

PERIÓDICOS

Interesse Público - IP

Fórum Administrativo - FA

Fórum de Contratação e Gestão Pública
FCGP

Fórum de Direito Urbano e Ambiental
FDUA

Revista Fórum de Direito Tributário
RFDT

A&C - Revista de Direito Administrativo
& Constitucional

Revista Brasileira de Direito Municipal
RBDM

Revista Brasileira de Direito Processual
RBDPro

Revista Brasileira de Direito Público
RBDP

Revista Brasileira de Estudos
Constitucionais - RBEC

Revista de Direito Público da Economia
RDPE

Revista de Direito de Informática e
Telecomunicações - RDIT

Revista de Direito do Terceiro Setor
RDTS

Revista Brasileira de Direito Eleitoral
RBDE

Assinaturas | 0800 704 3737
(31) 2121-4949



visite nosso site:
www.editoraforum.com.br

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA RDPE



ISSN 1678-7102

R. de Dir. Público da Economia - RDPE | Belo Horizonte | ano 9 | n. 33 | p. 1-244 | jan./mar. 2011

Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Palavras-chave: Regulação estatal. Economia. Função estatal.

Sumário: A regulação, equilíbrio regulatório e a noção de sistemas – A regulação estatal da economia – A autorregulação ou regulação autônoma – Regulação estatal e autorregulação: proximidades e diferenças

Embora a função estatal de agente regulador da atividade econômica constasse já do texto original da Constituição de 1988 (artigo 174, *caput*), a atividade regulatória estatal em face da economia ainda suscita, em parte da doutrina de direito econômico e de direito administrativo; alguma comiseração, quase um preconceito intelectual. A três razões pode ser atribuído este fato. De um lado, tem-se a circunstância histórica da emergência e fortalecimento do papel regulatório estatal coincidir com os processos de redução da intervenção estatal direta na economia, favorecendo a confusão entre privatização e regulação, como se àquela correspondesse, sempre, um processo de desregulação. De outro lado, este preconceito se nutre com o fato de que a intervenção regulatória (em contraponto com a intervenção estatal direta) corresponde muito à experiência americana, distante, pois, tanto do direito europeu continental quanto do modelo de intervenção econômica nos quais nos inspiramos. Há, por fim, a perplexidade diante das profundas mudanças estruturais, axiológicas e conceituais propiciadas pela emergência do Estado predominantemente regulador.

Dois são os objetivos deste texto. Primeiro, expor algumas características típicas da atividade regulatória, procurando nuançar como o manejo destas competências obriga a algumas reflexões de teoria geral do direito e da sociologia jurídica. Aqui particularmente interessa-me relacionar a atividade regulatória com os rudimentos da teoria dos sistemas e com a noção de subsistemas ou de ordenamentos setoriais. Ao depois, insta-me tentar diferenciar regulação estatal da autorregulação (duas vertentes da atividade regulatória), pretendendo, indiretamente,

confrontar as posições que tratam de maneira indistinta regulação estatal e desregulação da economia.

A regulação, equilíbrio regulatório e a noção de sistemas

A atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional.¹ Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descurar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença, como mais adiante detalharei.

O que se altera, contudo, é o modo de exercício desta autoridade. Em vez de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interage com eles num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas. Ademais, há um traço necessário de responsabilidade no manejo desta autoridade que não mais estabelece normas e padrões de conduta a partir apenas de sua leitura do que seja o interesse público, mas se impõe como objetivo manter equilibrados os interesses envolvidos naquela dada relação econômica de modo que, a um só tempo, possa perseguir os interesses (públicos) alvitados sem sacrificar demasiados interesses dos particulares e sem comprometer a reprodução e preservação das relações econômicas reguladas.

Esse objetivo de equilíbrio e composição de interesses inerente à atividade regulatória nos remete necessariamente a trabalhar com a ideia de sistemas. Sob dois prismas. Primeiro, porque a regulação servirá para estabelecer o engate, a ponte, entre os sistemas jurídico e político, de um lado, e os sistemas econômico e social, de outro. Pressupondo que cada um destes sistemas possui uma certa autonomia e que nenhum deles reúne a capacidade para se impor sobre os demais, faz-se necessário que se relacionem e estabeleçam, permanentemente, padrões de equilíbrio. A atividade regulatória bem se presta a isso. Segundo, porque a construção

¹ Para um aprofundamento do tema, ver meu *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157-170.

dos distintos arcabouços regulatórios, ao estatuir para cada setor da vida econômica e social, um determinado equilíbrio, um código interno e um aparato normativo próprio, acaba por criar subsistemas normativos (os tais ordenamentos setoriais de que nos falava Massimo Severo Giannini),² que convivem de maneira nem sempre harmônica com a unicidade e centralidade do ordenamento jurídico estatal, construído sob o prisma do monismo jurídico.³

