

***DIREITO DA REGULAÇÃO
E
POLÍTICAS PÚBLICAS***

CARLOS ARI SUNDFELD
ANDRÉ ROSILHO
(organizadores)

DIREITO DA REGULAÇÃO
E
POLÍTICAS PÚBLICAS

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO

DALTON TRIA CUSCIANO

EGON BOCKMANN MOREIRA

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FILIPPO MARIA LANCIERI

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

JAIR SADDI

JEAN-PAUL VEIGA DA ROCHA

JULIANA BONACORSI DE PALMA

LIANDRO DOMINGOS

MARIANA AUGUSTA DOS SANTOS ZAGO

MATEUS PIVA ADAMI

PAULO ANDRÉ NASSAR

ROBERTO DIAS

DIREITO DA REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Organizadores: Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho
© *sbdp* – Sociedade Brasileira de Direito Público – 2014

ISBN: 978.85.392.0219.5

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205
Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2014

Capítulo V

QUAL É O FUTURO DO DIREITO DA REGULAÇÃO NO BRASIL?*

EGON BOCKMANN MOREIRA

1. Introdução. 2. O direito da regulação econômica. 3. O direito da antiga regulação econômica. 4. O direito da nova regulação econômica. 5. O futuro do direito da regulação econômica. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O “direito da regulação”, entendido como disciplina jurídica autônoma, é recente no Brasil. Até meados da década de 1990 não havia maiores preocupações quanto ao papel do Estado como regulador da economia. Nem tampouco se investigava a fundo o que poderia ser, para o Direito Brasileiro, a regulação econômica. O assunto era circunstancial, secundário (uma subespécie menor), vez que a presença do Estado nas relações econômicas era estruturada por meio de outras técnicas (algumas até inconscientemente). Até então o que se presti-

* Este texto pretende ser uma síntese, breve e incompleta, das reflexões do autor a propósito do direito da regulação brasileiro. As cogitações tomaram consistência no já longínquo 1999, durante o curso “Agências Reguladoras: uma Visão Comparada”, na Sociedade Brasileira de Direito Público/*sbdp*, lecionado pelo Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld. Depois, em 2002, passaram pelo curso de “Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência”, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação/*cedi-pre*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desenvolvido pelo Prof. Dr. Vital Moreira, e desde 2005 são o tema específico da disciplina “Direito Econômico”, lecionada pelo autor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Fica aqui registrada minha gratidão a estes dois professores, que tanto me incentivam, e aos meus alunos, que fazem com que a chama permaneça acesa.

giava era a cisão quase mecânica das atividades estatais pelo binômio “poder de polícia” – “serviço público”. A toda evidência, para a teoria tradicional esta segunda ordem de atividades – os serviços públicos – não poderia albergar a regulação (quem regula não presta benefícios). Devido a isso que o direito da regulação era subsumido ao gênero “poder de polícia administrativa”. Ao lado dessas duas categorias, o Estado também atuava empresarialmente no domínio econômico privado – não exatamente para disciplinar os mercados, mas sim com vistas a neles ingressar devido aos mais variados motivos (ausência de interesse da iniciativa privada, projetos de integração nacional, consolidação do poder político-econômico etc.). O Estado Brasileiro era ou alienígena ou invasor – de fato e de direito – no mundo da Economia.

Contudo, o tempo revelou quão imprópria é tal perspectiva, pois traz consigo uma simplificação com arrimo na concepção liberal-oitocentista do papel do Estado nas relações socioeconômicas. Talvez adequada ao seu tempo e espaço (o século XIX da Europa Continental e respectivas Colônias), a lógica idealizada era a da oposição-exclusão, a do “ou-ou”: *ou* Estado *ou* domínio econômico privado, sem qualquer meio-termo entre os opostos (a visão analítica do princípio do terceiro excluído: *tertium non datur*). Este era o Estado paternalista, que apenas sabia prestar benefícios materiais ou punir seus súditos; excepcionalmente era gentil com suas crianças, mas não conseguia participar da vida delas nem, muito menos, receber críticas e colaborações. Por isso, também, não se fazia substituir: ainda que mal cumprisse suas tarefas, excluía qualquer participação privada em seus domínios (mas, se quisesse, ingressava à força no alheio).

Assim como os particulares não integravam o setor da economia reservado ao Estado (nele só ingressariam se o Poder Público lhes outorgasse o exercício de determinado serviço, por lei ou contrato), ele também era tido como um estranho no ninho do “domínio econômico privado”. Caso houvesse de agir economicamente, isso consubstanciaria extraordinária “intervenção na ordem econômica” – cujos instrumentos eram o poder de polícia, a restringir as liberdades clássicas (iniciativa, empresa, concorrência, profissão etc.), e a constituição de empresas estatais. Afinal, intervém quem não é dono mas deseja fazer valer sua autoridade na esfera alheia (o verbo “intervir” é

sinônimo de “interferir”, “intrrometer”). E quem fala em poder de polícia diz hierarquia, controle, repressão e monopólio da coerção. Muito embora esta perspectiva oitocentista persista com adeptos, fato é que ela teve seu raio de ação significativamente atenuado. Aos poucos o papel do Estado na Economia foi assumindo outros tons, nem tão cinzentos.

No Brasil, foi depois da década de 1990 que a temática do “direito da regulação” ficou viva e colorida. Apesar de ser impróprio falar-se de “Estado regulador” (ou “Estado mínimo”) num País em que algumas das maiores empresas dos mais importantes setores econômicos – v.g., bancário, energia e petróleo, telecomunicações, logística e transportes – são públicas, pode-se constatar que, a partir de então, a regulação econômica passou a assumir função antes estrutural que circunstancial. Além disso, o relacionamento do Estado com a Economia começou a ter características mais democráticas, estimuladoras, cooperativas e, até, substitutivas. A lógica do “ou-ou” passou a conviver com a do “e-e”: Estado *e* iniciativa privada. Em determinados casos o Poder Público passou a ser obrigado a acolher manifestações das pessoas privadas como condição à tomada de decisões discricionárias (por exemplo, audiências públicas das agências reguladoras e procedimentos de manifestação de interesse nas parcerias público-privadas). Seria um erro, portanto, pretender estudar tal ordem de relacionamentos econômicos sob a perspectiva monoteísta de tempos remotos. Mais que isso, é muito importante ter a consciência do que se passa no mundo dos fatos, para não se correr o risco de confundir os conceitos pretéritos com o que efetivamente se dá no contemporâneo relacionamento do Estado Brasileiro com a Economia.

De qualquer forma, e felizmente, hoje os temas são bem mais complexos. Se comparado à atualidade, o Estado Liberal oitocentista era simples: para comprovar, vale a lembrança aos direitos fundamentais – só existiam os de primeira dimensão e suas liberdades negativas (vistos sob perspectiva juspositivista). Neste século XXI as tarefas atribuídas ao Estado são de tamanha variedade, e são tantos os direitos, que transbordam daqueles antigos conceitos. A pluralidade democrática e o multiculturalismo participativo (direitos de segunda, terceira e quarta dimensões, dirigidos a diversos grupos sociais) aumentam as demandas e afastam as soluções outrora padronizadas.

A rigor, o que atualmente existe é o Estado integrado na Economia, que ordinariamente atua no cotidiano das relações socioeconômicas. Ele não mais só reprime e exclui, mas incentiva, influi e inclui. Muitos dos objetivos são para o futuro, intergeracionais (diacrônicos e sustentáveis). Boa parte das distinções e exclusões oitocentistas perderam consistência. A fase em que vivemos é antes a da *oposição dialética* entre o papel constitucionalmente atribuído ao Estado e às pessoas privadas na Economia, desenvolvida num processo dinâmico que admite o meio-termo e se caracteriza pela prévia indeterminação analítica de funções.

Dentro dessa perspectiva é que se pretende desenvolver o presente ensaio de futurologia jurídica, o qual será dividido em quatro partes, além desta introdução e das considerações finais: (1) o direito da regulação econômica (o que ele pode ser); (2) o direito da antiga regulação econômica (como ele foi quando não era); (3) o direito da nova regulação econômica (como ele parece ser); (4) o futuro do direito da regulação econômica (o que ele talvez venha a ser). É o que será feito a seguir.

2. O direito da regulação econômica

As palavras “regular” e “regulação” são naturalmente polissêmicas. Dentre suas várias acepções, duas aqui nos interessam. Por um lado, enquanto adjetivo, “regular” qualifica determinada situação como de trato comum e ordinário. Trata-se de algo uniformizado pela experiência pretérita e, assim, tornado usual em nossa compreensão – a servir de parâmetro às expectativas futuras. “Regular” é algo que se desenvolve (atividade humana ou fenômeno natural) segundo padrões usualmente conhecidos, aceitos e referendados pela técnica ou pela experiência. O calor do verão; o frio invernal; a afinação dos instrumentos na execução de sinfonias; o amor do pai pelo filho: todas estas situações são regulares, sua ocorrência a ninguém surpreende. Aliás, espera-se que aconteçam. Bem verdade que pode haver desafiados, disfunções e discrepâncias, a configurar falhas extraordinárias se comparadas ao padrão tido por regular. Mas nada disso afeta o conceito do que é “regular” no respectivo espaço-tempo.

