístico é o próprio conjunto de normas que compõe o Direito Tributário”.

O Estado, inclusive o brasileiro, adotou diversas posturas diferentes, que variaram da total neutralidade ao intervencionismo exacerbado sobre a ordem econômica.⁹

Atualmente, o Estado busca uma posição de equilíbrio em sua atuação sobre o domínio econômico, de modo a não tolher a iniciativa privada, mas também de modo a garantir o funcionamento adequado do mercado, com proteção da concorrência e das relações de consumo (FRISON-ROCHE, 2005b, p. 192). O Estado passa a atuar muito mais como dirigente e orientador do que executor de atividades econômicas.¹⁰

Após um período em que a política econômica brasileira se preocupou em estabilizar a moeda e conter a inflação de maneira intervencionista, promovendo, ainda, alguns melhoramentos em infraestrutura, houve uma transição para o modelo de regulação estatal, porque a ordem econômica isoladamente não tem condições de assegurar o funcionamento adequado do mercado.¹¹

Embora o Estado se afaste, até certo ponto, os fenômenos econômicos continuam sendo de interesse estatal. Isso porque o exercício das atividades econômicas envolve fatores individuais e coletivos que ainda precisam ser disciplinados pelo poder público (VILLELA SOUTO, 2003, p. 4-5).

⁹ “A ordem econômica brasileira refletiu tal perfil intervencionista-produtivo estatal até as reformas da década de 1990, que pretenderam inverter essa configuração ao prestigiar a abstenção interventiva, unida à regulação normativa do domínio econômico privado (idealmente tida como exógena e mínima). Além disso, deu-se a fragmentação das competências regulatórias no plano federal, que não encontrou equivalente em todos os Estados e Municípios. O governo federal passou a ser considerado como um retirante do cenário econômico – invertendo-se a lógica do sistema anterior” (MOREIRA, 2004b, p. 68).

¹⁰ “A ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter de pervasividade [sic], com a multiplicação de normas legais de toda a espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e a aplicação de suas normas” (NUSDEO, 2001, p. 204).

¹¹ “Assim é que o *novo desempenho do Estado na economia*, sob a égide deste binômio – *competição e eficiência* – evolui do papel *conformativo do mercado*, próprio das regulamentações diretas e indiretas, e do papel *substitutivo do mercado*, próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas, para tornar-se (1) *regulador do mercado*, (2) *alocador de recursos*, (3) *parceiro econômico* e (4) *fomentador econômico*” (MOREIRA NETO, 2005, p. 107, grifos do autor).

Ocorre, então, que o Estado passa a exercer o controle de atividades econômicas para adequá-las aos valores constitucionais (BRITO; DELPIAZZO, 1998, p. 70), sendo a intensidade dessa interferência estatal limitada pela própria Constituição.

Dessa forma, deve prevalecer a livre iniciativa como princípio, tendo a incidência regulatória espaço nas atividades econômicas somente quando houver justificativa para essa ação estatal.¹²

Até mesmo porque a regulação econômica não é uma manifestação absoluta e ilimitada. A incidência regulatória sobre a dinâmica das atividades econômicas ocorre de maneira subsidiária, limitando algumas liberdades com a finalidade de promover valores constitucionais. Nas situações em que se verificar que a formação dos processos econômicos esteja a produzir os efeitos benéficos desejados de maneira espontânea, não se exige a incidência regulatória.¹³

A regulação econômica tem a finalidade de assegurar que a economia e o mercado funcionem de maneira equilibrada, atividade essa que é uma das atribuições do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica.¹⁴ Contudo, a regulação econômica não se restringe a isso, pois toda vez que seja necessário que o Estado conduza ou coordene o processo econômico haverá incidência regulatória.

Por isso é que a regulação econômica “compreende toda atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo)” (MARQUES NETO, 2003, p. 71). Ou seja, quando ocorre a participação direta do

¹² É o que Egon Bockmann Moreira (2004a, p. 81-82) denomina de “intervenção sensata nas economias capitalista”.

¹³ “Do contrário, o âmbito onde se encontram oferta e demanda receberia indicações falsas ou artificiais, alternando-se o sistema natural de formação dos preços e das condições das transações que incidem sobre eles. Sabe-se, pela experiência dos sistemas interventores, que o custo dos mecanismos estatais que incidem artificialmente sobre o mercado termina sendo pago pela própria comunidade, sobre cujos membros recaem os efeitos nocivos de uma econômica ineficiente” (CASSAGNE, 1995, p. 98).