Essa noção, ligeira e introdutória, da atividade regulatória permite demonstrar a inter-relação direta entre a moderna atividade regulatória e a contribuição da teoria dos sistemas.⁴ Embora a teoria da regulação tenha surgido antes mesmo da afirmação das obras que vão consolidar a Teoria dos Sistemas, a análise dos textos de referência da teoria da regulação no direito americano permite-nos identificar a ideia de sistemas (ou de subsistemas) como essencial para o exercício da regulação. O próprio texto clássico de George Stigler,⁵ trabalha com a articulação entre sistema político e sistema econômico (ou subsistemas econômicos) a partir da análise da relação entre Estado (base do primeiro) e as específicas “indústrias” ou “setores” (ou os subsistemas econômicos).

Em outra oportunidade,⁶ tentei explicar e demonstrar que a hodierna configuração da sociedade e da economia favorece a autonomização dos sistemas. Atribuí este fato a alguns fatores, dentre os quais destaco: i) a complexidade crescente das relações econômicas e sociais e a conseqüente inviabilidade da unicidade e da uniformidade normativa, característica do direito moderno; ii) a fragmentação sociocultural e o seu confronto com a unidade política e com a suficiência dos mecanismos de representação; iii) a atual configuração do capitalismo, marcado pela mundialização e incontendibilidade dos fluxos de capital, indicando o esgarçamento da centralidade do comando estatal sobre as decisões econômicas. Disso adviria a insubmissão do sistema econômico em relação ao sistema político e a conseqüente fragmentação dos subsistemas econômicos a partir da configuração, para cada qual, de um determinado arranjo (equilíbrio)

² Cf. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1993. p. 54-57.

³ Para uma crítica lúcida deste fenômeno, ver GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94 et seq.

⁴ Para uma visão geral desta teoria, ver, por todos, CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 65-100.

⁵ “The Theory of Economic Regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, p. 1 et seq. 1971. Há publicada entre nós uma tradução deste e de outros textos clássicos sobre teoria da regulação em MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

⁶ *Regulação estatal e interesses públicos*, cit., p. 100-143.

sistêmico. E neste contexto emerge com crescente importância a atividade regulatória.

Jacques Chevalier, com a clareza e objetividade de seus textos, ensina que “o conceito de regulação constitui um elemento chave da Teoria Geral dos Sistemas. Todo sistema organizado é formado de um conjunto de elementos interdependentes e interagentes, efetivamente em permanente confronto com fatores de desequilíbrio e instabilidade advindos do seu entorno (meio ambiente). A regulação recobre esse conjunto de processos para os quais os sistemas procuram manter seu ‘estado estacionário’ anulando os efeitos das perturbações exteriores.”⁷

A regulação serve, pois, de elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. E o faz a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos que, de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno da qual se estrutura este subsistema). O exercício da regulação em um dado setor regulado (subsistema) envolve a construção de um arcabouço normativo que compreende princípios, conceitos, interesses e normas conformados às necessidades e peculiaridades setoriais.

O surgimento destes subsistemas decorre da incapacidade do sistema jurídico unitário e centralizado responder de forma ágil, eficiente e legítima as necessidades de uma sociedade e de uma economia crescentemente complexas. A resposta do sistema político e jurídico, efetivada pela normatividade legislativa responde a um tempo próprio da produção do consenso na esfera parlamentar, com um *timing* incompatível com a velocidade demandada particularmente pelo sistema econômico. A eficiência das respostas dadas pelo direito e pela política padece de uma falha de conhecimento, da assimetria informacional trazida pela contradição entre a generalidade com que os problemas são tratados pelo ordenamento jurídico e a especialidade cognitiva própria dos subsistemas econômicos. Por fim, a mediação política e jurídica feita nos espaços de representação política e na Administração Pública centralizada acarreta problemas de legitimidade que só podem ser sanados em ambientes que promovam uma maior interação e interlocução entre e com os atores econômicos e sociais.

⁷ “De quelques usages du concept de régulation”. In: MIALLE, Michel. *La régulation entre droit et politique*. Paris: Éditions L’Harmattan, 1995. p. 76.

Neste contexto, a moderna regulação se apresenta como uma dimensão a um só tempo alternativa e complementar à normatividade legislada. Se pensarmos a atividade estatal clássica em face da economia, poderemos claramente identificar duas formas de atuação.

Uma, mais abstencionista, representada pela ordenação normativa por intermédio dos comandos legais editados pelo Parlamento. Trata-se da atuação exclusivamente normativa de edição de leis que disciplinam o que pode e o que não pode ser realizado pelos indivíduos. É em torno desta atividade que se edifica o princípio da legalidade, assegurando que ninguém será compelido a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Nesta primeira perspectiva é o sistema jurídico que baliza a ordenação da atividade dos indivíduos no domínio econômico, fazendo-o ou mediante proibições (o que não podem os agentes econômicos fazer) ou induções, incentivos (o que devem fazer se quiserem obter algumas vantagens).