Como não poderia deixar de ser, também os comportamentos econômicos podem assumir características teóricas de regularidade e

irregularidade. A depender do sistema econômico (em termos muito simplistas, e como ponto de partida, o Capitalismo e o Socialismo), serão regulares estes ou aqueles parâmetros – e aqueles outros configurarão as discrepâncias do modelo. Isso significa apenas a possibilidade de se estabelecer padrões macroeconômicos e modelos de sistemas. Porém, quanto mais minucioso o exame, menos viável é a qualificação de algo como regular ou irregular (e respectiva previsibilidade). Mais ainda: hoje sabemos que pensar em expectativas racionais uniformes como matriz cognitiva de projeções econômicas implica subestimar o instinto e o inconsciente (que ocupam a maior parcela do trabalho do cérebro humano). Logo, falar de regularidade e irregularidade só é possível em termos teóricos e amplos – como se dá, por exemplo, com os princípios constitucionais positivados na Constituição (ou na descrição de bases empíricas – mas este é outro assunto).

No caso brasileiro, a ordem econômica constitucional é capitalista, sobretudo porque se apoia na apropriação privada dos bens e fatores de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência (CF, arts. 1º, IV, e 170). Isso caracteriza o *modo de produção capitalista*, que hoje não deixa de sê-lo devido à exploração direta da atividade econômica por parte do Estado (CF, art. 173), nem pela convivência reguladora e planejadora do Estado na economia (CF, art. 174) ou monopolização pública de setores econômicos (CF, art. 177). Um *Capitalismo* funcionalizado à *justiça social*, com fundamento no Estado Social Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e 170). Em decorrência, e sob a óptica jurídica, serão regulares os comportamentos econômicos que atendam ao sistema constitucional brasileiro. Ao estabelecer a ordem jurídico-econômica, a Constituição brasileira fixou tais padrões. O que já revela outro significado da palavra “regular”.

O verbo “regular” e, especialmente, o substantivo “regulação” denotam a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina. Quem regula algo estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser considerados regulares, legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos). Nesta acepção, “regular” significa “fixar as regras” – que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas em ambos os casos pretendem disciplinar. Quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude seu comportamento natural. O objetivo é o de que a conduta futura seja de acordo com tais pautas. Sob este aspecto revela-se o direito da regulação econômica:

aquele conjunto de ações jurídicas que visam a estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado *espaço-tempo*. Mas por que “ações jurídicas”, e não “normas jurídicas”? Porque o direito da regulação econômica não precisa dar-se unicamente sob a técnica normativa, como se verá a seguir.

A toda evidência, poder-se-ia reservar a noção do “direito da regulação econômica” para o relacionamento normativo, regulamentar, do Estado com a Economia (uma espécie do gênero “intervenção econômica”). A ideia é consistente, mas traz consigo alguns dilemas, dentre os quais dois assumem especial relevância: (i) o de ser necessário o resgate do termo “intervenção” como gênero (e as espécies “de gestão” e “normativa”, sob a lógica do “ou-ou”); (ii) a reserva privativa da regulação como tarefa do Estado (afinal, se a regulação for espécie do gênero “intervenção”, a autorregulação é uma *contradictio in terminis*). O mundo gira, as ideias mudam e as exigências do contemporâneo autorizam a perspectiva mais ampla do que se pode entender por “direito da regulação” e respectivas metodologias.

Quais seriam, portanto, os meios e procedimentos – as metodologias – pelos quais, no Brasil, os objetivos do direito da regulação econômica podem ser atingidos? São, no mínimo, cinco espécies (e respectivas subespécies). O direito da regulação econômica pode ser implementado segundo (i) várias *técnicas*, por (ii) múltiplos *sujeitos*, ser oriundo de (iii) diversas *fontes*, destinar-se a (iv) mais de um *objeto* e deter (v) gamas variáveis de *intensidade*. Note-se que estas categorias não são de incidência autônoma, mas integrada. Tais multiplicidades merecem sucinta descrição. Vamos a cada uma delas.

Visto sob a perspectiva das *técnicas regulamentares*, o direito da regulação econômica pode ser sintetizado em duas categorias básicas: a de *gestão* e a *normativa*. No primeiro caso o que se dá é o ingresso do regulador no *mundo do ser* do respectivo setor econômico, por meio de empresa que irá concorrer com as demais (ou por meio de empréstimos subsidiados cuja garantia toma a forma de ações ou cotas societárias – e respectiva participação no empreendimento). A regulação dá-se do lado de dentro da Economia, por isso esta técnica é também denominada de endorregulação. Aqui não existe a positivação de regras gerais e abstratas de conduta, mas, sim, a ação imediata no mundo dos fatos: seja a gestão que pretenda instalar parâmetro

comportamental no respectivo mercado (que, imagina-se, constrangerá os demais agentes a alterar sua conduta), seja a que vise a criar externalidades positivas à própria atividade empresarial desenvolvida (controle da poluição, geração de empregos, desenvolvimento regional, controle de preços etc.). No limite, esta ordem de regulação pode ocorrer em regime de monopólio (unidade de sujeito no polo da oferta), de monopsonio (unidade no polo da demanda) ou de privilégio legal (os monopólios ou monopsonios instituídos por lei). Já, a *regulação normativa*, como o nome já diz, envolve a edição, *ex ante*, de normas (gerais e abstratas e/ou concretas), as quais pretenderão disciplinar a conduta dos agentes econômicos através da prefixação de vantagens ou punições. A regulação normativa se dá no *mundo do dever-ser*. Por meio da edição de normas jurídicas de várias estaturas e densidades (constitucional, legal, regulamentar e contratual), o regulador busca instalar a conduta que *deve ser* praticada do respectivo setor econômico. Os agentes econômicos, então, aferirão as potenciais consequências de cumprir (ou não) a regra e, assim, modificarão (ou não) seu comportamento.

A preocupação quanto aos *sujeitos reguladores* diz respeito a quem pode (ou deve) concretizar ações e/ou normas que disciplinem a conduta econômica de terceiros. No caso brasileiro ela pode ser exercitada por pessoas de direito público e/ou de direito privado. Na primeira hipótese são as autoridades constituídas, a quem se atribui normativamente a competência para regular determinado setor da Economia (e/ou das relações sociais e/ou do exercício de funções públicas). De usual, são entidades e/ou órgãos da Administração Pública, com competência legal (por exemplo, as empresas públicas ou as agências reguladoras) ou constitucional (por exemplo, a Presidência da República; o Conselho Nacional de Justiça/CNJ). As autoridades públicas reguladoras são típicas entidades de heterorregulação (quem emana as regras é alguém diferente dos agentes regulados), mas também podem ser pessoas de endorregulação (as empresas estatais). Quanto às pessoas de direito privado reguladoras, são as associações privadas e público-privadas, constituídas por lei e/ou por contratos, as quais disciplinam a conduta de seus associados – que vão desde a institucionalização de barreiras de entrada (por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil/OAB e o exame de ingresso) até a regulação dos parâmetros éticos no exercício da atividade econômica (por exemplo,

o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina/CFM), passando pelas ordens de proibição e sanções a determinadas atividades (por exemplo, o Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária/CONAR e as determinações de proibição e imediata suspensão de propagandas). O que nestes casos se dá é a autorregulação dos setores, por meio da organização dos respectivos agentes e estabelecimento de normas exógenas àquelas naturais dos respectivos mercados.

As categorias acima descritas permitem que se visualize a *multiplicidade de fontes* do fenômeno regulatório: o direito da regulação econômica pode ter origem nos mais variados diplomas legais (Constituição, leis, regulamentos administrativos, códigos de conduta, códigos de boas práticas, contratos), bem como decorrer de atos de vontade dos agentes econômicos envolvidos (contratos, os mais variados: associativos, cooperativos, administrativos etc.). O que de fato se dá é a atribuição de níveis de densidade normativo-regulatória, a depender da hierarquia da fonte: desde a mais geral e abstrata norma constitucional até o contrato administrativo, passando pela lei geral, lei setorial, regulamentos administrativos e códigos de conduta. O regime estatutário da regulação é essencialmente dinâmico, com fontes que devem obediência a parâmetros fixados no nível superior. Fontes, essas, que podem produzir normas transversais (atingem vários setores econômicos, cortando-os, todos, em níveis diferentes – por exemplo, normas ambientais) e setoriais (incidem apenas no setor regulado – por exemplo, os regulamentos da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL, que atingem só as empresas e a atividade de telecomunicações).

