

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 11 · n. 44 · outubro/dezembro 2013 - Publicação trimestral

44

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE

DOCTRINA

 EDITORA
Fórum

ano 11 - n. 44 | outubro/dezembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

Manesco - Advocacia

TOMBO: 51.....

CCDIR:

CUTTER:

ANO: 13.....EDIÇÃO:

EX: 1.....VOL:

Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA

RDPE

 EDITORA
Fórum

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

NUPEDE
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO
PPBD / UFFR

Diretores

Vital Moreira
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)	Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Almir do Couto e Silva (Porto Alegre)	Manuel Afonso Vaz (Porto)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)	Manuel Porto (Coimbra)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)	Marçal Justen Filho (Curitiba)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)	Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Rio de Janeiro)	Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)	Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)	Monica Spezia Justen (Curitiba)
Fábio Nusdeo (São Paulo)	Paula A. Forgioni (São Paulo)
Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (São Paulo)	Paulo Otero (Lisboa)
Leila Cuéllar (Curitiba)	Pedro Gonçalves (Coimbra)
Luís Domingos Silva Morais (Lisboa)	Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
	Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
	Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)	Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)	Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)

R454	Revista de Direito Público da Economia : RDPE. – ano 1, n. 1, (jan./mar. 2003)- – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1678-7102
	1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.
	CDD: 341 CDU: 342

© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Derval Braga

DOCTRINA Artigos

Direito concorrenc

Alexandre Ditzel Far

- 1 Introc
- 2 Direit
- 3 A cor
- 4 A exp
- 5 A exp
- 6 Conc

Concesiones de ca

André Castro Carval

- 1 Conte
- 2 Mode
- 2.1 Datos
- 2.2 Mode
- 2.3 Mode
- 3 "Free
- 4 Via alt
- Refer

Para a compreensã

Diogo de Figueiredo

- 1 Apres
- 2 Introc
- 2.1 Consú
- 2.2 A gên
- 3 A tran
- 4 A tran
- 5 A tran
- 6 Obser

Passado, presente e

Egon Bockmann Mo

- 1 Introd
- 1.1 O dire
- 1.2 As téc
- 1.3 Os suj
- 1.4 O obje
- 1.5 A inter
- 1.6 Os mú

Artigos

Direito concorrencial e regulação

Alexandre Ditzel Faraco

Concessões de carreteras en Brasil y Chile – Aspectos jurídicos comparados

André Castro Carvalho, Carlos Silva V.

Para a compreensão do direito pós-moderno

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil

Egon Bockmann Moreira

Os procedimentos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a natureza jurídica das decisões terminativas proferidas pelo CADE

Mariana Almeida Kato

Agências reguladoras e autoridades da concorrência em conflito

Natália de Almeida Moreno

O cumprimento da função social da propriedade: no novo Direito Antitruste brasileiro

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Concorrência em licitação – O exemplo dos aeroportos

Pedro Dutra

Poder compensatório e equilíbrio – Convergências entre liberalismo e direitos fundamentais

Rogério Telles Correia das Neves

Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira

Sérgio Guerra

A deterioração do sistema regulatório brasileiro

Vitor Rhein Schirato



51

RDPE

ISSN 1678-7102



9 771678 710003

 **Fórum**
www.editoraforum.com.br

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar
Funcionários - Belo Horizonte - MG
CEP 30130-007 - Tel.: 0800 704 3737
editoraforum@editoraforum.com.br



Acesse nossa livraria virtual
www.editoraforum.com.br/loja

Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil¹

Egon Bockmann Moreira

Advogado. Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Professor visitante na Faculdade de Direito de Lisboa (2011). Professor convidado no Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito de Coimbra (2012). Conferencista convidado nas Universidades de Nankai e Jilin, China (2012).

Resumo: O artigo pretende analisar o Direito da regulação econômica no Brasil. Propõe uma classificação do fenômeno regulatório contemporâneo. Traça a evolução constitucional dos regulamentos administrativos e da intervenção do Estado brasileiro na economia. Depois, propõe a categoria constitucional dos regulamentos econômicos, culminando com a descrição e o exame dos principais desafios da regulação econômica brasileira para as próximas décadas.

Palavras-chave: Constituição. História constitucional. Intervenção. Regulação econômica. Regulamento administrativo. Regulamento econômico. Empresas estatais. Agências reguladoras.