¹⁴ Artigo 174 da Constituição da República.

Estado na economia, não se trata de regulação, mas de exercício de atividade econômica.¹⁵

Contudo, ainda que a regulação econômica seja indireta, pois não há limitação completa da livre iniciativa nem a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ainda assim significará alguma forma de restrição. Isso porque o Estado interfere sobre a ordem econômica para disciplinar o exercício das atividades privadas, estabelecendo regras e limites. De outro lado, incentiva e fomenta, estimulando o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

Em um cenário em que inúmeras forças atuam para alcançar objetivos diferentes, e que muitas vezes são incongruentes, o Estado deve garantir, por meio do seu poder, que a ordem econômica possa gerar benefícios coletivos.¹⁶ A regulação econômica irá ocorrer quando, de maneira natural, a ordem econômica não estiver apta a concretizar de forma adequada e satisfatória os princípios pelos quais deve se orientar, não produzindo de maneira eficiente os resultados desejados.

Essa ineficiência econômica reproduz resultados negativos que geram falhas no mercado, deficiência na concorrência, desequilíbrio nas relações de consumo e abuso de poder econômico, efeitos esses que devem ser corrigidos pelo Estado.

¹⁵ “O direito da regulação econômica se realiza, em grande parte, sobre as cinzas da organização econômica construída em torno de monopólios estatais prestadores de serviços públicos e dentro da perspectiva da globalização” (FRISON-ROCHE, 2005a, p. 207).

¹⁶ Stigler (2004, p. 24-25) pondera que a regulação econômica tem como objetivo primordial a proteção e o benefício do público em geral ou de grande parcela da coletividade. Assim, quando uma medida de regulação econômica acarrete prejuízos para o público, entende-se que se trata de um custo necessário para atingir uma finalidade maior ou, de maneira eventual, que isso representaria “perversões da filosofia regulatória”. Por isso, o autor aponta como grande dilema da regulação econômica a dificuldade de utilizá-la de maneira adequada para não causar maiores distorções do que aquelas que se pretende corrigir com a incidência regulatória.

Regulação dos mercados

Durante muito tempo, as atividades econômicas e suas consequências foram estabelecidas livremente pelo mercado. Os agentes econômicos exerciam com liberdade plena e absoluta suas atividades para desenvolver seus empreendimentos, de forma que o Estado se abstinha de exercer qualquer regramento sobre o domínio econômico.

Havia uma espécie de autodeterminação por parte dos participantes do processo econômico, sendo a livre concorrência o aspecto mais contundente desde o período que vigorou até aproximadamente a metade do século XIX,¹⁷ com a atuação estatal sendo exigida somente para garantir as próprias regras naturais do mercado.¹⁸

Até então, pouco se falava em atuação do Estado no domínio econômico, muito menos em regulação econômica. Assim, apenas os agentes mais aptos a enfrentar a concorrência tinham condições de sobreviver em um ambiente de competição sem restrições.

Ocorre que esse cenário exigia que as relações econômicas fossem equilibradas em um ideal de igualdade de competição e concorrência. Entretanto, essa *perfeição* do mercado não foi verificada, pois não era possível evitar a dominação por meio do abuso do poder econômico e de atos de concentração, que são falhas estruturais da economia de mercado.

¹⁷ No fim do século XIX surge o movimento progressista dos Estados Unidos da América, com o objetivo de rever o regime de mercado, para o fim de avaliar suas distorções e encontrar soluções adequadas para as falhas decorrentes do processo econômico liberal, sendo uma de suas intenções atribuir ao Estado a função de conduzir e direcionar a ordem econômica, sem, contudo, interferir na sua evolução histórica (NUNES, 2003, p. 182).

¹⁸ A situação natural em questão seria o que se denomina de *concorrência perfeita*, que, segundo Paulo Henrique Rocha Scott (2000, p. 42), agregaria os seguintes elementos: “a) grande número de compradores e de vendedores em interação recíproca; b) nenhum deles suficientemente importante a ponto de exercer qualquer influência nas condições de compra ou de venda de determinados produtos; c) homogeneidade do produto objeto das operações; d) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, quanto ao acesso e retirada do mercado; e) pleno acesso dos operadores a todas as informações relevantes; f) ausência de economia de escala; g) ausência de economias externas”.

