

Doutrina

O CONCEITO JURÍDICO DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

A — Regulação e regulamentação. B — Regulação, regulação pública não-estatal, auto-regulação e desregulação. C — Regulação, poder de polícia e administração ordenadora. D — Classificação das regulações estatais da economia.

“O poder do Estado deixa de ser poder de império para passar a ser visto cada vez mais como poder de decidir em termos de funcionalidade” (Miguel Reale).¹

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

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

O termo “regulação” tem causado mal-entendidos menos pela sua suposta novidade e mais pela às vezes difícil distinção em relação a outros institutos do Direito

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

Primeiramente, trataremos, sucintamente, da questão geral das relações entre o Estado, o Direito e a economia, tomando em conta inclusive os desafios colocados pela globalização econômica. Em seguida, adentraremos no conceito propriamente dito de regulação estatal da economia e o distinguiremos dos institutos e fenômenos normativos afins.

Note-se que o próprio surgimento de ordenamentos jurídicos gerais decorreu de razões econômicas, como a necessidade dos povos dos grandes rios (Nilo, Tigre, Eufrates etc.) disciplinarem o uso da água, mormente para a atividade agrícola, o estabelecimento das medidas de tempo, de pesos e medidas, e o financiamento das obras de infraestrutura de elevado custo.²

1. Prefácio à 5ª e última edição de *Teoria do Direito e do Estado*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. XVII.

2. Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, 1995, pp. 21-22. Tratando especificamente do Egito, Maurice Duverger assinala que “as condições geográficas deram ao Egito

A economia não é o único elemento da realidade social que afeta a estrutura e a normatização estatal, mas, “em uma sociedade capitalista, certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado”.³

É importante, inclusive, destacar a certa autonomia que a economia possui em relação ao Direito e ao Estado,⁴ cujas constituições, inicialmente, procuraram apenas assegurar o natural funcionamento do mercado, tendo, mais tarde, instituído mecanismos de correção das suas falhas e de direcionamento para determinados objetivos acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Para Max Weber, à racionalidade do mercado corresponde o Direito do Estado moderno como forma de domínio racional. As situações econômicas não geram automaticamente novas formas jurídicas, mas tão-somente contém a possibilidade de que uma criação técnico-jurídica possibilite a sua expansão.⁵

Assim, para este pensador, não é o Direito, mas o mercado, que cria os seus próprios meios de comunicação, que são protegidos e aplicados pelo Estado. O Di-

reito, na sua opinião, não lhes dá o conteúdo, mas apenas as formas. No dizer de L. Baudin, citado por Georges Ripert,⁶ “o Direito é uma cristalização da economia”.

Se, por um lado, o mercado é decorrência natural e espontânea do dinamismo social, por outro, é uma criação jurídica, vez que apenas pode se desenvolver caso existam os veículos e as garantias jurídicas necessárias.⁷

Não podemos ter a ingenuidade de achar que o Direito tem inteira disponibilidade sobre o mercado. Malgrado as suas inegáveis possibilidades de ingerência, os aspectos de maior dinamismo do mercado são dificilmente apreensíveis pelo Direito. É neste sentido que Jürgen Habermas afirma que, “ainda que os mercados possam ser organizados e controlados politicamente, obedecem a uma lógica própria que se distancia dos controles estatais”.⁸

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

Recentemente, alguns atores, inspirados pela globalização econômica e pelo chamado “pós-modernismo”, têm retomado as críticas à visão estatocêntrica da regulação. Criticam o irrealismo da concepção

um avanço considerável na evolução dos sistemas políticos: o excepcional rendimento das terras inundadas pelo rio permite manter um aparelho de Estado centralizado, o qual era indispensável, por outro, para uma irrigação racional” (*Sociologia da Política*, Almedina, Coimbra, trad. António Gonçalves, p. 348).

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

4. Essa característica da regulação estatal, como observa Norbert Reich, não se dá apenas em relação à economia, mas também a outros aspectos da vida social, como a família, a ciência, as artes etc. (*Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, trad. Antonio Fonti, p. 29).

5. *Apud* Norbert Reich, ob. cit., p. 33.

6. *Apud* Georges Ripert, *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, Freitas Bastos, 1947, trad. Gilda G. de Azevedo, p. 13.

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

8. *La Inclusión del Otro — Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1999, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, pp. 84-85.

tradicional pela qual o Estado teria o monopólio da regulação jurídica.