No que respeita ao *objeto da regulação*, ele pode ser compreendido sob quatro perspectivas – ou quatro subespécies de objetos a serem regulados: (i) o funcionamento da Administração Pública (seus órgãos e entidades); (ii) o comportamento econômico de pessoas de direito privado (incluindo-se as empresas estatais); (iii) o comportamento ético de pessoas de direito privado ou de agentes públicos; e (iv) os parâmetros técnicos que devem ser atendidos no exercício de determinadas atividades. A primeira subespécie envolve a edição dos tradicionais *regulamentos administrativos*: aqueles editados pelo administrador titular de poder hierárquico e que se destinam imediatamente à própria Administração (e seus servidores), visando a completar o sentido das leis e, assim, possibilitar que sejam cumpridas no interior da máquina administrativa. Aqui, o *objeto* é a execução de tarefas

público-administrativas propriamente ditas, a *regulação administrativa* do Estado-Administração, com efeitos reflexos nas pessoas privadas que se relacionam com tais órgãos e entidades (sendo que cada uma das funções públicas pode editar seus próprios regulamentos administrativos, com efeitos *interna corporis*: v. o Regimento Interno do STF e o Regimento Interno do TCU). Em termos de direito administrativo esta regulação pode ser chamada de executiva, porque é justamente esse seu escopo. Tais regulamentos administrativos podem produzir efeitos mais ou menos intensos sobre as pessoas que se relacionam com o Estado (por exemplo, o Regulamento do Imposto de Renda; os prazos e recursos dos Regimentos Internos do STF e do TCU), mas também aqui estarão apenas possibilitando cumprimento à norma legal. A realidade externa a que eles se dirigem é apenas e tão somente a Administração do Estado.

Já, na segunda subespécie de *objeto da regulação*, os sujeitos passivos imediatos da regulação são pessoas de direito privado, e a norma dirige-se a disciplinar, de modo igualitário, geral e abstrato, sua conduta econômica dentro de determinado(s) mercado(s). Os efeitos são, sobretudo, *externa corporis*: vão para além do órgão ou entidade pública que emanou o regulamento (muito embora possam, para obter tal resultado, dirigir-se também à Administração – que a eles se auto-vincula). Seu escopo é disciplinar, direta ou indiretamente, determinados aspectos tangíveis da administração de recursos escassos feita pelos particulares em sua atividade empresarial (preço, quantidade, qualidade, atendimento ao consumidor, horário de funcionamento, concorrência, compartilhamento de infraestrutura, dimensão dos mercados relevantes etc.). É bastante inadequado denominar tais regulamentos de *administrativos* e/ou *executivos* (como se se dirigissem primariamente a órgãos e entidades componentes da Administração Pública – e como se, em contraposição a eles, houvesse a espécie “regulamentos legais”). Aqui, a realidade fática que se pretende disciplinar situa-se fora do órgão ou entidade, alheia à respectiva cadeia hierárquica e antes submetida a situações de direito da ordenação social (o antigo “poder de polícia”, despido de sua concepção repressiva) ou de relação administrativa especial (também conhecida pela já *démodé* expressão “relação de supremacia especial”). Ao ter como objeto a conduta econômica de pessoas privadas, portanto, os regulamentos são *econômicos*, a configurar a *regulação pública da Economia*.

O terceiro caso, pertinente à *disciplina do comportamento ético* de pessoas de direito privado ou de agentes públicos, diz respeito *ou* a normas derivadas de entidades de autorregulação profissional (Código de Ética da Advocacia; Código de Ética Médica; Código de Governança e Ética de associações empresariais etc.) *ou* a normas oriundas de comissões de ética vinculadas a órgãos, entidades ou servidores públicos (por exemplo, o Código de Ética da Magistratura Nacional; o Decreto federal de 26.5.1999, que criou a Comissão de Ética Pública; o Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 21.8.2000, e o Decreto 6.029/2009, que institui o Sistema de Gestão da Ética do Governo Federal). O objeto desta subespécie regulatória não é nem a mera execução de leis pelos servidores públicos, nem a disciplina do comportamento econômico de agentes privados. Está-se diante de normas e procedimentos próprios de determinada categoria – funcional, empresarial ou profissional – que se destinam a conferir parâmetros morais para a conduta de seus membros, prestando-se a garantir a uniformidade do trabalho e a ação do grupo sob a perspectiva da ética dos negócios públicos ou privados.

A derradeira subespécie da classificação relativa ao objeto, a *regulação técnica*, é ocupada por normas infralegais que visam a estabelecer os parâmetros técnicos que devem ser atendidos por determinadas atividades (utilização adequada dos recursos; uniformização da produção; treinamento de mão de obra, registro tecnológico, respectiva contratação e venda; padronização de equipamentos e componentes; controle de processos; procedimentos de cálculos e projetos; níveis de segurança; etc.). Neste caso, o escopo é a fixação de regras sobre o estado da arte de determinadas técnicas. Sua preocupação primária não é, portanto, nem o agir administrativo dos servidores públicos, nem a conduta econômica das pessoas reguladas, nem, tampouco, o parâmetro ético de tais comportamentos. A regulação é puramente técnica, prioritariamente feita por pessoas habilitadas a tal. A entidade que emana tais normas tanto pode ser privada (por exemplo, a Associação Brasileira de Normas Técnicas/ABNT, responsável pela assim denominada “normalização”: a gestão do processo de elaboração de normas técnicas que permitam a confiança e a reprodução de determinados procedimento tecnológicos, sobretudo industriais) como pública (por exemplo, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia/INMETRO, autarquia criada pela Lei 5.966/1973

que tem como finalidade a prefixação e a execução de medições de produtos por meio de normas relativas à metrologia de avaliações e conformidades – o que se dá, em especial, por meio da uniformização das unidades de medidas brasileiras).

Quanto à *intensidade*, a regulação pode ser *soft* ou *hard*: “macia” ou “dura”. A regulação *soft* estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, premiais, e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. Pretende que o agente econômico, se assim o desejar, adote determinada conduta que a regulação busca atingir. A liberdade é a marca da regulação *soft*, que pode dar-se, por exemplo, através de fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais. Como no tradicional dito econômico, aqui se pode levar o cavalo até a água, mas não se pode forçá-lo a beber: se o agente econômico se deixar seduzir, altera sua conduta e a submete ao padrão regulamentar. Já, a *hard regulation* é aquela em que a autoridade competente (pública ou privada) estabelece ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que são obrigados a cumpri-las: “proibir” e “obrigar” são os verbos dos quais se ocupa a regulação *hard*. O exemplo mais nítido é o da fixação de preços (ou respectivos “tetos”). Mas esta técnica *hard* pode ser também de submissão à convivência com empresa estatal, a qual, por meio de subsídios públicos (ou renúncia a superávits), pratique preços inferiores aos definidos pelo próprio mercado no qual ela interage (por exemplo, bancos públicos a celebrar empréstimos com juros mais baixos; farmácias populares e vendas mais baratas de medicamentos; e, em nível global, empresa petrolífera a praticar vendas de combustível a preço inferior ao das cotações internacionais). Claro que nesta ordem endorregulatória de gestão *hard* alguém pagará a conta: ou será o contribuinte, que subsidiará os descontos por meio do pagamento de impostos, ou serão os futuros consumidores, que arcarão com custos extraordinários quando romper a represa artificial dos preços baixos. De qualquer forma, em todas as formas de *hard regulation* a liberdade dos agentes econômicos regulados é reduzida, muitas vezes ao mínimo necessário à sua existência.

Muito resumidamente, as características do gênero “direito da regulação”, portanto, resultam da combinação de tais cinco espécies (*técnicas, sujeitos, fontes, objetos e intensidades*) e respectivas subespécies. Sobre ser perfeitamente possível a convivência com outras

classificações, pois fato é que nenhuma das modalidades acima apresentadas incide soberanamente, a não ser em modelos analíticos. De mais disso, o mesmo órgão, entidade e/ou pessoa privada pode exercer mais de uma espécie e subespécie regulatória – tudo depende de seu ato constitutivo –, muitas vezes concomitantemente a outro órgão, entidade e/ou pessoa privada.

Não mais existe o monoteísmo regulatório, nem sua monotemática e respectiva monocultura. O que acontece é a intensificação de uma ou de outra espécie e/ou subespécie, que assumirá traços mais marcantes neste ou naquele momento histórico, neste ou naquele cenário social. Por meio do exame dos meios e instrumentos utilizados pelo Estado para se relacionar com a/na Economia pode-se discernir qual o tipo de regulação econômica adotada, a variar no tempo, espaço e respectivos setores econômicos. Há mais de um modelo em vigor ao mesmo tempo (seja no mesmo setor econômico, quanto mais na comparação de vários deles). O que significa dizer o óbvio: não existe um único direito da regulação econômica. Há vários níveis de especialização, dinamicidade, fragmentação, diversificação e fluidez. A simplificação analítica seria perniciosa à efetiva compreensão do que hoje se passa no relacionamento entre o Estado e o domínio econômico.

Afinal, o que efetivamente se dá é a existência simultânea de muitos e variados direitos da regulação, cada qual decorrente da combinação peculiar adotada naquele momento pelo respectivo setor econômico. Se, hoje, a regulação do setor publicitário no Brasil traz pouco da heterorregulação *hard* e muito da autorregulação *soft*, o mesmo não se dá no setor de água e saneamento ou de petróleo (que combinam com força a heterorregulação e a endorregulação). Se na década de 1990 privilegiou-se uma virada em favor da heterorregulação pública, hoje se assiste à criação de empresas de endorregulação com competência heterorregulatória (por exemplo, veja-se a Empresa de Planejamento e Logística S.A./EPL, a ser examinada no tópico 5, abaixo). E nada garante que amanhã as coisas permaneçam assim. Já se disse que a Economia é uma menina muito mimada, que se aborrece com facilidade, não gosta de provocações e responde desproporcionalmente quando contrariada. Logo, e a depender também do relacionamento do Estado com ela, tais padrões regulatórios podem ser modificados, para que a Economia tenda para situações regulares (e, se forem mal-regulados, os efeitos negativos virão a galope).