Sumário: Introdução – 1 O direito da regulação econômica – 2 O direito da antiga regulação econômica – 3 O Direito da nova regulação econômica – 4 O futuro do Direito da regulação econômica – Considerações finais

¹ Agradeço ao Professor André Rosilho pelo convite e incentivo inicial para a escrita deste artigo (que, em setembro de 2013, serviu de base para a palestra denominada "Qual o futuro da regulação?" no curso de *Direito Constitucional das políticas públicas* na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e comporá futuro livro). Este texto pretende ser uma síntese, breve e incompleta, das reflexões do autor a propósito do Direito da regulação brasileira. As cogitações tomaram consistência no já longínquo 1999, durante o curso *Agências reguladoras: uma visão comparada*, na SBDP, lecionado pelo Professor Doutor Carlos Ari Sunfeld. Depois, em 2002, passaram pelo "Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência", do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desenvolvido pelo Professor Doutor Vital Moreira, e, desde 2005, são o tema específico da disciplina de Direito Econômico, lecionada pelo autor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Fica aqui registrada a minha gratidão a estes dois professores, que tanto me incentivam, e aos meus alunos do PPGD/UFPR, que fazem com que a chama permaneça acesa.

Introdução

A regulação pública da economia (objeto do assim denominado “Direito da regulação”), entendida como as ações estatais dirigidas a influenciar os destinos da economia nacional, 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 implementada pelo Estado. O assunto era circunstancial, secundário (uma subespécie menor), vez que a presença do Estado nas relações econômicas era estruturada por meio de outras técnicas. Os tempos eram bem mais simples e, as soluções, menos complexas.

Até então, o que se prestigiava era a cisão quase mecânica das atividades estatais pelo binômio “poder de polícia” — “serviço público”. 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 e nem muito menos para neles instalar concorrência, mas sim com vistas a neles ingressar devido aos mais variados motivos (ausência de interesse ou de recursos da iniciativa privada, projetos de integração nacional, consolidação do poder político-econômico etc.). O Estado brasileiro era tido como um invasor — de fato e de direito — no mundo da economia.

Contudo, o tempo e os desafios contemporâneos revelaram quão imprópria é tal perspectiva, pois traz consigo uma perene 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. Este era o Estado paternalista que apenas sabia prestar benefícios materiais ou punir seus súditos. 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”.

Afinal, inte
esfera alhei
em poder c
Muito emb
teve seu rai
No Br
lação” ficou
(ou “Estado
importante
nicações, l
de então, a
circunstanc
a ter caract
titutivas. A
privada. Sei
econômico
é muito imp
não se corre
se dá no co

De qu
comparado
var, vale a l
mensão e s
século XXI,
os direitos,
tica e o mul
mensões, d
as soluções
Estado bras
ras do pape

A rigo
dinariam
prime e exci
intergeració
oitocentista
dialética en
vadas na ec
termo e se c

Afinal, intervém quem não é dono, mas deseja fazer valer sua autoridade na esfera alheia (o verbo "intervir" é sinônimo de "interferir", "intrometer"). 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.

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 do 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. Seria um erro, portanto, pretender estudar tal ordem de relacionamentos econômicos sob a perspectiva monoteísta de tempos remotos. Mais do 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. De há muito, a participação e a importância do Estado brasileiro na economia fez com que fossem rompidas as fronteiras inibidoras do papel econômico a ele constitucionalmente reservado.

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 exclusivos 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 em um 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, o qual será dividido em quatro partes (e respectivos subitens), além desta introdução e das considerações finais: (i) o Direito da regulação econômica (o que ele pode ser); (ii) o Direito da antiga regulação econômica (como ele foi quando não era); (iii) o Direito da nova regulação econômica (como ele parece ser); (iv) o futuro do Direito da regulação econômica (o que ele talvez venha a ser). É o que será feito a seguir.

1 O direito da regulação econômica

Como se sabe, as palavras “regular” e “regulação” são naturalmente polissêmicas. Dois de seus significados 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.

Nesse sentido, algo “regular” é aquilo 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 desafinados, 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 assunto para outros artigos).

Ne
porque
de prop
inc. IV;
deixa d
Estado (
Estado r
econôm
social, c
e 170). I
compor
Ao estal
padrões
O
noção d
metros p
res, legít
regular :
costume
visa a qu
de que a
se o Dire
a estabe.
A t
nômica”
mia (um
traz cons
o de ser
“de gest
lação co
venção, i
mudam
do que s
Qu
pelos qu
atingido:

No caso brasileiro, a ordem econômica constitucional é capitalista, sobretudo porque se apoia na apropriação privada dos bens e fatores de produção, no direito de propriedade, na iniciativa privada e na livre concorrência (Constituição, art. 1º, inc. IV; art. 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 (Constituição, art. 173), nem pela convivência reguladora e planejadora do Estado na economia (Constituição, art. 174) ou monopolização pública de setores econômicos (Constituição, art. 177). Um *capitalismo funcionalizado à justiça social*, com fundamento no Estado Social Democrático de Direito (arts. 1º, 3º, 5º e 170). Em decorrência e sob a óptica jurídica, serão juridicamente 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 estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser consideradas 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 o 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*.