Outra modalidade, digamos tradicional, de atuação do Estado em relação à economia, é a intervenção direta. Premido por crescentes necessidades sociais, o sistema político reage absorvendo parte do sistema econômico, retirando-o do campo da livre atuação dos agentes econômicos. Trata-se do intervencionismo estatal direto na economia, representado pelo estabelecimento de monopólios estatais, atividades de exploração exclusiva ou privilegiada aos entes estatais, a constituição de sociedades de economia mista ou empresas públicas, entre outros instrumentos. Se na atividade normativa legal a atuação do estado é feita predominantemente pelo sistema jurídico, via ordenamento estatal, na intervenção direta o sistema político exerce um papel central. Procedendo-se, podemos dizer, a uma politização da economia, com uma forte substituição da racionalidade econômica pela racionalidade política.

A moderna regulação, como dito acima, emerge como uma outra forma de atuação em face do domínio econômico. Alternativa e complementar. Alternativa porque permite, se pensada como regulação estatal, a influência do sistema político em segmentos do sistema econômico. Complementar porque a regulação não exclui a importância dos sistemas jurídico e político, na medida em que se presta exatamente a servir como engate destes com o sistema econômico e, em algumas circunstâncias, com o sistema estatal.

Não é por outro motivo que alguns autores identificam o Estado contemporâneo como uma terceira configuração estatal, sucedânea do Estado liberal (correspondente àquele modelo de prevalência da normatividade

legal) e do Estado intervencionista (marcado pela assunção direta de funções econômicas pelo poder público, via intervenção estatal direta). Esta terceira configuração designam “Estado Regulador”.⁸

O que diferencia esta terceira forma de relação do Estado com o sistema econômico e social é que, ao contrário das outras duas, o eixo vertical, impositivo, de estabelecimento de comandos, cede lugar à outra forma de relação, mais horizontal, onde a imposição é substituída pela interlocução, o acatamento obrigatório dá espaço à busca do consenso e a legitimidade a priori da autoridade é substituída pela legitimação processual. Não por outra razão que recentemente (em especial após a Constituição de 1988 e seu forte viés democrático) passamos a conviver com ideias como obrigatoriedade de processo administrativo⁹ e participação do cidadão na atividade da Administração Pública.¹⁰

De tudo isso, resta importante notar que o crescimento da atividade regulatória (estatal ou não estatal) defluiu como consequência direta da crescente autonomia do sistema econômico em relação aos sistemas político e jurídico. A resposta regulatória não é causa desta autônoma crescente e sim consequência dela. E não necessariamente uma consequência aliviada pelos agentes econômicos cada vez mais autônomos. Como indica o discurso conservador americano, o arranjo ideal para os interesses econômicos cada vez mais fortes e autônomos não está na reconfiguração ou fortalecimento da atuação estatal, mas sim na supressão de qualquer pretensão normativa, interventiva ou ordenadora.¹¹

Neste contexto, a atividade regulatória oferece uma alternativa às soluções estritamente liberais (que apontam para a supressão de qualquer perspectiva de controle ou pretensão ordenadora da economia) para a incapacidade dos sistemas jurídico e político de dar conta às necessidades e complexidades de um sistema econômico crescentemente autônomo e ao grau cada vez mais especializado e à autorreferência dos subsistemas que o integram.

⁸ Ver FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. Ver também, VALLE, Juliana Rodrigues. *Agência reguladora independente e déficit democrático: análise do caso Anatel*. São Paulo: Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, FADUSP, 2004. p. 85-95. Mimeografado.

⁹ Sobre este tema e em particular sobre o quanto a noção de processo administrativo representa uma mudança radical na noção de Administração pública ver, por todos, o texto de MOREIRA, Egon Bockman. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 39, p. 3793-3795, maio 2004.

¹⁰ Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum 2004.

¹¹ Sobre o tema, ver meu *Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. São Paulo: Abar, 2003. p. 14.