Com base na classificação acima apresentada, quais são as pistas de que dispomos para traçar um esboço do direito da regulação brasileiro? Como se pode descobrir de que técnicas e sujeitos outrora se valeu o Estado Brasileiro, quais são as que hoje utiliza e que indícios se desenham para o futuro? Uma possível chave de leitura é a análise dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes à regulação – e à regulação pública da Economia. A fim de tornar mais específica a pesquisa, ela privilegiará o aspecto da regulação acima descrito como normativo, e, dentro desta, a econômica. Vamos tentar manusear tais dados com o instrumental teórico acima descrito. Espera-se que este exame permita alguma aproximação do que seria o “antigo” e o que configuraria o “novo” direito da regulação econômica, bem como discernir quais são as apostas que podem ser feitas em relação ao futuro.

3. O direito da antiga regulação econômica

O olhar para o “futuro” do direito da regulação exige que conheçamos seu passado e seu presente. Afinal, para que possamos chamar algo de “novo”, é preciso que o distingamos do “antigo”. Sem o passado o presente não existiria – e, caso não houvesse inovações, ele apenas repetiria a experiência pretérita (e a vida seria um tédio). Ao que tudo indica, o atual direito brasileiro da regulação econômica não reproduz integralmente o passado. Há algo de diferente em curso. Vamos procurar descrever rapidamente o que se passa, propondo o seguinte ângulo de compreensão do fenômeno: até pouco tempo atrás, quando se falava da regulação normativa não se cogitava de qualquer adjetivação “econômica”. O direito da regulação econômica era um excêntrico. A regulação era a dos “regulamentos administrativos”, administrativa e ponto final, a significar a ausência de interação com o mundo dos fatos (ao menos com parte dele).

A fim de se demonstrar esta pequena tese, o material a ser pesquisado são as Constituições pretéritas e suas previsões quanto ao relacionamento do Estado com a Economia, bem como os dispositivos pertinentes ao direito da regulação. Na medida em que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas do sistema, pode-se detectar de quais modelos o constituinte brasileiro se valeu para disciplinar a presença do Estado na Economia. Começemos, portanto, pela breve descrição dos preceitos constitucionais e suas preocupa-

ções com os regulamentos administrativos e, quando for o caso, com a intervenção e regulação estatal da Economia.

Desde a Carta outorgada em 1824 (a “Constituição Imperial”) até as Emendas Constitucionais 8 e 9, de 1995 (à Constituição promulgada em 1988), não existia qualquer dispositivo constitucional que tratasse de “órgão” ou “entidade” reguladora da Economia. Nada de estranho nisso. Afinal, no início do movimento constitucional brasileiro os temas apropriados para tal nível normativo eram a organização do Estado e seu funcionamento político, ao lado dos direitos fundamentais de primeira dimensão. A teoria da Constituição era mera alternativa à teoria do Estado. Para o Liberalismo oitocentista (no que foi seguido pelo Juspositivismo) a Economia e respectiva regulação não eram assuntos nem para o Estado, nem para o direito constitucional. Foi a Constituição de 1934 que começou a se preocupar com a “ordem econômica e social” (arts. 115 a 143), mas sob perspectiva ora inibidora (limites às liberdades clássicas – art. 115), ora paternalista (o art. 138 atribuía à União, Estados e Municípios, dentre outros, os peculiares deveres de “assegurar o apoio aos desvalidos”, “estimular a educação eugênica”, “socorrer as famílias de prole numerosa” e “cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”), ora açambarcadora (“Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica ...”).

Esta racionalidade foi repetida com força na Carta de 1937 (“Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção ... A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”); na Constituição de 1946 (“Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”); na Carta-Constituição de 1967 (“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: ... § 8º. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determi-

nada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”; “Art. 163. Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”); e na Emenda Constitucional 1/1969, que praticamente repete o texto da Constituição de 1967.

Em específico quanto ao tema da intervenção do Estado na Economia, os diplomas constitucionais de 1824 a 1934 nada consignavam. A inauguração foi dada pelo art. 135 da Carta de 1937 – minucioso e definidor de que ela “só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”. Não devido a um acaso, este dispositivo era o primeiro, a abertura do capítulo da ordem econômica. Nas Constituições seguintes o tema da intervenção era tratado como faculdade do Poder Público a ser definida em lei especial, que “terá por base o interesse público” (CF de 1946, art. 146); e “quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (Carta-Constituição de 1967, art. 157, § 8º; EC 1/1969, art. 163). Além disso, o assunto foi também previsto no sistema tributário, ao disciplinar as “contribuições” (Carta-Constituição de 1967, art. 157, § 9º; EC 1/1969, art. 21, § 2º, I).

Dentro dessa mesma racionalidade, as Constituições, de 1824 até a Emenda Constitucional 1/1969, nada falavam em específico a propósito do planejamento estatal da Economia. Quando muito, a partir de 1934 reportavam-se a “planos” de educação, de recuperação regional e outras variantes – ou, como preferiu o art. 166 da Carta de 1937, a “planos de conspiração” como matéria relativa à defesa do Estado (no que se parece com o diploma constitucional de 1967, que, em seu art. 8º, IV, atribuía à União competência para “planejar e garantir a segurança nacional”). Apenas a Emenda Constitucional 1/1969 dispunha que competia à União “planejar e promover o desenvolvimento e

a segurança nacionais” (art. 8º, V). Esta previsão acanhada relativa ao planejamento e promoção do desenvolvimento, *pari passu* à segurança nacional, foi o dispositivo constitucional que mais se aproximou do que hoje conseguimos compreender por planejamento estatal da Economia (muito embora tenham ocorrido, de fato, vários planos econômicos, tais como, v.g., o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional, de 1939; o Plano Saúde, Alimentação, Esporte e Energia/SALTE, de 1950; o Programa de Metas, de 1956-1961; o Programa de Ação Econômica do Governo/PAEG, de 1964-1966, e o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento/I PND, de 1971-1974 – mas o assunto não era forte em sede constitucional).

Logo, nenhuma das Constituições anteriores à atual (esta, qualificada pelas Emendas 8 e 9, de 1995) se preocupava com regulamentos que disciplinassem a interação entre o Estado e a Economia. O que havia eram os tradicionais regulamentos administrativos de execução às leis (a lhes permitir aplicabilidade prática). Mas como se expressava o tema de tais regulamentos e respectiva competência regulamentar? De forma muito simples e restritiva, antes preocupada com a concepção clássica dos princípios da separação dos Poderes e legalidade. O constituinte estudou, quando muito, Rousseau e Montesquieu (cujas obras, anote-se, são prévias ao Constitucionalismo). O que existia era a previsão-padrão de que os regulamentos administrativos seriam o modo autorizado para se dar “fiel execução” às leis. Ao seu tempo, os ministros de Estado poderiam emanar instruções para dar execução aos regulamentos do chefe do Executivo, sendo que seus subordinados podiam editar portarias, ordens de serviço ... e assim por diante, em grau decrescente na escala hierárquica. Se o que se passava no mundo dos regulamentos administrativos pudesse ser sintetizado em três palavras, poder-se-ia arriscar “centralização”, “execução” e “hierarquia”. Se fosse válida a escolha de uma expressão latina, ela seria *interna corporis*: do lado de dentro da Administração. Vale a pena acompanhar a uniformidade na redação dos dispositivos constitucionais que previam os regulamentos administrativos – desde 1824 até 1988 – a fim de demonstrar a respectiva fixação monotemática.

O art. 102, XII, da Carta de 1824 consignava que dentre as “principais atribuições” do imperador estava a de “Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis”. Já, o art. 48, § 1º, da Constituição de 1891 estabeleceu que competia

privativamente ao presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”. Redação repetida com pouquíssimas variações nas Constituições e Cartas subsequentes, sempre ao tratar do tema como privativo da Presidência: a Constituição de 1934, em seu art. 56, § 1º (“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”); a Carta de 1937, em seus arts. 11 (“A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares”) e 74, “a” (“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua execução”); a CF de 1946, em seu art. 86, I (“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”); a Carta-Constituição de 1967, no inciso II do seu art. 83 (“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”) – texto também repetido no art. 81 da EC 1/1969.

A redação original da Constituição de 1988 (art. 84, IV: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”) igualmente tornou a entoar tal mantra – em transcrição quase *ipsis litteris* daquilo que vinha sendo positivado desde 1891. Só houve alguma alteração nas Emendas Constitucionais 8 e 9, ambas de 1995, e na Emenda Constitucional 32/2001, a serem examinadas mais abaixo.