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.

1.1 As técnicas regulamentares

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 essa 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 a 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 monopsônio (unidade no polo da demanda) ou de privilégio legal (os monopólios ou monopsônios instituídos por lei).

Já a técnica da 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) o seu comportamento — arcando com as respectivas consequências fáticas e sanções jurídicas (premiais ou punitivas).

1.2 Os sujeitos reguladores

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 (ou, mais genericamente, dos “mercados”). 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 legislativamente 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 das três funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), com competência legal (p. ex., as empresas públicas ou as agências reguladoras) ou constitucional (p. ex., 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 (p. ex., a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e o exame de ingresso) até a regulação dos parâmetros éticos no exercício da atividade econômica (p. ex., o código de ética do Conselho Federal de Medicina – CFM), passando pelas proibições e sanções a determinadas atividades (p. ex., 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 próprios agentes e estabelecimento de normas exógenas àquelas naturais dos respectivos mercados (com os respectivos efeitos reflexos aos demais agentes e setores).

1.3 As fontes regulamentares

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.

Mas tais fontes podem produzir normas e efeitos transversais (atingem vários setores econômicos, cortando-os, todos, em níveis diferentes — p. ex., normas ambientais) e/ou setoriais (incidem apenas no setor regulado — p. ex., os regulamentos da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL que atingem só as empresas e a atividade de telecomunicações).

1.4 O objeto regulado

No que respeita ao *objeto da regulação*, ele pode ser compreendido sob quatro perspectivas — ou quatro subespécies de objetos a ser 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 ao 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*: vide 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 o seu escopo. Ou, melhor dizendo, são os únicos aos quais comportam as qualificações “administrativo” e “executivo”, pois se destinam a permitir a execução da lei por parte das entidades, órgãos e agentes da Administração. Tais regulamentos administrativos podem produzir efeitos mais ou menos intensos sobre as pessoas que se relacionam com o Estado

(p. ex., 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, a 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 autovincula).

O seu escopo, portanto, é o de 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*. Como se dirige à economia, esta subespécie pode ser denominada de *regulação econômica*.

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 (p. ex., o Código de Ética da Magistratura Nacional; o Decreto Federal de 26.05.1999, que criou a Comissão de Ética Pública; o Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 21.08.2000 e o Decreto nº 6.029/2009, que instituiu o Sistema de Gestão da Ética do Governo Federal).

O objeto desta terceira 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 (p. ex., 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 procedimentos tecnológicos, sobretudo industriais) como pública (p. ex., o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, autarquia criada pela Lei nº 5.966/1973, que tem como finalidade a prefixação e 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).

1.5 A intensidade regulatória

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 ser 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 (p. ex., bancos públicos a celebrar empréstimos com juros mais baixos; farmácias populares e vendas mais baratas de medicamentos e, ao 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.

1.6 Os múltiplos aspectos de um fenômeno dinâmico

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. Além disso, é perfeitamente possível a convivência com outras classificações, pois fato é que nenhuma das modalidades acima apresentadas incide soberanamente (a não ser em modelos analíticos). O mesmo órgão, entidade e/ou pessoa privada pode exercitar mais de uma espécie e subespécie regulatória — tudo depende de seu ato constitutivo — muitas vezes concomitantemente a outro órgão, entidade e/ou pessoa privada.

Mas uma coisa é certa: 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 (p. ex., veja-se a Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL, a ser examinada no tópico 4, a seguir). 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 os que hoje são utilizados 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.

2 O direito da antiga regulação econômica

O olhar para o “futuro” do Direito da regulação exige que conheçamos o seu passado e 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. Começamos, portanto, pela breve descrição dos preceitos constitucionais e suas preocupações com os regulamentos administrativos e, quando for o caso, com a intervenção e regulação estatal da economia.

2.1 As Constituições brasileiras e o relacionamento do Estado com a economia

Desde a Carta outorgada em 1824 (a “Constituição Imperial”) até as Emendas Constitucionais nºs 8 e 9, de 1998 (a 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 determinada 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 EC nº 1/69, 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” (Constituição 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 nº 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 nº 1/1969, art. 21, §2º, inc. I).

Dentro dessa mesma racionalidade, as Constituições, de 1824 até a EC nº 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, inc. IV, atribuía à União competência para “planejar e garantir a segurança nacional”). Apenas a EC nº 1/69 dispunha que competia à União “planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais” (art. 8º, inc. 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).