A atividade regulatória se mostra mais adequada a responder a estes desafios pois: i) permite a adequação aos níveis de especialização exigidos por cada setor da economia (cada subsistema); ii) enseja mais dinamismo e agilidade na função normativa, permitindo uma resposta do sistema regulatório mais ágil do que a resposta possível no âmbito do ordenamento estatal; iii) favorece uma maior integração entre os sistemas, uma vez que o engate entre eles não se dá pelo vértice de cada sistema e sim pela articulação no ambiente do próprio subsistema regulado (onde interagem os atores econômicos, sociais, estatais e os distintos interesses de cada qual); iv) favorece as mediações técnicas àquelas de matiz exclusivamente político, sem deixar de reconhecer naquelas um forte conteúdo de arbitragem de interesses.¹²

Como dito um pouco acima, o fenômeno regulatório favorece e desenvolve os chamados ordenamentos setoriais. Tais ordenamentos não têm a pretensão de substituir o ordenamento estatal, inclusive porque não têm a aspiração de ser um ordenamento global. Os ordenamentos setoriais são assumidamente parciais. Articulam-se com o ordenamento jurídico e no seu âmbito se inserem. O diferencial é que não o fazem a partir dos critérios hierárquicos e de unicidade. Não desafiam a supremacia da Constituição. Porém, relacionam-se com ela a partir de pautas hermenêuticas distintas daquelas eventualmente estruturantes de um outro ordenamento setorial.

Assim como o sistema jurídico cunhou a interpretação conforme a Constituição para permitir o fechamento do sistema e o aplainamento de contradições internas ao ordenamento, sem a retirada de normas supostamente colidentes com o texto constitucional (o que levaria à criação de lacunas normativas comprometedoras do próprio sistema), a configuração dos ordenamentos setoriais procede, informal e tacitamente, a interpretações conformes não à Constituição, mas interpretações conformes da própria Carta Maior, de modo a adequar suas preconizações às necessidades e especificidades de cada subsistema. Bom exemplo deste processo nos fornece o conceito de “autorização” referido em alguns dispositivos do artigo 21 da Constituição federal, bem como no seu artigo 173. De modo a viabilizar a estruturação dos diversos arcabouços normativos setoriais

¹² Cf. MARZONA, Nicoletta. Il potere normativo delle autorità indipendenti. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Cláudio. *I garanti delle regole*. Bologna: Il Mulino, 1996. p. 103.

(ou tais subsistemas), o conceito de “autorização” foi apropriado de forma distinta por vários setores.

Assim, o termo é empregado e concretizado de forma distinta quando estamos no âmbito do setor de telecomunicações, de energia elétrica, de petróleo ou no setor da educação. Não só o conceito legal muda, como mudam o seu emprego, a sua finalidade, abrangência e, conseqüentemente, a sua utilização na construção da estrutura regulatória de cada subsistema.

Disso irá decorrer o aumento da pluralidade das fontes normativas e a quebra da estruturação vertical da norma. Os subsistemas jurídicos não prescindem da produção de normas legais. Porém, cada vez mais a textura normativa das leis é aberta, franqueando largas margens de preenchimento do conteúdo do comando normativo em âmbito infralegal, ou seja, no ambiente de cada subsistema regulado. Daí a se perder a uniformidade normativa e a centralidade da produção do direito é um passo. Como no ambiente destes subsistemas a concretização dos comandos normativos dependerá da configuração dos interesses específicos, tem-se comprometida a homogeneidade e a unicidade do sistema jurídico. Passa-se a vivenciar o pluralismo de fontes normativas e de órgãos legitimados a normatizar. Principalmente verifica-se uma sub-hierarquização normativa dotada de estrutura própria e de complementariedade específica em relação ao ordenamento jurídico estatal.

Dito de outro modo, cada subsistema regulatório se apresenta como uma forma distinta de engate entre os sistemas jurídico, político, econômico e social. Compreender e operar em cada um destes subsistemas é um desafio que o operador do direito não pode enfrentar munido apenas do conhecimento geral do sistema jurídico na sua generalidade. É preciso compreender as condicionantes do sistema político, econômico e social ao mesmo tempo em que domina as especificidades do subsistema regulado. É necessário, pois, conhecer não apenas a floresta e suas principais árvores, mas também ter noção da sua importância para o meio-ambiente como um todo e, além disso, reunir conhecimentos sobre cada um dos ecossistemas nela contidos. Uma tarefa cada vez mais desafiadora.

A regulação estatal da economia

Até aqui tentei explicar como a teoria da regulação tem forte base teórica na teoria dos sistemas e, particularmente, como não se põe possível explicar a atividade regulatória sem entender a inter-relação entre

os sistemas (particularmente o econômico, o político e o jurídico) e sem conceber a ideia de subsistemas regulados, no âmbito dos quais a regulação opera no sentido de equilibrar interesses. Tomo por pressuposto que a atividade regulatória (estatal ou não) envolverá sempre a) o engate de interação entre sistemas e b) o equilíbrio de interesse interno ao segmento regulado.

Porém, até aqui tratei de regulação como atividade em geral. Cumpre agora distinguir entre duas de suas espécies: a regulação estatal e a autorregulação (organizada e desempenhada pelos agentes privados, em maior ou menor grau à margem estatal).