Pode-se dizer que até 1995, em momento algum, nenhuma das Leis Magnas sequer cogitou de preocupações normativo-regulamentares para além daquela competência presidencial de emanar normas secundárias, limitadas ao escopo de permitir o exato cumprimento, a perfeita execução, das leis pelos subordinados na escala hierárquica. Esta prerrogativa, portanto, era apenas declaratória. Caso necessário fosse, a Presidência poderia exercitar tais regulamentos administrativos privativos – complementando a lei naquilo que fosse indispensável à sua aplicação. Se porventura eles, regulamentos, se dirigissem imediatamente às pessoas privadas, seria um acidente de percurso ou meros efeitos reflexos – no mais das vezes, com o escopo de possibilitar a execução de seus deveres e obrigações no trato com a Administração Pública.

Estas preocupações constitucionais quanto ao relacionamento do Estado com a Economia, ao lado daquelas pertinentes aos regulamentos administrativos, permitem um par de considerações (e respectivos desdobramentos). Por um lado, as Constituições repercutiram a tese de que o Estado era um estranho no domínio econômico. Asseguravam às pessoas privadas as liberdades clássicas e nada atribuíam aos Poderes Públicos no domínio econômico. Se ao Estado fosse possível regular alguma coisa, esta haveria de ser parte de sua própria estrutura orgânica. Mas, para além de ser um desconhecido residente em outro lugar, o Estado era também muito pouco sutil, bastante inseguro e razoavelmente desajeitado: se fosse para ingressar no domínio econômico das pessoas privadas, haveria de ser sem qualquer diálogo, aos trancos e com submissão. Quais seriam as técnicas de que se valeria? Basicamente, a regulação de gestão, *hard*, endorregulatória e, se possível, monopolizadora. Durante muito tempo a palavra “intervenção” assumiu seu real significado na Economia brasileira.

Por outro lado, o que vinha à lembrança quando se falava de regulação? Apenas uma modalidade de ato administrativo, destinado a reger o funcionamento da máquina estatal no seu interior. Era o mínimo indispensável à execução de determinadas leis. Ou seja: o retrato da compreensão tradicional do princípio da legalidade, a afastar o administrador da incidência constitucional imediata (ele só aplicava a lei) e do relacionamento regulamentar com as pessoas privadas. Valia a racionalidade bipolar “regulamento de execução” *versus* “regulamento autônomo”, não com o intuito de incluir esta segunda ordem de atos administrativos, mas, sim, de banir do território nacional as cogitações tornadas célebres com a redação original do art. 38 da Constituição francesa da V República (1958). Isso como se só houvesse duas alternativas disponíveis ao aplicador – ou executa, ou cria algo absolutamente inédito a todas as leis existentes – e como se a vida fosse assim tão simplista.

Por conseguinte, quais eram as fontes do que, até pouco tempo atrás, regulava – no sentido normativo do termo – a Economia brasileira? Consagrava-se a legislação infraconstitucional, em termos de heterorregulação, e os agentes econômicos, com a circumscrição autorregulação. Houve períodos em que o Poder Executivo – sobretudo o Federal – definia preços e condutas (pense-se no Conselho Interministerial de Preços/CIP, instituído pelo Decreto 63.196/1968, e na Supe-

rintendência Nacional do Abastecimento/SUNAB, criada pela Lei Delegada 5/1962), mas isso se dava antes com o intuito de resolver problemas circunstanciais, por meio de pseudossoluções *ad hoc*. Não havia a convivência harmoniosa e pacífica, por meio de normas de conduta, com olhos para o futuro, da Administração Pública com os agentes econômicos privados.

4. O direito da nova regulação econômica

Conforme já apontado, as coisas começaram a mudar a partir da Constituição promulgada em 1988 – de cuja minuciosa peculiaridade analítica não restou imune a ordem econômica. Esta constatação tem como eixo central o *caput* dos arts. 173 e 174 (“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”; “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”).

Em decorrência dos arts. 173 e 174 da CF, é possível concluir que a amplitude da norma constitucional engloba: (i) a gestão pública de atividades econômicas propriamente ditas (empresas estatais ou *régie directe*); (ii) a edição de normas jurídicas que visem a conformar a conduta dos agentes econômicos (no modo coativo ou através de incentivos); (iii) o direito da ordenação social (disciplina, fiscalização e punição); (iv) o planejamento estatal da Economia. Não será preciso muito esforço hermenêutico para se constatar a monumental diferença entre a racionalidade econômica das Constituições pretéritas e aquela positiva da em 1988. Pela primeira vez o Estado Brasileiro é constitucionalmente qualificado de “agente normativo e regulador”. Ou, melhor dizendo, em 1988 *constituiu-se uma nova forma de relacionamento* do Estado Brasileiro com a Economia, que não existia nas Constituições anteriores. Por isso, talvez fosse melhor qualificar o atual direito brasileiro da regulação econômica como inédito – e não apenas de “novo”.

Rememore-se que nas Constituições anteriores a ordem econômica reservava ao Estado alguns poucos papéis, os quais não incluíam a edição de normas regulamentares, nem a perspectiva promocional, e

muito menos o planejamento estatal da Economia (exceção à acanhada previsão da Emenda Constitucional 1/1969, acima consignada). Quando isso ocorria, era somente no nível da legislação ordinária. Por outro lado, sobre ser parte integrante das relações econômicas (art. 173), hoje existe a constitucionalmente inédita posituação do Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica” – expressão que é muito reveladora do papel a ele reservado. Afinal, *agente* é aquele que age: desencadeia ações, trata de negócios, exerce funções, dá causa a eventos. Mais ainda: agente econômico é a instituição – ou empresa – que efetivamente faz parte da Economia, influenciando-a e sendo influenciada por ela. Pois, ao qualificar o agente estatal como *normativo e regulador*, a Constituição estabelece o compromisso de que esta *ação econômica* se dê também por meio de normas (leis) e regulamentos (infralegais) dirigidos a receber e a gerar influxos da Economia. A este agente, o sujeito-Estado, os arts. 173 e 174 da CF impõem o dever de conviver, regular, interagir e integrar a realidade econômica brasileira.

Ao consignar que o Estado é *agente normativo e regulador da atividade econômica*, o art. 174 afasta-se da dimensão restritiva estampada no art. 84 da CF, cuja norma não se dirige ao Estado Brasileiro, mas apenas e tão somente à Presidência da República. Desde a primeira redação da Constituição promulgada em 1988 persiste o já centenário poder-dever do chefe do Executivo para emanar regulamentos dirigidos à “fiel execução” das leis (art. 84, IV). Bem verdade que tal prerrogativa foi alargada pela Emenda Constitucional 32/2001, que instalou a competência para emanar regulamentos autônomos sobre organização e funcionamento da Administração Federal, bem como extinção de funções e cargos públicos vagos (art. 84, VI, “a” e “b”). Mas todas as hipóteses relativas à competência regulatória do art. 84 tratam exatamente do mesmo tema consignado no art. 102, XII, da Carta de 1824 – então, privativo do imperador; agora, da Presidência da República –, a faculdade de baixar decretos *interna corporis* da Administração Pública.

Há um abismo entre o ideário relativo aos tradicionais “regulamentos administrativos” como atos meramente complementares às leis e a competência regulamentar decorrente do art. 174 da CF em vigor. O sujeito regulador não é mais só o chefe do Executivo, e o objeto a ser regulado é outro, antes *externa* que *interna corporis*. Daí ser um

equivoco pretender-se interpretar o art. 174 à luz do art. 84 ou – o que é pior – sob a lente cognitiva das Constituições anteriores. Situando-se os dois dispositivos na condição de normas integrantes do mesmo sistema constitucional, que se pretende harmônico e dotado de eficácia plena, é inadequada a leitura do art. 174 como mera repetição supérflua do art. 84 (ou hierarquicamente inferior a ele). Hoje já não é mais o imperador o único detentor da competência para emanar regulamentos na ordem constitucional brasileira. O Estado Brasileiro o é; os três Poderes constituídos, em todas as esferas políticas e Administrações indiretas, o são: basta que haja previsão legal que dê cumprimento ao art. 174 (e demais normas constitucionais). Demais disso, os regulamentos não mais se dirigem apenas à Administração Pública, mas também às relações econômicas e seus sujeitos públicos e privados.

Necessário se faz sublinhar que o art. 174 apresenta peculiaridades que merecem ser postas em evidência, pois ele instala um sentido absolutamente distinto à hermenêutica da ordem econômica constitucional. Por um lado, difere das prescrições constitucionais antecedentes (que se limitavam aos regulamentos administrativos de execução). Por outro, antes não havia menção a qualquer competência pública dirigida à regulação estatal da Economia (que era, portanto, um terceiro ausente: simplesmente não tinha assento na matriz constitucional brasileira). Por fim, agora se prevê a ação do Estado dirigida a receber influência e instalar estímulos aos agentes econômicos privados. Daí por que hoje se pode falar de incentivos e cooperação na regulação pública da Economia.