Essas circunstâncias ocasionaram um alerta, graças à ineficiência da economia de mercado baseada na ampla liberdade sem a disciplina necessária, o que gerou custos elevados para a sociedade.¹⁹ Esses fatores se revelaram de maneira mais evidente após a Revolução Industrial, já que o processo econômico decorrente das atividades industrializadas produziu efeitos nocivos sobre a ordem econômica e, por consequência, sobre a ordem social.²⁰

Pelo liberalismo, entendia-se que o mercado não necessitava de regulação estatal, pois o pressuposto era de que as atividades econômicas se adequariam espontaneamente pela concorrência (MARQUES; MOREIRA, 2003, p. 13).

Contudo, o mercado já se revelou como fator insuficiente para produzir espontaneamente as metas e finalidades que devem ser alcançadas pela ordem econômica. Ainda que o mercado seja o propulsor do progresso em inúmeros sentidos, apenas pelas suas forças não são alcançados todos os objetivos de desenvolvimento em outras áreas necessárias.

Por força disso, o Estado passou a exercer, em caráter intervencionista, seu poder sobre o domínio econômico. Após, e de maneira gradual, o Estado deixou de intervir diretamente sobre as atividades econômicas,²¹ para, então, assumir o papel de regulador da ordem econômica.²²

¹⁹ “Por isso, se queremos salvar a dinâmica da sociedade livre há que se colocar mais ordem, mais razão e mais justiça no funcionamento do mercado” (BRITO; DELPIAZZO, 1998, p. 69).

²⁰ “A Revolução Industrial trouxe consigo grandes monopólios, companhias concentradas e integradas verticalmente, além de intensa urbanização, favelização [sic] e relações trabalhistas conturbadas. Neste contexto, grupos fragilizados tais como atacadistas, pequenos comerciantes, pequenas manufaturas, sindicatos, intelectuais progressistas, entre, outros, sentiam-se ameaçados pelo poder dos monopólios” (NUNES, 2003, p. 182).

²¹ Essa *desintervenção* do Estado, porém, não significou o retorno do liberalismo clássico, com a adoção das leis do mercado, mas apenas a adoção da atividade regulatória para ordenar o processo econômico.

²² Sérgio Varela Bruna, citando William H. Clune (*The political origins and political process of regulation: what we can learn from a positive political analysis*), indica que houve dois momentos históricos distintos da regulação dos mercados: “o primeiro, voltado a *facilitar* as relações econômicas, compreenderia normas relativas a campos como o Direito das Obrigações, os direitos de propriedade, o Direito antitruste, a defesa nacional, entre outros, regras essas necessárias à racionalização de instituições e práticas sociais ‘economicamente racionais’. Uma segunda fase da regulação da

Entretanto, convém assinalar que, mesmo nos Estados liberais, o mercado é condicionado ao ordenamento jurídico, que determina de que forma as relações econômicas são disciplinadas, ocorrendo alguma restrição.

Assim, de uma maneira ou de outra, verifica-se que, salvo onde não há poder constituído e ordem institucionalizada, “todos os mercados são regulados, variando somente a intensidade dessa regulação” (BRUNA, 2003, p. 27).²³

Portanto, haverá maior ou menor incidência regulatória sobre o mercado, considerando as circunstâncias de dadas modalidades de atividades econômicas ou de serviços públicos,²⁴ cujas características específicas irão determinar a intensidade da regulação,²⁵ e também pelos fatores políticos, históricos e institucionais de cada Estado.²⁶

Por isso, Marie-Anne Frison-Roche (2005a, p. 209) assim esclarece:

a economia de mercado nunca significou a ausência de direito, mesmo na concepção mais minimalista do enquadramento jurídico da economia. Primeiramente, um mercado é um sistema de trocas que se relaciona com os princípios liberais de livre acesso para os que realizam a

atividade econômica seria marcada pelo propósito de *controlar* o mercado, uma vez que os riscos inerentes ao capitalismo acabam gerando um desejo de proteção contra os males advindos do processo econômico. Nesse campo enquadrar-se-iam o controle de preços, a política monetária, os incentivos fiscais e a leis de proteção ao trabalhador, aos consumidores, ao meio ambiente, além de outros” (FRISON-ROCHE, 2003, p. 28).

²³ “Pode-se entender, nestes termos, que a própria Constituição Federal reconheça, para certos mercados, regulações ostensivas, tendo em vista o interesse público relevante, aliado às dificuldades de pleno funcionamento do princípio do livre mercado. É o caso, por exemplo, do mercado relativo a combustíveis (CF art. 177), transporte (art. 178), serviços públicos sob regime de concessão ou permissão” (cf. FERRAZ Jr., 2003, p. 218).