A regulação estatal é uma das formas de intervenção do Estado em face da ordem econômica. Desnecessário lembrar que a Constituição de 1988, ao par de prever o já referido papel do Estado como agente regulador da economia (artigo 174), previu o valor da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput*) e fundamento da República (artigo 1º, IV, pareado com o valor social do trabalho). Temos daí um forte vetor de subsidiariedade na intervenção estatal, como já pude demonstrar em oportunidade anterior.¹³ No próprio texto constitucional, porém, encontramos os fatores que, por imposição da Carta, motivam e justificam a intervenção estatal. Trata-se do rol de objetivos constante do próprio artigo 170. Para concretizar tais princípios faz-se imperativo que o Estado intervenha na economia, preferencialmente manejando as competências a ele reservadas pelo artigo 174 (entre as quais o papel regulador se destaca).

Sendo assim, a regulação estatal deverá combinar os objetivos de preservar as condições de reprodução e preservação da atividade econômica (assegurar a livre iniciativa), com o cumprimento dos objetivos da ordem econômica, muitos deles de corte distributivista (como é bom exemplo a redução das desigualdades referida no inc. VII do artigo 170). A doutrina distingue a regulação econômica da regulação social.¹⁴ A regulação econômica objetivaria preservar a permanência e a reprodução da atividade em si, como foi entre nós a Política do Café na Primeira República.¹⁵ Já a regulação social teria por escopo atingir finalidades

¹³ Ver meu “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 1, p. 69-94, jan./mar. 2003.

¹⁴ Vide ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economia y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993. Neste sentido ver também MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. *Lo stato regolatore*. Bolonha: Il Mulino, 2000. p. 38.

¹⁵ É certo que sempre dir-se-á que há outros fatores a justificar tal regulação como a política de empregos ou os reflexos na economia em geral (balança comercial, desabastecimento, riscos inflacionários). O que releva,

exteriores à atividade econômica em si, como por exemplo, nos objetivos de proteção dos consumidores de uma dada atividade ou da proteção ambiental.

De minha parte, creio que esta distinção se coloca hoje meramente acadêmica. Em maior ou menor grau, toda atividade econômica enseja externalidades positivas ou negativas, justificadoras de uma regulação de corte social. De outro lado e como dito, à luz do artigo 170, a regulação estatal não pode ser exclusivamente econômica, pois os objetivos e princípios da ordem econômica predicam que o Estado, ao exercer a regulação, deve perseguir a combinação entre a garantia das condições de exploração da atividade econômica e a implementação dos objetivos de ordem pública. Isso faz com que, no exercício da regulação a seu cargo, o Estado tenha de combinar o equilíbrio sistêmico com a promoção de políticas públicas. A regulação estatal, portanto, não pode ser meramente reativa ou ordenadora. Terá um caráter proativo e planejador, porém pautado por vetores de equilíbrio, ponderação e responsabilidade.

A regulação estatal, sabemos, é uma forma de intervenção do Estado em face da Ordem Econômica. É uma das modalidades de intervenção. Não é a única, nem a mais intensa. Porém, hoje, talvez seja a mais importante justamente por ser a mais apta a permitir a ação do Estado em face de um sistema econômico crescentemente autônomo, como dito.

A regulação estatal pode recair sobre atividade que a Lei ou a Constituição estabeleçam como atribuição estatal (os serviços públicos próprios e impróprios, *v.g.*, as atividades de interesse geral) ou sobre atividades econômicas em sentido estrito, exclusivamente privadas. No primeiro caso, a regulação é obrigatória, haja ou não delegação de sua prestação à iniciativa privada. No segundo, a regulação será cabente na medida em que é necessária ao atingimento dos princípios constitucionais que, deixados à cura exclusiva da iniciativa privada, não seriam alcançados.

A regulação estatal pode se organizar em torno de serviços públicos (como se verifica no setor de telecomunicações ou energia elétrica), sobre o uso de bens públicos escassos ou relevantes (caso da indústria do petróleo ou nos recursos hídricos), sobre atividades que envolvam risco sistêmico

porém, na regulação econômica o seu objetivo primacial de preservar as condições de exploração da atividade regulada, independente dela atender ou não aos interesses particularísticos dos agentes econômicos nela envolvidas. Assim, por exemplo, a atuação do regulador do sistema financeiro que atua para evitar a quebra de um banco impedindo que, via risco sistêmico, o sistema bancário entre em colapso, estará exercendo regulação econômica mesmo que intervenha nesta instituição e apeie seus controladores do seu comando.

(setor financeiro ou mercado securitário) ou ainda sobre atividades de interesse geral (como a saúde suplementar ou a vigilância sanitária).

Além disso, tenho defendido¹⁶ ser também atividade regulatória aquela que o Estado desenvolve não sobre setores específicos, mas sobre sistemas de defesa de interesses difusos ou hiposuficiências, como ocorre com o Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor ou o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência. Neste caso, estamos diante de uma regulação estatal não de cunho setorial (atinentes a um setor ou segmento da economia), mas de caráter transversal, pois que perpassa toda a economia a partir da defesa de um dado interesse específico, em torno do qual se constrói um sistema de mecanismos e valores protetivos.