A rigor, a força – real e simbólica – dos arts. 173 e 174 (máxime este) reside na positivação de várias competências, múltiplas, simultâneas e dúcteis (“exploração direta”; “agente normativo e regulador”; “fiscalização”; “incentivo”; “planejamento”), a serem exercitadas na dependência da realidade concreta e derivadas, sobretudo, das opções do legislador ordinário. Ao mesmo tempo em que se referem à realidade da ordem econômica brasileira, tais signos estampados na Constituição constituem essa mesma realidade. Ampliaram-se, por conseguinte, as alternativas do Poder Legislativo, a fim de que ele possa definir, setor a setor, caso a caso, momento a momento, como se dará a interação do Estado com a Economia. E as opções são muito mais amplas e dinâmicas: podem ocorrer por meio de normas (legais e/ou regulamentares) e/ou exploração direta; com caráter *hard* e/ou *soft*;

dirigidas à Administração e/ou às pessoas privadas; e assim por diante. Devem, inclusive, conjugar harmoniosamente tais perspectivas – nem sempre de modo idêntico em cada um dos setores econômicos e/ou respectivos atores (que certamente apresentarão demandas socioregulatorias diferentes entre si). Porém, uma coisa é certa: não se trata da mesma lógica anterior – constatação que é confirmada pela estruturação infraconstitucional do relacionamento do Estado Brasileiro com a Economia, em especial depois de 1995.

A confirmar a lógica dos arts. 173 e 174, tais previsões constitucionais originárias foram intensificadas na década seguinte à da promulgação (1988), tanto horizontal quanto verticalmente. No nível constitucional isso se deu com a Emenda Constitucional 8/1995, ao estabelecer o “órgão regulador” para o setor de telecomunicações (art. 21, XI), e a Emenda Constitucional 9/1995, ao prever o “órgão regulador” do monopólio da União no setor de petróleo (art. 177, § 2º, III).

No nível infraconstitucional o fenômeno teve muito mais força e variações mais intensas (o que é natural, em vista da rigidez das normas da Constituição). Podemos assumir como referência as inaugurais Leis 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL) e 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL) – seguidas que foram das Leis 9.478/1987 (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis/ANP); 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA); 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar/ANS); 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas/ANA) e 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres/ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários/ANTAQ); da Medida Provisória 2.228-1/2001 (Agência Nacional do Cinema/ANCINE); e da Lei 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil/ANAC). São muitas as agências reguladoras independentes, suas configurações e seus motivos: seja para assegurar estabilidade regulatória aos setores que foram objeto de privatização formal (por meio de contratos e/ou outorgas), seja para a implementação de políticas públicas, seja visando a disciplinar setores de elevado interesse social.

O que se precisa pôr em foco não é a existência de autoridades administrativas reguladoras de determinado setor econômico (as quais podem ter existido em experiências pretéritas – como, por exemplo, o Instituto do Açúcar e do Alcool/IAA, criado pelo Decreto 22.789/1933), nem tampouco a eventual autonomia de tais autarquias (que também

pode ser detectada nas universidades federais brasileiras), e muito menos a suposta retirada do Estado da ordem econômica – mas, sim, a reestruturação sistemática de alguns dos mais importantes setores da economia nacional. Pretende-se aqui a visão da floresta. Pode-se constatar que o chamado *movimento de desregulação* na verdade implicou a *re-regulação* (novos métodos), a *expansão* (novos territórios, fronteiras mais largas), a *intensificação* (por exemplo, desde 1997 até dezembro/2012 a ANEEL já havia editado mais de 500 resoluções normativas) e a *ampliação de sujeitos e objetos, regulados e reguladores* (ministérios, secretarias e agências a regular prestadores de serviços públicos, consumidores, empresas privadas em setores socialmente relevantes e empresas estatais). Regulação, esta, que em muitos casos se prestou a instalar concorrência em setores historicamente monopolizados, oligopolizados ou cartelizados (o setor portuário é o exemplo mais recente, em especial pela edição da Medida Provisória 595/2013). Isso ao lado das legislações a propósito de contratos públicos de longo prazo institucionalizadores de políticas públicas regulatórias específicas de determinados setores, que podem durar mais de três décadas (desde a inaugural Lei 8.987/1995 até a Lei 11.079/2004, passando pelas previsões contratuais das leis das agências reguladoras acima arroladas). Os horizontes cognitivos são muito mais largos que aqueles de meras alterações pontuais do direito da regulação ou relativos a fenômenos passageiros.

Ou seja: se as mudanças houvessem parado nas Emendas Constitucionais 8/1995 e 9/1995 (e respectivas leis que lhes deram aplicabilidade fática), nada de efetivamente novo teria acontecido: seriam antes alterações circunstanciais e excepcionais, limitadas a só dois setores. Mas fato é que as mutações se expandiram e passaram a definir a estrutura do relacionamento do Estado Brasileiro com a Economia, dando intensa e extensa aplicabilidade ao art. 174 da CF. Não se pode negar (gostemos ou não disso) que foram substancialmente modificados a forma de sustentação e o modo como se dispõem e se articulam todas as partes que convivem economicamente no Estado Brasileiro. Pode-se afirmar que as novas ordens autárquicas independentes – e respectiva produção normativo-regulamentar – não estão sozinhas nem escondidas, mas já conquistaram nosso cotidiano. Não parece haver dúvida de que as agências reguladoras vieram para ficar – o Brasil já havia experimentado instituições semelhantes no passa-

do, mas nunca de modo tão sistemático e quase integral como se deu a partir de meados da década de 1990. Hoje a Administração Federal é recheada de agências, e poucos são os Estados brasileiros que não contam com as respectivas autoridades administrativas independentes (além das agências municipais). Contudo, fato é que alguns dos principais pontos relativos à sua estruturação e ao seu funcionamento independentes precisam ser enfrentados.

Inicialmente, quais foram as principais preocupações a propósito das agências independentes? Fora as hipóteses de “rejeição intuitiva”, “acolhimento irrestrito” ou, mesmo, de “tentativa de repetição do passado” (nenhuma das três com qualquer consistência), as dúvidas tiveram especial intensidade quanto à competência normativa de tais pessoas administrativas e seus limites. O principal problema dizia respeito à aplicação do princípio da legalidade sob a óptica dos regulamentos administrativos, e vez por outra se tratou da legitimidade e respectivo problema de déficit democrático. Isso ao passo em que sua independência – ou autonomia – foi analisada no que respeita a temas formais do direito administrativo clássico: descentralização, desconcentração e hierarquia. Não é de se estranhar que assim se tenha dado. Afinal, como foi acima comprovado, as Constituições anteriores não viam o Estado como “agente normativo e regulador” da Economia – e só concebiam o regulamento como espécie de ato administrativo interno.

Hoje, depois de intensos e valorosos debates, tais assuntos se encontram datados: as agências são independentes, mas não soberanas; sua competência precisa ser definida em *standards* legislativos (subordinam-se às leis e à Constituição); possuem as respectivas competências regulamentares balizadas pelas respectivas legislações de origem; os regulamentos por elas emanados dirigem-se imediatamente aos agentes econômicos (produtores e consumidores) do respectivo setor; todas elas se submetem a controle externo. Mas todas elas possuem um núcleo duro intangível: a competência para disciplinar o respectivo setor da Economia, por meio da edição de regulamentos econômicos. Atualmente a palavra-chave é “criar”: a interpretação das leis, inclusive pelas agências reguladoras e agentes regulados, como atividade criativa, e não meramente declarativa (como outrora defendida pelo Juspositivismo). Interpretar não é mais o meio para se chegar a algum lugar, mas a própria construção do lugar. O que faz com que os regulamentos sejam compreendidos como *atividade de determinação de significados* (e não apenas de descrição destes).

Mas, a toda evidência, a expansão do modelo regulatório via agências não importou a supressão da endorregulação e respectiva multiplicação de empresas estatais. Nem tornou a regulação o mais *soft* dos mundos. Tampouco inibiu a voracidade normativa do Estado. Hoje, todas estas perspectivas se conjugam num fenômeno essencialmente múltiplo. Se antes era recorrente a imagem de um único pêndulo e seu movimento oscilatório, a revelar o lugar onde naquele momento o Estado estava na Economia (a ingressar e sair, lenta e periodicamente, de determinados modelos regulatórios, mas sempre retornando à sua posição original, antes de partir novamente), atualmente a realidade é outra. O que vivemos é a execução da peça *Poème Symphonique pour 100 Metronomes*, de autoria do compositor húngaro György Ligeti (1923-2006). Nela, são 100 metrônomos (pêndulos oscilantes que medem o andamento musical), com velocidades diversas, os quais, muito embora disparados quase que simultaneamente, assumem movimentos em ritmos distintos – tornando-se, no começo, indistinguíveis, mas que, com o passar do tempo, assumem sua diversidade e se emancipam uns dos outros (até, no final, restar um só, antes do silêncio). Cada um desses metrônomos é um (ou mais) dos setores da Economia brasileira (em seus três níveis federativos), a instalar ritmos e leituras diversificadas, com inúmeras combinações de entradas e saídas do Estado neste ou naquele setor, desta ou daquela forma. Porventura a única diferença resida no fato de que no direito regulatório brasileiro os pêndulos simultâneos tendem a nunca parar.