²⁴ Quando prestados em regime de competição.

²⁵ É o caso de atividades econômicas que sofrem maior ou menor fiscalização e controle de acordo com suas particularidades, como o mercado de bebidas alcoólicas e de tabaco, que exige monitoramento por se tratar de atividades que envolvem a produção de produtos nocivos à saúde e que, por isso, restrições e proibições são tidas como legítimas.

²⁶ A maior ou menor incidência regulatória, muitas vezes, representa a opção por determinada política econômica adotada por um governo.

oferta, de competição possível entre eles, e de liberdade dos que procuram adquirir, todo esse conjunto, tendo como pressuposto a liberdade contratual e a propriedade privada.

Complementando, Eros Roberto Grau (2005, p. 30), citando Natalino Irti, assevera que

o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um locus naturalis – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um locus artificialis.

O que ocorre, portanto, é que o mercado não tem a capacidade de, isoladamente e espontaneamente, promover o desenvolvimento econômico de maneira adequada e sem distorções. Por isso, a economia de mercado sofre a incidência do ordenamento jurídico, para se adequar aos ditames e regras que lhe são exigidos.²⁷

Conforme ensina Pedro Dutra (2003, p. 193, grifo do autor):

a regulação dos mercados econômicos é uma forma efetiva de intervenção estatal na economia e assim incontestavelmente limita, em defesa do interesse público, a livre iniciativa, ao contrário do que defendem os neoliberais, que a querem menos preceituada possível.

Ao Estado cabe, dessa forma, a função de regular o mercado, para corrigir suas falhas, por meio de instrumentos jurídicos de controle, fiscalização e restrição das atividades econômicas.²⁸ A regulação dos mercados

²⁷ É exatamente o que ocorre no ordenamento constitucional brasileiro, em que a ordem econômica está pautada em princípios que devem ser necessariamente observados.

²⁸ Em outro sentido, Salomão Filho (2001, p. 42), afirma que a regulação “não visa a eliminar falhas do mercado, mas sim a estabelecer uma pluralidade de escolhas e um amplo acesso ao conhecimento econômico, que jamais existirá em um mercado livre”.

serve para manter o equilíbrio que não se verifica enquanto o contexto é de ampla e irrestrita liberdade de competição.

Nesse aspecto, da regulação enquanto instituto jurídico, sua finalidade é de garantir o funcionamento do mercado de maneira racional (MOTTA, 2004, p. 79), para que o desenvolvimento econômico seja um meio de inclusão e não de exclusão socioeconômica.

Assim, a regulação não visa a suprimir os mercados. Visa a promover a competição como forma de aumentar a eficiência do mercado em produzir seus resultados financeiros, bem como promover o avanço e desenvolvimento das relações sociais pelo progresso econômico. A regulação, dessa forma, objetiva garantir o adequado funcionamento da economia, bem como promover os valores que o mercado não tem condições de garantir.

Conclusões

A perspectiva de desregulação, autorregulação e rerregulação

Inicialmente, a adoção de medidas regulatórias surge da necessidade de corrigir as falhas do mercado, estimular a competição, proteger a concorrência e para harmonizar fatores econômicos e sociais. É um longo caminho até que se possa considerar que as relações socioeconômicas estejam adequadas e equilibradas, ainda que somente em determinados setores.

A partir do momento em que o equilíbrio começa a surgir e operar seus efeitos benéficos, existe a tendência de, gradualmente, o Estado reduzir sua atividade regulatória por meio da desregulação (VILLELA SOUTO, 2002, p. 3), o que por vezes representa certo estímulo ao setor (des)regulado.

Embora no aspecto semântico *desregular* possa significar o contrário de *regular*, a desregulação não representa, necessariamente, a ausência de normas (CAPELLA, 2002, p. 265).

A desregulação deve ser entendida como uma forma de regulação, adotada em setores em que essa perspectiva seja a melhor para alcançar os objetivos desejados.

Sobre a desregulação, Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 32) ensina que,

mesmo que hoje não mais se propugne a desregulação como um paradigma a ser adotado de maneira universal, reconhece-se que em alguns setores pode vir a ser benéfica. Em outras 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 mercatorium*, desenvolvido pelas empresas em suas relações negociais.