A autorregulação ou regulação autônoma¹⁷

A regulação estatal não se confunde com a autorregulação.¹⁸ Nesta confusão incorre parte da doutrina quando enxerga na construção dos subsistemas regulatórios pelo Estado, instrumentos de desregulação ou autorregulação. A menos que não se consiga conceber a atuação estatal sem o traço da unilateralidade e do autoritarismo (por exemplo, tomando por inconcebível a participação efetiva do administrado na atividade estatal), não se há de baralhar regulação estatal com autorregulação pelo mercado ou por instituições organizadas e geridas pelos agentes econômicos.

Autorregulação é a forma de regulação que surge a partir do interesse dos atores econômicos atuantes num dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento deste sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das interferências externas, de origem estatal ou não. A autorregulação tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica. Seu caráter de regulação social é nulo ou meramente residual. Ela é bastante ineficiente para coibir externalidades ou para implementar políticas públicas.

Comparando a regulação estatal com a autorregulação, Vital Moreira explica que “a regulação estadual [estatal] da economia é uma heterorregulação, porquanto é exercida por uma instância estadual

¹⁶ Ver meu Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 95-118.

¹⁷ Sobre o tema é obrigatório ver PARDO, José Esteve. *Autorregulación génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2002.

¹⁸ Para um aprofundamento no tema é obrigatória a leitura do artigo de MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. *RDA*, v. 228, p. 123-128.

[estatal] sobre os agentes econômicos. (...) Mas a regulação pode ser autorregulação quando os regulados são também os reguladores, através de esquemas organizatórios adequados, necessariamente através de decisões ou acordos estabelecidos por e entre as suas organizações associativas ou representativas".¹⁹

Posta assim a questão, arvorar-me de expor minha definição sobre uma e outra. Em meu entender, regulação estatal é a função pública de intervenção, em face da ordem econômica, pela qual o estado restringe, disciplina, promove ou organiza as iniciativas pública e privada no âmbito econômico, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e o atingimento de objetivos de interesse público.

Já autorregulação é o mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa.

Ainda Vital Moreira, agora em outra passagem, se refere a três fontes de regulação autônoma (autorregulação). Numa primeira, o Estado entrega a regulação de um dado setor a um órgão de representação dos regulados, exemplificando com o caso das Universidades Autônomas. Numa segunda, o Estado organiza determinadas coletividades e transfere competências regulatórias a elas, como seria o caso das Ordens Profissionais. Num terceiro, ainda segundo o professor português, haveria a publicização de esferas preexistentes de autorregulação coletiva privada, quando a regulação associativa se transformaria em regulação jurídica específica, permanecendo as associações com sua natureza privada, mas legitimadas pelo reconhecimento estatal. Exemplifica essa terceira ordem com a regulação esportiva.

Sem excluir a tipificação de Vital Moreira, creio que entre nós podemos traçar três distintas espécies de espaços de autorregulação a partir de sua relação com o direito estatal. Há a autorregulação delegada, instituída por mecanismo de transferência legal de competências regulatórias do Estado para os particulares. Nela a atividade regulatória é cometida por lei para ser exercida por organizações corporativas dotadas de algum grau (mecanismos) de coercitividade. É o que ocorre entre nós com as ordens profissionais (OAB, CONFEA, etc.).

¹⁹ Cf. *Auto regulação profissional*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 52.

Há a autorregulação induzida. Nela a atividade regulatória é exercida por instâncias da sociedade, por incentivo ou recomendação estatal, como forma de substituir uma maior intervenção do poder público. A lei não comete competências regulatórias específicas a uma entidade ou instituição. Apenas admite e reconhece que tal atividade seja por elas exercida. É o que ocorre, por exemplo, nos institutos de certificação de processos ou produtos. O instrumento de relação com o Estado não é a lei, mas instrumentos de natureza contratual (convênios, termos de parceria) ou autorizatórios (licenças, credenciamentos).

Por fim, há a autorregulação espontânea, criada pelos agentes privados e independentes da ação estatal. Sua instituição se dá por livre disposição autônoma dos agentes privados e se institui fundamentalmente por instrumentos associativos. Não há nem delegação de competências regulatórias expressas, nem tácitas (como ocorre com os mecanismos de delegificação que acabam por propiciar a autorregulação induzida). Bons exemplos são os selos de pureza de produtos agroindustriais ou as associações de criadores de raças puras. Alguns exemplos de autorregulação profissional sem previsão legal expressa também aqui se enquadram.