5. O futuro do direito da regulação econômica

Mas quais seriam os dilemas que precisarão ser – ou serão, mesmo sem precisar – enfrentados pelo direito da regulação brasileiro? O que o futuro lhe reserva? Que técnicas estão em curso? Quais são os atuais desafios que, se bem compreendidos, podem dar andamento ao tema? Para rascunhar algumas respostas, vamos fazer um corte cognitivo nas espécies regulatórias e tratar apenas da heterorregulação por meio de agências independentes e da endorregulação através de empresas estatais. Estes dois tópicos, no nível federal, autorizam algumas considerações de futurologia regulatória brasileira.

Quanto às agências reguladoras brasileiras, talvez o mais importante assunto diga respeito à sua sanidade mental e integridade física. Por um lado, as agências reguladoras estão carentes de cérebros. De tempos para cá elas se transformaram em demandas partidárias (a compor os respectivos mosaicos de siglas: o PC do B ocupa a ANP; o PMDB briga pela ANEEL e ANAC; o PTB quer a ANTT – e assim por diante). Muitos dos cargos diretivos passaram a ser preenchidos por pessoas sem a necessária sofisticação técnica – esta, sim, indispensável à condução da política de regulação setorial (por exemplo, durante a crise aérea de 2007 a ANAC era presidida por um engenheiro mecânico pós-graduado em Sociologia e especialista em Análise Política, político dos quadros do PDT e, depois, do PT). De autoridades públicas destinadas a regular a Economia com lastro na técnica, muitas das agências transformaram-se em balcão de negócios políticos – como se fossem meras secretarias de ministérios. A lógica das nomeações passou a fazer parte dos arranjos político-governamentais – o que, sem dúvida alguma, atenua, se não aniquila, a independência técnica e instala outras prioridades regulatórias (que tendem a se alinhar às linhas-mestras do programa do Governo Central).

Ocorre que este problema é agravado pela inexistência de “quarentena” relativa a atividades político-partidárias. Ao contrário do ex-dirigente com qualificação técnico-profissional no setor regulado, que fica “impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de 4 (quatro) meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato” (Lei 9.986/2000, art. 8º), o político profissional pode candidatar-se – ou ocupar cargos em comissão no governo – no dia seguinte ao término de seu mandato na agência. Há também leis setoriais que fixam prazos mais longos – por exemplo, na ANATEL e na ANEEL o prazo é de um ano (Lei 9.472/1997, art. 30; Lei 9.427/1996, art. 9º), porém todas se referem à prestação, direta ou indireta, de serviços às empresas vinculadas ao respectivo setor regulado: nada falam a respeito de eleições, cargos político-partidários e cargos em comissão nos governos e empresas estatais. Inclusive, isso gerou casos de dirigentes de agências que, no curso do mandato, pediram exoneração para concorrer em eleições. Situação que instala uma *revolving door* pública-pública: da agência para o Poder Executivo, empresas estatais ou Legislativo; de um destes Poderes de volta para a agência. Instalou-se o fenômeno da *migração pública* na regulação.

Por outro lado, tais cargos de suma importância ficam, durante longo período, desocupados – ou, quando muito, preenchidos por “interinos” (em março/2013, segundo dados colhidos nos *sites* das respectivas agências, as diretorias tinham cargos não ocupados na seguinte proporção: (i) uma vaga em aberto na ANATEL, ANA e ANCINE; (ii) duas vagas em aberto na ANP, ANS, ANVISA e ANTAQ; e (iii) quatro vagas em aberto na ANTT). Esta patologia faz com que algumas das agências fiquem literalmente impedidas de regular os respectivos setores devido à falta de quórum em suas diretorias colegiadas – conjugado com o fato de que não dispõem da *expertise* necessária para o respectivo direito da regulação. Claro que a omissão é, também, uma escolha regulatória – mas desde que isso seja feito pela entidade competente, e não pelo Poder Executivo central. Ao não nomear diretores com elevado conhecimento técnico a respeito do setor a ser regulado – ou ao não os nomear tempestivamente –, o Governo literalmente impede que a regulação seja feita. Talvez melhor fosse fechar as agências (o que pode ser feito a qualquer instante, por meio de medida provisória). Este fenômeno pode ser denominado de *locaute regulatório*.

Demais disso, as agências não recebem os aportes de verbas necessários ao cumprimento de suas tarefas (o exemplo mais flagrante é o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações/FUST, criado pela Lei 9.998/2000, receita oriunda de pagamentos feitos pelos usuários e agentes do setor, que atinge a marca de bilhões de Reais, cuja gestão é atribuída à ANATEL, mas ela não tem acesso a tais recursos, contingenciados que são pelo Ministério da Fazenda). Como não há dinheiro, nem todas as agências possuem a necessária infraestrutura – física e tecnológica – que lhes permita desempenhar a contento suas funções. Sem recursos, sem infraestrutura e sem pessoas não se pode regular qualquer setor econômico, quanto mais aqueles definidos normativamente como de maior importância. A situação das agências independentes é financeiramente precária. E sem receita, cuja ausência impede também que se contratem servidores com elevada qualificação técnica, não se regula coisa alguma (muito menos com independência). Aqui se dá a *inanição regulatória*, que instala incentivos para que os reguladores busquem outras fontes de sobrevivência.

Estes três males – a *migração pública*, o *locaute* e a *inanição regulatória* – revelam aspectos de um problema mais sério a ser enfrentado em futuro não muito distante (assim se espera), que diz respeito à própria independência das agências brasileiras. Com isso não se pretende renovar os recursos dogmáticos clássicos (como, por exemplo, a cadeia hierárquica que começa no chefe do Executivo e, formalmente, se desdobra até o último dos servidores públicos). A independência precisa ser vista não somente de seu ângulo endoadministrativo, mas especialmente de fora para dentro da Administração Pública (e vice-versa). As perguntas são mais incisivas: Será que as agências são mesmo independentes/autônomas em relação aos mercados regulados? Será que as agências são independentes em relação aos respectivos governos? Quais seriam as consequências da resposta negativa? Como o direito da regulação pode lidar com isso? Ou, melhor: como pode elaborar respostas para tais perguntas?

O que se dá, portanto, é a apresentação de um dilema para o mundo do direito da regulação e a necessidade de serem construídas algumas saídas – ou, mais propriamente, de serem instalados outros desafios, mais difíceis de serem enfrentados. Sobretudo no Brasil, em que o fenômeno da captura das agências independentes é bifronte, pois se dá tanto pelas mãos dos mercados regulados como pelas mãos do Estado que as instituiu.

Sublinhe-se que, ao se mencionar a captura das entidades reguladoras, não se está a tratar propriamente de corrupção ou improbidade (sem se descartar estes crimes, que podem ocorrer). A ideia é bem mais sofisticada. Ser capturado antes significa não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido em lei. Ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal beneficiário é o próprio regulado (ou o governante de plantão, à procura de votos). A regulação a impor maiores custos à própria Economia – e a vangloriar os agentes regulados e/ou eleger políticos. Por meio da captura, a norma regulatória – que, em tese, se prestaria a alterar a conduta dos agentes econômicos submetidos à agência – acaba por se tornar um produto, eis que manufaturada pelos regulados (ou pelo Executivo central) em seu próprio favor. Como nos monopólios, em que o monopolista é um *price maker*, aqui os regulados (e/ou os

governantes) tornam-se *regulation makers*. Trata-se de sofisticada técnica de conquista dos principais mercados de uma Nação, sobretudo pelo manejo da assimetria de informações, que instala custos desnecessários e aumenta indevidamente os ganhos de alguns dos regulados.

O problema da captura das agências independentes é de grande envergadura, antes talvez de Economia Política – o poder econômico, sua institucionalização, efetivo exercício e objetivos a serem atingidos – que propriamente uma questão jurídico-regulatória em sentido estrito. A rigor, aqui, o direito da regulação se revela como instrumento por meio do qual o problema da captura pode ser juridicamente detectado, tratado, e assumir esta ou aquela feição; gerar este ou aquele resultado (inclusive, para os mais radicais, a pura e simples supressão de qualquer regulação econômica: o suicídio do direito da regulação a resolver os problemas regulatórios).

Ao falar do problema da captura do regulador, não se pode deixar de traçar algumas considerações a propósito do futuro do direito da regulação brasileira sob o ângulo da endorregulação e a atual (re) criação de empresas estatais. Um exemplo-síntese permite a compreensão do tema: a Empresa de Planejamento e Logística S.A./EPL, gerada pela Lei 12.743/2012. A complexidade do processo autorizador dessa empresa, que culminou num gigantesco arcabouço de atribuições executivas e regulatórias, é anúncio da complexidade do que ainda está por vir. Também aqui a compreensão daquilo que vivemos no presente e do que se sinaliza para o futuro exige algum estudo do passado, sobretudo para tentar construir o fio que nos permita escapar do labirinto de medidas provisórias, leis, objetos e escopos que se substituíram, desde 2010, até ser autorizada a criação da EPL.