J. J. Gomes Canotilho, por exemplo, afirma que “as mudanças estruturais da sociedade, tornam clara a necessidade de o direito não ser considerado como *regulador heterônomo de relações sociais*, mas como *instrumento de trabalho para auto-regulação das relações sociais*. Consequentemente, o problema das fontes de direito deve ter em consideração não apenas as questões tradicionalmente ligadas às regulações legais, mas também as normações jurídicas de qualquer gênero, como, por exemplo, contratos, sentenças, convenções coletivas de trabalho, normas privadas de empresas e de associações (ex.: federações desportistas) e até o ‘direito achado nas ruas’”.⁹

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

A regulação da economia é um fenómeno multifacetário, dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia.¹⁰

Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas,¹¹

que, junto com a regulação, constituem espécies do gênero da *intervenção do Estado na economia*.¹²

A noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advém, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais.¹³ Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações.¹⁴

A regulação, sob quaisquer destas formas, possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrên-

lação normativa, aqui por nós denominada simplesmente de *regulação* (Conrado Hübner Mendes, “Reforma do Estado e Agências Reguladoras”, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coord. Carlos Ari Sundfeld, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 117).

12. Daí se falar hoje na passagem do Estado produtor ao Estado regulador, interventor, no entanto, em ambos os casos.

13. Salvatore Cattaneo, “*Agencies e Regulation nel Regno Unido*”, constante da obra coletiva *Le Autorità Indipendenti — De Fattori Evolutivi ad Elementi della Transizione nel Diritto Pubblico Italiano*, Giuffrè Editore, Milão, 1999, p. 263.

14. Michel Gentot, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, 2ª ed., Montchrestien, Paris, 1994, p. 41. Na doutrina nacional também se observa que aos órgãos e entidades reguladores “cabe não apenas operacionalizar a regulação contida em lei (normativa), através da competência que lhe é outorgada para fiscalizar e aplicar sanções, mas também complementar tal corpo normativo com regulamentos próprios, além de possuir competência para também dirimir conflitos” (Conrado Hübner Mendes, “Reforma do Estado e Agências Reguladoras”, cit., p. 118).

9. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 653-654 (os destaques gráficos são do próprio autor).

10. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, coord. J. J. Gomes Canotilho, p. 466.

11. Alguns autores chamam esta intervenção de *regulação operativa*, em contraposição à *re-*

cia no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.

Quanto à nomenclatura adotada, mister se faz um esclarecimento. Alguns autores, ao verem a mudança da atuação estatal sobre a economia, “dão ênfase à migração dos aspectos de modelação e controlo para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente”, qualificando aqueles como “regulamentação”, e estes como “regulação”.¹⁵

Entendemos, no entanto, com Fernando Herren Aguilar,¹⁶ que, mesmo que nos dias de hoje o Estado busque preferencialmente soluções indutivas e consensuais, não há como se negar que, no exercício das mesmas competências, muitas vezes atua de maneira vertical, coercitiva ou mesmo interventiva. Pela sua maior abrangência, utilizaremos o termo “regulação” para designar ambas as formas de exercício da mesma atividade estatal, qual seja, a de adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade, competência esta que, substancialmente, não é alterada pelo uso de estratégias distintas — verticais ou horizontais — em relação ao meio envolvente.

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

delas nascido e se desenvolvido preponderantemente como resultado da ação humana espontânea.¹⁷

Por estas razões, o Estado deve, preferencialmente, avançar paulatinamente na regulação desejada, de acordo com o princípio da permanente correção de erros (*trial and error*),¹⁸ ou seja, “no esforço constante de controlar as consequências de suas ações a fim de as corrigir a tempo. Portanto, avançará apenas passo a passo e sempre comparará cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários indesejáveis”.¹⁹

Como constata o Mestre Massimo Severo Giannini,²⁰ “a regulação dos anos menos recentes é embebida de controles e de relações de controle; já a dos anos mais recentes registra a tendência a substituir relações de controle por relações de direção, aparentemente mais elaboradas e ponderadas; a relação de direção compreende ainda o controle, mas que, de maneira muito mais flexível, sobretudo permite a adoção de medidas corretivas, em sentido próprio, das disfunções verificadas, que, ao invés de serem reprimidas com medidas sancionatórias, são eliminadas mediante a adoção de medidas corretivas, frequentemente informais”.