Por meio da desregulação, o Estado diminui sua interferência sobre determinadas atividades, as quais já não mais estão a exigir atuação estatal específica. Isso porque os agentes privados produzem e acatam normas próprias das atividades que desenvolvem, que são tidas como legítimas por representar a vontade dos quem compõem determinado segmento da sociedade.²⁹

É que a evolução das relações socioeconômicas é acelerada face à produção jurídica de monopólio estatal, que se torna arcaica e acaba sendo substituída por práticas usuais adotadas na esfera privada,³⁰ sem, contudo, afastar a autoridade do Estado, mas dispensando a necessidade de que sejam estabelecidos marcos normativos positivados para determinadas atividades privadas.

Não significa que o setor não sofrerá mais regulação. Se constatada a necessidade de atuação pública, o Estado pode voltar a interferir para corrigir eventuais discrepâncias ou outros motivos que assim o justifiquem, tomando as providências cabíveis.

A desregulação parte da perspectiva de que algumas atividades devem ter maior liberdade para seu exercício, sem causar prejuízos aos agentes que participarem do processo ou dos que sofrem os efeitos de

²⁹ v.g. *lex mercatoria*.

³⁰ “Os instrumentos estatais de mediação, e fundamentalmente a jurisdição, que exige *tempo e formas* – condição das garantias – para conhecer e decidir, resultam inoperantes e obsoletos para os grandes agentes econômicos atuais, os quais recorrem a instâncias de mediação privadas” (CAPELLA, 2002, p. 266).

determinado setor. O Estado propositadamente deixa de interferir quando não há mais justificativa para tanto.

Nos casos em que o modelo é caracterizado por medidas de cunho intervencionista, a desregulação significa a redução de entraves burocráticos e estímulo do exercício de liberdades que até então não eram plenas, passando o Estado a intervir somente quando necessário para o interesse público.³¹

Por ser a regulação uma atuação que por vezes é pontual, destinada a incidir apenas sobre determinados setores, que no momento exigem atenção especial do Estado, que não regula tudo e a todo tempo, abre-se o espaço para a desregulação como uma derivação da própria atividade regulatória.

A propósito, cabe esclarecer que nos Estados Unidos da América o vocábulo *regulation* é o que, no ordenamento jurídico pátrio, equivale à *regulamentação*, ao passo que *desregulation* coincide com o que, no Brasil, se entende por *regulação* (GRAU, 1996, p. 93).

Se regular significa estabelecer regras, desregular é a redução gradual do regramento estatal sobre as atividades privadas (CARVALHO, 2003, p. 167). Contudo, a desregulação também pode ser vista como a substituição de normas meramente limitadoras de determinadas atividades, pela adoção de medidas baseadas no modelo regulador (MOTA, 2003, p. 193).

Contudo, qualquer que seja o significado de desregulação, sendo somente a diminuição de barreiras ou a eliminação total ou parcial de regras, há que se considerar que em alguns setores não se pode admitir a completa ausência do Estado.³²

Isso porque a presença do Estado ainda é essencial, pois é remota a possibilidade de se alcançar o equilíbrio total na sociedade e no mercado, considerando todas as falhas econômicas e mazelas sociais. A abstenção

³¹ Neste sentido, Carolina Gabas Stuchi (2003, p. 119-120) cita os autores argentinos Juan Carlos Cassagne, José Roberto Dromi e Agustín Gordillo, para os quais a desregulação está inserida no contexto das privatizações.

³² v.g. energia, telecomunicações, aviação civil, etc.

absoluta do Estado ainda é uma imagem difícil de ser visualizada, considerando que ainda existem situações em que a atuação estatal é essencial para prevenir conflitos e solucionar demandas.³³

No entanto, havendo a possibilidade de verificar-se que em alguns setores existem indícios de que o equilíbrio nas relações já começa a apresentar resultados positivos, abre-se espaço para um ambiente em que a presença do Estado é menor ou até mesmo dispensável.

Não significa que a presença do Estado estaria afastada de determinada atividade, em um cenário de abstenção estatal absoluta. São alguns aspectos das atividades privadas que não mais necessitariam de regulação estatal, justamente por estarem sendo exercidos de modo harmônico, sendo eventuais conflitos adequadamente resolvidos na esfera particular.

É o que se denomina de autorregulação ou regulação privada,³⁴ que decorre até mesmo do princípio da subsidiariedade. É um espaço em que a autonomia da vontade está apta a promover valores sem a necessidade da tutela do Estado.³⁵

³³ “Portanto, a conclusão é que cada setor deve sujeitar-se a intervenção estatal em níveis correspondentes às peculiaridades apresentadas. Dito de outro modo, não é admissível advogar em termos absolutos políticas desregulatórias para todos os setores” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 44).