2.2 As Constituições brasileiras e os regulamentos “de execução”

Logo, nenhuma das Constituições anteriores à atual (esta, qualificada pelas Emendas nºs 8 e 9, de 1998) preocupava-se 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, inc. XII, da Carta de 1824 consignava que, dentre as “principais atribuições” do Imperador estava a de “Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados à 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 Constituição de 1946, em seu art. 86, inc. I (“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”); a Carta-Constituição de 1967, no inc. 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 nº 1/1969.

A redação original da Constituição de 1988 (art. 84, inc. 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 EC nºs 8 e 9, ambas de 1998, e na EC nº 32/2001, a ser examinadas mais à frente.

Pode-se dizer que, até 1998, 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.

2.3 As Constituições brasileiras, o relacionamento do Estado com a economia e os regulamentos “de execução”

As preocupações constitucionais quanto ao relacionamento do Estado com a economia acima descritas, 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 o 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 ao 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” vs. “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 circunscrita 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 nº 63.196/1968, e na Superintendência Nacional do Abastecimento – SUNAB, criada pela Lei Delegada nº 5/1962), mas isso se dava antes com o intuito de resolver problemas circunstanciais, por meio de pseudo-soluções *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. Esse ângulo de compreensão do problema regulatório é bem mais recente.

3 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”) — ao lado, sem dúvida alguma, dos arts. 1º e 170.

Em decorrência dos arts. 173 e 174 da Constituição, 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 positivada 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”.

3.1 A autonomia do art. 174 da Constituição brasileira – O regulamento econômico

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 EC nº 1/69, acima consignada). Quando isso ocorria, era somente ao nível da legislação ordinária.

Por outro lado, sobre ser parte integrante das relações econômicas (art. 173), hoje existe a constitucionalmente inédita positivação 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 Constituição 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 Constituição, 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 “fidel execução” das leis (art. 84, inc. IV). Bem verdade que tal prerrogativa foi alargada pela EC nº 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, inc. VI, alíneas "a" e "b"). Mas todas as hipóteses relativas à competência regulatória do art. 84 tratam exatamente do mesmo tema consignado no art. 102, inc. XII, da Carta de 1824 — então, privativo do Imperador; agora, da Presidência da República — a faculdade de baixar decretos *interna corporis* da Administração Pública.

Existe 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 Constituição em vigor. O sujeito regulador não é mais só o chefe do Executivo e o objeto a ser regulado é outro, antes *externa* do que *interna corporis*. Daí ser um equívoco pretender-se interpretar e/ou aplicar 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.

3.2 Algumas das peculiaridades do art. 174 da Constituição brasileira

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 ser 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.

Ampliou-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 sócio-regulatórias 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.

3.3 As Emendas Constitucionais e a legislação ordinária – A mudança estrutural

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. Ao nível constitucional isso se deu com a EC nº 8/1995, ao estabelecer o “órgão regulador” para o setor de telecomunicações (art. 21, inc. XI), e a EC nº 9/1995, ao prever o “órgão regulador” do monopólio da União no setor de petróleo (art. 177, §2º, inc. III).

Ao 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 Lei nº 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) e Lei nº 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL) — seguidas que foram da Lei nº 9.478/1987 (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP); Lei nº 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); Lei nº 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS); Lei nº 9.984/2000 (Agência Nacional de

Águas – ANA); Lei nº 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); Medida Provisória nº 2.228-1/2001 (Agência Nacional do Cinema – ANCINE) e Lei nº 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 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 nº 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, portanto, que o chamado *movimento de desregulação* na verdade implicou a *re-regulação* (novos métodos), a *expansão* (novos territórios, fronteiras mais largas), a *intensificação* (p. ex., desde 1997 até dezembro de 2012, a ANEEL já havia editado mais de 500 Resoluções Normativas, ao passo que a já ultrapassara a marca de 600 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, prestou-se 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 nº 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 nº 8.987/1995 até a Lei nº 11.079/2004, passando pelas previsões contratuais das leis das agências reguladoras acima arroladas). Os horizontes cognitivos são muito mais largos do que aqueles de meras alterações pontuais do Direito da regulação ou relativos a fenômenos passageiros.

Ou seja, se as mudanças houvessem parado na EC nº 8/1995 e EC nº 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 Constituição. Não se pode negar (gostemos ou não disso) que foi substancialmente modificada 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 passado, 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 funcionamento independentes precisam ser enfrentados.