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

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

19. Reinhold Zippelius, ob. cit., pp. 469 e 470.

20. Ob. cit., p. 299.

15. Entre outros, Gunther Teubner, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, pp. 127 e ss.

16. *Controle Social de Serviços Públicos*, Max Limonad, 1999, pp. 163-286.

É neste sentido que setores da doutrina nacional e estrangeira, inspirados inclusive nas diretrizes da Comunidade Europeia, que tenta conciliar os seus traços liberalizadores e desestatizadores com a tradição europeia dos serviços públicos, propugnam por uma “neo-regulação” ou “regulação para a competência”, distinta da tradicional “regulação econômica”. A regulação estatal visaria principalmente ao estabelecimento dos quadros para que o mercado se desenvolvesse livremente e regulasse naturalmente a atividade.²¹

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

A — Regulação e regulamentação

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

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

Malgrado a distinção entre medidas restritivas e indutivas da atividade econômica guardar atualidade, quando se analisam os objetivos subjacentes às áreas de

regulação mais comuns nas Administrações Públicas, “verifica-se que ao quadro dos princípios de base liberal da ‘polícia econômica’ (sobretudo preventivos e repressivos), o direito econômico contemporâneo vem acrescentando preocupações finalistas (por exemplo, o desenvolvimento econômico, a competitividade externa), que pressupõem atuações positivas e não meramente negativas das autoridades públicas. Como resultado, esbatem-se as fronteiras entre aqueles dois tipos de regulação”.²² Por exemplo, muitas vezes o acesso a vantagens dos poderes públicos (financiamentos públicos, redução de tarifas de exportação etc.) está condicionado ao atendimento de normas repressivas e sancionatórias, casos em que, tanto indutiva, como coercitivamente, se persuade o agente econômico a observar determinado preceito regulatório.

Ainda há os que distinguem a regulação da atividade de redistribuição e de estabilização do Estado. Para estes autores a regulação seria a atuação estatal funcionalizada para assegurar o bom andamento do mercado, nele intervindo apenas para suprir as suas falhas.²³

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

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

22. Antônio Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Econômico*, 3ª ed., Almedina, Lisboa, 1998, p. 229.

23. Guido Corso, “Attività economica privata e deregulation”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1998, pp. 636-637.

24. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 93 (os destaques gráficos são do próprio autor).

21. Para uma ampla exposição da matéria, ver Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pp. 549 a 603.

Angel Manuel Moreno Molina²⁵ observa “que a tradução do termo *regulación* é bastante problemática. *Regulation* se traduz usualmente por *regulamentação*, *regulamento*, *regulação*, e *regra*. Há, portanto, uma assimilação de *regulation* a *regulación normativa*, ou seja, a produção de normas jurídicas de caráter regulamentar. (...) No sistema norte-americano o termo *regulation* tem duas acepções distintas, uma mais restrita do que a outra. Em sentido amplo, *regulation* equivale a toda as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, *regulation* consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. (...) O poder mais importante do Estado é o da coerção. *Regulation* é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos”.²⁶

Preferimos adotar um conceito amplo de *regulação estatal da economia*, excluindo tanto a sua assimilação à *desregulação*, como apenas à *regulação coercitiva*.²⁷ Podemos afirmar que a *regulação estatal da economia*, com a abrangência conceitual que a caracteriza, deve, no atual momento histórico, sem perder de vista os valores humanos e sociais do Estado Democrático, ser eficiente, adotando novas técnicas regulatórias — flexíveis e consensuais —, que, sem excluir as anteriores, a elas se somem para serem mais eficazes e menos onerosas

(para a sociedade e para o próprio Estado).

B — Regulação, regulação pública não-estatal, auto-regulação e desregulação

Do conceito de *regulação* propriamente dita deve ser excluída a *regulação* pelo mercado e pelas regras de *auto-regulação* provenientes de entidades ou empresas privadas (regulamentos de empresa, decisões associativas, códigos privados de conduta etc.),²⁸ salvo se oriundos de delegação do Poder Público, caso em que estaremos diante da *regulação pública não-estatal*, pela qual as entidades sociais, normalmente concernentes a uma coletividade profissional (entre nós, por exemplo, os conselhos profissionais), assumem, no seu âmbito, a função de *regulação* sem que, contudo, sejam transformadas em órgãos do Estado, que, todavia, lhes empresta a sua autoridade.²⁹

Distinta é a situação em que a *auto-regulação* é espontaneamente exercida por associações privadas sem a delegação estatal. Aqui e alhures há os conhecidos exemplos da *auto-regulamentação publicitária* e dos selos de qualidade criados pelas associações dos produtores de determinados produtos. Nestes casos estamos diante do fenômeno da *auto-regulação privada* ou do que alguns chamam, nos casos em que tiver sido precedida de uma *regulação estatal* não mais existente, de *re-regulação*, no sentido de que a *regulação* teria deixado de ser estatal para ser privada.³⁰

25. “La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norte América”, *Boletín Oficial del Estado*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 75-76.