Regulação estatal e autorregulação: proximidades e diferenças

Sendo ambas espécies do gênero regulação, tanto a regulação estatal quanto a autorregulação (regulação autônoma) apresentam traços de semelhança. Em ambos os casos temos sistemas autorreferentes e a busca de equilíbrio no setor regulado. As duas formas de regulação implicam disciplinar a ação dos agentes que atuam num dado setor da economia, visando a alcançar condições ideais de exploração destas atividades (embora a partir de interesse distintos). Por fim, nas duas espécies estão presentes mecanismos de sanção às condutas contrárias aos padrões regulatórios, diferindo, como ver-se-á a seguir, a forma e a estrutura destas sanções.

Mais importante, contudo, são os traços distintivos entre a regulação estatal e a regulação autônoma. Em quatro aspectos elas se distanciam.

Primeiro, pela natureza dos interesses tutelados. A regulação estatal objetiva a combinação entre o funcionamento ideal dos mercados e objetivos de interesse público, representados pela consecução de políticas setoriais compatíveis com os princípios da ordem econômica. A regulação autônoma, por seu turno, se estabelece e é operada a partir dos interesses dos atores envolvidos. Apenas reflexamente pode atingir a consecução de interesses difusos. Naquela há fatores externos ao sistema a balizar o

padrão regulatório (*imputs* advindos de pautas de políticas públicas). Nesta os móveis da regulação são quase exclusivamente internos ao sistema regulado.

Segundo, as duas espécies de regulação distinguem-se pelo elemento de autoridade. A regulação estatal impõe-se pela presença do poder extroverso estatal. Apesar de buscar o equilíbrio sistêmico, remanesce a possibilidade extrema de imposição dos objetivos regulatórios pela via do manejo das competências coercitivas próprias ao Estado. A fonte de autoridade na regulação estatal é a lei. Já a autorregulação não envolve o manejo de poder extroverso, salvo nas situações de autorregulação delegada, onde os mecanismos de autoridade estatal decorrem da delegação de competências. A regulação autônoma se viabiliza pela adesão dos agentes e pela preservação de sua funcionalidade (eficácia). A fonte de sua autoridade é a permanente adesão dos atores. Enquanto que o desafio à regulação estatal importa em confrontar a autoridade do Estado, a autorregulação pode simplesmente desaparecer caso se verifique a desadesão e o desinteresse de parcela relevante dos agentes econômicos a ela vinculados. Por fim, enquanto os atores *se submetem* à regulação estatal, eles *se vinculam* à regulação autônoma.

Terceiro traço distintivo se refere às barreiras de acesso formais à atuação dos agentes num dado setor (subsistema) econômico. A regulação estatal envolve, em regra, barreiras formais de acesso à exploração da atividade regulada. Só pode atuar no setor aquele que, via obtenção de licença, autorização ou delegação estatal, se sujeita à regulação. Já no caso da autorregulação, nem sempre estarão presentes barreiras formais de acesso à exploração da atividade. Comumente é possível a atuação dos agentes econômicos sem vinculação à estrutura regulatória autônoma.²⁰

Por fim, temos a forma e estrutura das sanções. Como dito, em ambos os casos teremos algum nível de sanção à conduta de um agente regulado que discrepe dos padrões regulatórios estabelecidos. Porém, enquanto na regulação estatal predominam as sanções penais (não no sentido do direito penal, mas no sentido punitivo) tais como multas, suspensões, exclusões coercitivas da atividade, na regulação autônoma prevalecem as sanções comportamentais (como censuras, recomendações, exclusão da associação ou as sanções premiais (selos, certificados, menções, publicações, etc.).

²⁰ Mais uma vez a exceção é a autorregulação delegada (v.g., regulação profissional) dado o seu caráter híbrido e dependente, porquanto delegatário, da autoridade estatal.

Pode haver, registre-se, mecanismos de autorregulação inclusive com medidas sancionatórias de elevado grau de *enforcement* regulatório, como ocorre com as decisões do Conselho de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Porém, a adstrição dos regulados a estas decisões está diretamente relacionada à avaliação, pelo agente, das perdas que lhe serão carregadas pela exclusão do sistema regulatório autônomo e não pelo risco de ser obrigado, por medidas coercitivas diretas, a cumprir uma determinação do regulador.

Vistas as semelhanças e dessemelhanças, a opção entre constituir mecanismos de regulação estatal ou relegar aos atores a possibilidade de autorregulação dependerá, a meu ver, da aplicação conjugada dos princípios da subsidiariedade²¹ e da proporcionalidade. Pelo primeiro, temos que a regulação estatal só deve ocorrer quando o setor regulado não lograr, por si, atingir os objetivos visados pela regulação. Pelo segundo, temos que a intervenção estatal sobre o domínio econômico ou social deve ser apenas aquela estritamente útil, necessária e adequada à defesa do interesse coletivo. Há setores que, como vimos, mostram impositiva a presença da regulação estatal. Em outros, contudo, o funcionamento harmônico e integrado da economia pode ser obtido mediante mecanismos de autorregulação.