3.4 Os muitos pêndulos da economia brasileira – Seu movimento assíncrono

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 que a 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 tenha se 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 encontram-se 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 submetem-se 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 metrônimos (pêndulo oscilante que mede 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 a sua diversidade e se emancipam uns dos outros (até, no final, restar um só, antes do silêncio). Cada um desses metrônimos 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.

4 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, ao nível federal, autorizam algumas considerações de futurologia regulatória brasileira.

4.1 Os desafios às agências reguladoras independentes – *Migração, locaute e inanição*

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). Vários dos cargos diretivos passaram a ser preenchidos por pessoas sem a necessária sofisticação técnica, esta sim indispensável à condução da política de regulação setorial (p. ex., 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, senão 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 que 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 quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato” (Lei nº 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 — p. ex., na ANATEL e na ANEEL, o prazo é de um ano (Lei nº 9.472/1997, art. 30; Lei nº 9.427/1996, art. 9º), porém todas se referem à

prestação, direta ou indireta, de serviços às empresas vinculadas no respectivo setor regulado: nada falam a respeito de eleições, cargos político-partidários e cargos em comissão nos governos e empresas estatais.

Inclusive, essa falha gerou casos de dirigentes de agência 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 de 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. Desde que haja algo a ser regulado e se decida por não o fazer. Ao deixar de 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 necessárias ao cumprimento de suas tarefas (o exemplo mais flagrante é o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), criado pela Lei nº 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.

4.2 Os desafios às agências reguladoras independentes – *Captura bifronte*

Os três males acima descritos — 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, p. ex., a cadeia hierárquica que começa no chefe do executivo e, formalmente, desdobra-se 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 ser atingidos — do que propriamente uma questão jurídico-regulatória em sentido estrito. A rigor, aqui, o Direito da regulação se revela como um 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).

4.3 A endorregulação e a captura pública de setores econômicos

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 nº 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 exigem 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 a ser autorizada a criação da EPL.

Originalmente, o que havia era a Medida Provisória nº 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 MP nº 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 nº 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 nº 12.404/2011, art. 3º).

Os originais arts. 1º a 5º da MP nº 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 nº 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 autorizar a criação de certa empresa estatal. Àquilo que originalmente seria a possibilidade de fornecer financiamentos públicos ao concessionário da concessão 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 de 2011, a integralidade da Lei nº 12.404 teve vida efêmera. Em agosto de 2012 foi alterada pela Medida Provisória nº 576, que modificou a denominação e o escopo da ETAV (que havia sido criada pelo Decreto nº 7.755, de junho de 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” (MP nº 576/2012, art. 3º, incs. I e II). Note-se bem a diferença: enquanto que a ETAV *planejaria e desenvolveria*, a EPL também *construirá, operará e explorará*. A MP nº 576 foi clara desde a sua ementa: destinava-se a alterar a Lei nº 10.233/2001 (que criou a ANTT e a ANTAQ) e a Lei nº 12.404/2011, para modificar a denominação da ETAV para EPL “e ampliar suas competências”.

A MP nº 576/2012 foi convertida na Lei nº 12.743/2012, com significativas alterações, extraordinárias e inovadoras, ao seu texto original (todas dirigidas à Lei nº 12.404/2011). O inc. I do art. 3º foi mantido com as atribuições executivas da EPL (construção, operação e exploração do TAV). Mas o que aqui mais nos interessa é a redação conferida ao art. 3º, inc. II, da Lei nº 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 nº 12.404/2011 (com redação dada pela Lei nº 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 nº 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). Existe uma multidão de verbos a definir as competências da EPL, que não se

limitam àquilo que o art. 173, §1º, da Constituição circunscreve como *exploração de atividade econômica*, nem, muito menos, ao que o art. 966 do Código Civil 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 do que uma empresa pública nos moldes do já ancião Decreto-Lei nº 200/1967.

A riqueza de alternativas previstas na redação atual da Lei nº 12.404/2011 é exemplo hiperbólico de aplicação dos arts. 173 e 174 da Constituição, 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 — senão 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. – Petrobras 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, p. ex., 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 de 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.

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 do 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 os 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 a sua própria teoria e assim tentar dar um sentido ao futuro do Direito da regulação no Brasil. Também aqui, a palavra-chave é criar.

Curitiba, março de 2013.

Abstract: The article analyzes the economic regulation in Brazil and proposes a classification of the contemporary economic regulatory phenomenon, culminating with the description of the main challenges of the Brazilian economic regulation.

Key words: Constitution. Constitutional history. Intervention. Economic regulation. Administrative Law. State enterprises. Regulatory agencies.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

Recebido em: 07.03.2013

Aprovado em: 25.10.2013