³⁴ “Regulação Privada é um conjunto de medidas de normalização, qualificação, monitoramento, aconselhamento, arbitragem, através das quais uma entidade privada, com ou sem fins lucrativos, influencia e/ou controla, de forma não coercitiva, o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista a obtenção de valores definidos” (PÉREZ, 2003, p. 622).

³⁵ Um exemplo é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar). Sobre a missão do Conar, veja-se o seguinte: “impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o Conar é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Sua missão inclui principalmente o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia de direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O Conar não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados - anunciantes, agências e veículos -, tem sede na cidade de São Paulo e atua em todo o País. Foi fundado em 1980”.

Na verdade, pode-se considerar que a autorregulação é a regra geral, permitindo que os agentes privados possam exercer sua autonomia de vontade, estabelecendo critérios de autodeterminação de suas atividades e, quando isso não for possível – autorregulação –, seja pela natureza da atividade ou de seu objeto, haverá a necessidade de regulação estatal (MOREIRA, 1997, p. 97).

Existe, ainda, a alternativa de rerregulação (JUSTEN FILHO, 2002, p. 45), em que não haveria a tendência de desregulação, mas a substituição por uma regulação mais atualizada e adequada à realidade.

Isso decorre da possibilidade da regulação apresentar defeitos ou até mesmo da verificação de incidência regulatória em excesso sobre determinado setor, produzindo efeitos negativos. Significa substituir a regulação deficiente ou ineficiente por uma nova regulação mais apropriada para promover seus objetivos e atingir suas finalidades.

De qualquer maneira, a atividade regulatória não pode ser utilizada indiscriminadamente e de forma inconsequente, sob pena de ocorrer um fortalecimento despropositado e desproporcional do Estado, principalmente do Poder Executivo, o que daria margem para o surgimento de medidas autoritárias disfarçadas de regulação.

Referências

- ARAGÃO, A. S. de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRITO, M. R.; DELPIAZZO, C. E. **Derecho administrativo de la regulación económica**. Montevideo: [s.n.], 1998.
- BRUNA, S. V. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAPELLA, J. R. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, V. M. de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 157-175.

CASSAGNE, J. C. **Estúdios de derecho público**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Quem somos**. Missão. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

DUTRA, P. Agências reguladoras: reforma ou extinção? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 3, p. 187-197, 2003.

FERRAZ Jr., T. S. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 1, p. 215-225, 2003.

FRISON-ROCHE, M.-A. Definição do direito da regulação econômica. Tradução Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 9, p. 207-217, 2005a.

FRISON-ROCHE, M.-A. Os novos campos da regulação. Tradução Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 10, p. 191-204, 2005b.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, E. R. **A ordem econômica da Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, M. L.; MOREIRA, V. Economia de mercado e regulação. In: MARQUES, M. L.; MOREIRA, V. **A mão visível**: mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13-15.

- MARQUES NETO, F. de A. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 1, p. 67-93, 2003.
- MOREIRA, E. B. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, L.; MOREIRA, E. B. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004a. p. 53-98.
- MOREIRA, E. B. Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 6, p. 67-96, 2004b.
- MOREIRA, V. **A auto-regulação profissional**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, D. de F. O novo papel do estado na economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 11, p. 99-120, 2005.
- MOTA, C. T. da S. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 177-196.
- MOTTA, P. R. F. A regulação como Instituto Jurídico (Segunda parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 5, p. 69-79, 2004.
- NOGUEIRA, L. C. C. A consideração econômica no direito tributário. In: NOGUEIRA, R. B. (Dir.). **Estudos tributários em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 351-384.
- NUNES, E. Agências regulatórias: gênese, contexto, perspectivas e controle. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 2, p. 161-220, 2003.
- NUSDEO, F. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PÉREZ, D. S. Auto-regulação: aspectos gerais. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 607-624.
- SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCOTT, P. H. R. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

STIGLER, G. J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, P. (Coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

STUCHI, C. G. Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 109-124.

VILLELA SOUTO, M. J. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VILLELA SOUTO, M. J. **Direito administrativo da economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VILLELA SOUTO, M. J. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Recebido: 01/03/2011

Received: 03/01/2011

Aprovado: 01/04/2011

Approved: 04/01/2011