O principal critério para balizar a decisão é o dos interesses envolvidos. A regulação estatal irá se justificar quando: i) houver significativas externalidades; ii) houver hipossuficiências não protegidas de maneira plena pelos mecanismos de regulação transversal; iii) houver objetivos públicos para o setor, previstos em políticas públicas explícitas. Já a autorregulação se justifica quando: i) os interesses envolvidos forem predominantemente privados; ii) as relações econômicas envolvidas não forem essencialmente desiguais; iii) não houver barreiras de entrada significativas; iv) a regulação estatal puder comprometer outros princípios inerentes à atividade regulada (como ocorre no caso da liberdade de expressão e de imprensa no âmbito do controle de conteúdo da mídia).

Registre-se que pode haver setores em que convivam a regulação estatal e a regulação autônoma. Nestas situações, pode-se estabelecer arranjos em que prevaleça a autorregulação permanecendo a regulação

²¹ A quem sustente a tese contrária, no sentido de uma subsidiariedade da autorregulação, é dizer, que esta só teria lugar quando a regulação estatal se apresentasse insuficiente ou incapaz de assegurar o bom funcionamento do setor regulado. Sobre isso ver MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, cit., p. 96.

estatal com um papel subsidiário ou supletivo. De outro lado, a regulação estatal pode se utilizar de mecanismos ou instâncias de autorregulação, como ocorre com os sistemas de certificação de produtos em setores regulados pelo Estado, nos quais se exige a certificação de bens e equipamentos para seu emprego nas redes de suporte, mas admite-se que esta certificação seja feita por instância e organizações privadas que se relacionam com o aparato regulatório estatal mediante mecanismos de certificação ou credenciamento.

Uma última nota deve ser dita a respeito dos mecanismos de autorregulação. Para que atividade regulatória por eles exercida seja efetiva, estas entidades devem ser de algum modo centralizadas e dotadas de alguma unicidade no sistema regulado. A pluralidade de instâncias regulatórias autônomas, quando exacerbada, tende a tornar ineficaz a autorregulação. Porém, a excessiva concentração de poderes em um ente de autorregulação pode ensejar o desvio da autorregulação para práticas anticoncorrenciais. Nem sempre são claros os limites entre a regulação autônoma e as práticas colusivas. Porém, não se pode descurar do fato de que, muita vez, mecanismos de autorregulação tipo *soft regulation* constituem fortes elementos a favorecer uma maior efetividade da regulação antitruste. É o caso da generalização, via associações empresariais, de mecanismos de *compliance* vinculando todos os partícipes de uma dada estrutura autorregulatória.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

Autonomia e *accountability* no sistema financeiro: notas para uma agenda de pesquisa jurídica

Jean-Paul Rocha

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: A regulação financeira e a política monetária têm um profundo impacto sobre todo o ambiente econômico, com graves consequências para toda a sociedade. A crise financeira e a recente tendência de maior transparência nas atividades de regulação financeira e na política monetária suscitam importantes questões políticas e jurídicas que podem e devem ser estudadas no campo acadêmico do Direito, numa perspectiva ampla e interdisciplinar.

Palavras-chave: *Accountability*. Bancos centrais. Regulação financeira. Direito e moeda. Capitalismo e democracia. Burocracia e democracia. Tecnocracia. Déficit democrático.

Sumário: Introdução – O Estado e a regulação financeira – Política monetária e autonomia do banco central – Transparência, publicidade, legitimidade, *accountability*: uma agenda de pesquisa jurídica

Introdução

A atual crise financeira, já considerada por especialistas como a mais grave desde a grande depressão, conferiu visibilidade inédita para algumas características dos sistemas econômicos e políticos contemporâneos. Em primeiro lugar, não é mais necessário ser economista para compreender que os bancos e demais instituições financeiras exercem um papel *sui generis* na economia moderna, já que as externalidades negativas decorrentes de seu mau funcionamento — efeito sistêmico sobre o setor financeiro e sobre o setor real da economia, e contração do crédito, com grave impacto para o crescimento econômico — chegam a justificar padrões inéditos de intervenção estatal, além da polêmica alocação de recursos públicos para empresas financeiras privadas.

Em segundo lugar, percebeu-se a importância de um maior acompanhamento, por parte de especialistas e da opinião pública em geral, dos efeitos colaterais das deliberações de política monetária, como o possível incentivo a bolhas econômicas. Decisões solitárias de banqueiros centrais supostamente geniais ou carismáticos cedem cada vez mais lugar a decisões colegiadas fundamentadas e expostas em documentos públicos.