Originalmente, o que havia era a Medida Provisória 511/2010, que autorizava a União a garantir, via Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social/BNDES, o financiamento do Trem de Alta Velocidade/TAV em favor de seu futuro concessionário. Só isso. Ocorre que, durante seu trâmite, a Medida Provisória 511/2010 foi submetida à “mágica” das emendas parlamentares (o Congresso Nacional a se transformar numa “cartola”, na qual o mágico coloca uma medida provisória sem ter a mínima ideia do que depois sairá lá de dentro), e resultou na Lei 12.404/2011, cujo objeto central era outro: a criação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade

S.A./ETAV, sociedade anônima de capital fechado com poder de controle atribuído à União e vinculada ao Ministério dos Transportes, cujo objeto era “planejar e promover o desenvolvimento do transporte ferroviário de alta velocidade de forma integrada com as demais modalidades de transporte, por meio de estudos, pesquisas, administração e gestão de patrimônio, desenvolvimento tecnológico e atividades destinadas à absorção e transferência de tecnologias” (Lei 12.404/2011, art. 3º).

Os originais arts. 1º a 5º da Medida Provisória 511/2010 (que tinha apenas seis artigos – o sexto tratava de sua entrada em vigor) foram convertidos, com irrelevantes adaptações, nos arts. 19 a 24 da Lei 12.404/2011. O tema principal da medida provisória tornou-se, portanto, mero acessório na lei: aqui, o mais importante não era criar incentivos, mas, sim, autorizar a criação de certa empresa estatal. Àquilo que originalmente seria a possibilidade de fornecer financiamentos públicos ao concessionário de serviço precedido de obra agregou-se uma empresa pública que planejará e desenvolverá todo o setor de transporte ferroviário de alta velocidade.

Promulgada em maio/2011, a integralidade da Lei 12.404 teve vida efêmera. Em agosto/2012 foi alterada pela Medida Provisória 576, que modificou a denominação e o escopo da ETAV (que havia sido criada pelo Decreto 7.755, de junho/2012). A partir de então ela passou a se chamar Empresa de Planejamento e Logística S.A./EPL, incluindo em seu objeto também a “construção da infraestrutura, operação e exploração do serviço” do transporte ferroviário de alta velocidade e a prestação de “serviços na área de estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento do setor de transportes no País” (Medida Provisória 576/2012, art. 3º, I e II). Note-se bem a diferença: enquanto que a ETAV *planejaria e desenvolveria*, a EPL também *construirá, operará e explorará*. A Medida Provisória 576 foi clara desde sua ementa: destinava-se a alterar a Lei 10.233/2001 (que criou a ANTT e a ANTAQ) e a Lei 12.404/2011, para modificar a denominação da ETAV para EPL “e ampliar suas competências”.

A Medida Provisória 576/2012 foi convertida na Lei 12.743/2012, com significativas alterações, extraordinárias e inovadoras, ao seu texto original (todas dirigidas à Lei 12.404/2011). O inciso I do art. 3º foi mantido com as atribuições executivas da EPL (construção, opera-

ção e exploração do TAV). Mas o que aqui mais nos interessa é a redação conferida ao art. 3º, II, da Lei 12.404/2011, que igualmente trata do objeto a que se destina a EPL. Originalmente limitada a “prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento do setor de transportes no País”, a EPL passou a ser competente para “prestar serviços na área de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário”. Isto é: o planejamento estatal de todos esses setores passa pelos estudos e serviços da EPL. Dúvida não pode haver de que foi muito significativa a ampliação do objeto da EPL.

Aliás, o art. 5º da Lei 12.404/2011 (com redação dada pela Lei 12.743/2012) passou a fixar, em seus 22 incisos (boa parte dos quais submete tais atribuições ao setor ferroviário de alta velocidade), que compete à EPL “elaborar estudos”; “realizar e promover pesquisas tecnológicas e de inovação”; “planejar, exercer e promover as atividades de absorção e transferência de tecnologia (...)” gerindo “acordos, contratos e demais instrumentos”; “participar das atividades relacionadas ao setor de transportes”; “promover a capacitação e o desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento”; “subsidiar a formulação, o planejamento e a implementação de ações”; “planejar e promover a disseminação e a incorporação das tecnologias”; “obter licença ambiental”; “desenvolver estudos de impacto social e socioambiental”; “acompanhar a elaboração de projetos e estudos de viabilidade”; “promover estudos voltados a programas de apoio, modernização e capacitação da indústria nacional”; “elaborar estudos de curto, médio e longo prazo”; “propor planos de metas”; “coordenar, executar, fiscalizar e administrar obras”; “administrar e explorar o patrimônio relacionado ao transporte ferroviário de alta velocidade”; “promover a certificação de conformidade de material rodante, infraestrutura e demais sistemas”; “promover a desapropriação ou instituição de servidão dos bens necessários à construção e exploração de infraestrutura para o transporte ferroviário de alta velocidade”; “administrar os programas de operação da infraestrutura ferroviária de alta velocidade”; “prestar serviços aos órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”; “elaborar estudos especiais a respeito da demanda global e intermodal de transportes, por regiões,

no sentido de subsidiar a incorporação desses elementos na formulação de políticas públicas voltadas à redução das desigualdades regionais”; “elaborar projetos básico e executivo de obras de infraestrutura de transportes”; e “exercer outras atividades pertinentes ao seu objeto, conforme previsão do estatuto social.” Mais mar houvesse, mais teriam navegado.

Assim, pode-se constatar que a atual redação da Lei 12.404/2011 é ótimo exemplo da multiplicidade de tarefas que o Estado Brasileiro contemporâneo pretende exercer a fim de regular determinado setor econômico (e adjacências). Há uma multidão de verbos a definir as competências da EPL, que não se limitam àquilo que o art. 173, § 1º, da CF circunscreve como “exploração de atividade econômica”, nem, muito menos, ao que o art. 966 do CC denomina de “empresário” (“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”). A EPL é muitíssimo mais que uma empresa pública nos moldes do já ancião Decreto-lei 200/1967.

A riqueza de alternativas previstas na redação atual da Lei 12.404/2011 é exemplo hiperbólico de aplicação dos arts. 173 e 174 da CF, combinados e reciprocamente potencializados. Já a breve leitura de seu objeto social e da sua competência permite constatar que a EPL, ao mesmo tempo em que *construirá a obra* e deterá a *execução do serviço*, estabelecerá *regras para ele e para os que lhe dizem respeito* (exercitando as técnicas regulamentares de gestão e normativa). Demais disso, realizará ações nos mais amplos campos (inclusive no que respeita às “infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário”). Trata-se de empresa pública que concretizará ações moldadas a regular – se não integralmente, ao menos parte deles – determinados setores da Economia (o *sujeito é público* e exercerá as competências endo e heterorregulatórias, por meio de gestão, normas e contratos). As fontes da regulação setorial produzidas – e obedecidas – pela EPL serão do mais amplo leque (Constituição, leis, regulamentos, códigos de conduta, códigos de boas práticas, contratos). Dizer que a EPL reedita a Petróleo Brasileiro S.A./Petrobrás ou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos/ECT seria subestimá-la. Afinal, o objeto da regulação a ela atribuído partirá do próprio funcionamento da EPL e chegará ao planejamento de vários modais de transporte, passando

pelo comportamento dos agentes econômicos (inclusive contratados e operadores de setores concorrentes, como, por exemplo, a aviação civil) e fixação de parâmetros técnicos e éticos para a prestação dos respectivos serviços.

O que surgirá a partir da efetiva criação da EPL (cujo decreto de criação não havia sido editado até março/2013) é um grande enigma regulatório. O que se passará, portanto, envolve a compreensão compartilhada de várias modalidades do direito da regulação econômica, a conviver num modelo centralizado – cuja atribuição da titularidade regulamentar não mais repousa na Presidência da República ou na diretoria colegiada de uma agência reguladora, mas, sim, na diretoria de uma empresa estatal.

Com estes dois rápidos exemplos (agências reguladoras e empresas estatais) pode-se afirmar que, se uma coisa é certa quanto ao futuro do direito da regulação no Brasil, é que os desafios serão grandiosos. Existem modelos que não encontram precedentes em nossa história (há experiências pretéritas apenas parcialmente semelhantes), a tornar menos previsível o que deles resultará. O que consolida a constatação de que são muitos os futuros do direito da regulação econômica brasileiro.

6. Considerações finais

A título de cogitar a propósito de qual seria o futuro do direito da regulação no Brasil, este breve ensaio escreveu mais a respeito do passado e do presente. Nada de estranho nisso: afinal, ambos são mais palpáveis que o imponderável futuro. Quanto a este, resta uma acumulação de dúvidas, prognósticos e incertezas sobre o que realmente acontecerá com o direito da regulação brasileiro. Mas esta inexatidão tem uma grande vantagem sobre o passado e o presente: permite ao leitor que tenha seus questionamentos e fique tentado a estudar tudo de novo, a reexaminar a história da regulação (administrativa e econômica) e suas categorias teóricas. Com isso, poderá construir sua própria teoria e, assim, tentar dar um sentido ao futuro do direito da regulação no Brasil. Também aqui a palavra-chave é “criar”.