26. Identificando a *regulação* como um poder estatal eminentemente restritivo das liberdades individuais pronunciou-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Por regular (Estado regulador) entende-se a interferência do Estado, restringindo a liberdade econômica dos indivíduos, nos seus objetivos e instrumentos” (“Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico”, *RDP* 47-48/266).

27. Antônio Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, ob. cit., pp. 226-229.

28. No mesmo sentido, Salvatore Cattaneo, ob. cit., p. 264.

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

30. “A *desregulação* não impede que as velhas regras publicísticas sejam substituídas por outras regras: que à *desregulação* suceda uma *re-regulação*. Mas se trata de ‘outras regras’, voltadas a disciplinar a concorrência dos agentes econômicos (a regular o mercado) mais do que a sujeitar a iniciativa econômica privada aos poderes administrativos”

Mas nem sempre que o Estado deixa de se imiscuir no mercado são formados mecanismos institucionais, ainda que privados, de auto-regulação dos agentes econômicos. É possível que, na ausência destes, a regulação da economia fique submetida apenas aos livres movimentos do mercado, dando-se então, de fato, a desregulação.³¹

Mesmo que hoje não mais se propugne a desregulação como um paradigma a ser adotado de maneira universal,³² reconhece-se que em alguns setores poder vir a ser be-

néfica. Noutras palavras, o Estado, em alguns setores e nos momentos em que isto for possível, deve deixar espaços de sua esfera normativa ao livre desenvolvimento do chamado *ius mercatorium*, desenvolvido pelas empresas em suas relações negociais.³³

Considerável cautela, no entanto, deve ser observada: Estado e sociedade não são compartimentos estanques;³⁴ interpenetram-se e auto-identificam-se mutuamente, o que faz com que a crise hoje vivida seja de ambos — do Estado e da própria sociedade —, e que, em sendo assim, a preponderância absoluta, quer do Estado, quer da sociedade, não é a melhor solução.³⁵

Ademais, segundo expõe Delmas-Marty,³⁶ há dois grandes paradoxos no fenômeno da desregulação. Em primeiro lugar, “apesar da ilusão semântica, a desregulação não é o inverso da regulamentação, mas uma reestruturação das normas segundo outros mecanismos, mais opacos e complexos”, que “não cessam de se expandir, de se romper e de se renovarem, mas que não suprimem as formas tradicionais de regulamentação, que estão sempre se impondo e se aprofundando”. Em segundo lugar, como as normas oriundas da desregulação ou auto-regulação (não pública) se desenvolvem em um “campo aberto e heterogêneo, organizado por conexões múltiplas”, longe de importar em diminuição e racionalização das normas, acabaram por acarretar a sua proliferação de maneira dis-

(Guido Corso, “Attività economica privata e deregulation”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1998, p. 641).

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

32. Deve-se notar, inclusive, que “nos Estados Unidos, a desregulação em matéria de transportes se traduziu em graves prejuízos para os cidadãos residentes em pequenas cidades ou em localidades rurais” (Dempsey, *apud* Eva Desdentado Daroca, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 166).

33. Ivo Dantas, ob. cit., p. 161.

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

35. José Maria Souvirón Morenilla, *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 37-38.

36. *Trois Défis pour un Droit Mondial*, Éditions du Seuil, Paris, 1998, pp. 77 e 84. O autor alude a *déréglementation* e a *régulation* indistintamente, não utilizando o termo *dérégulation*.

persa e indeterminável, com sérios riscos à segurança jurídica.

Condensando este item podemos enumerar como possibilidades de regulação *lato sensu* da economia,³⁷ (a) a regulação estatal, feita pelas regras emitidas por órgãos do próprio Estado, mesmo que deles participem representantes de organismos intermédios da sociedade; (b) a regulação pública não-estatal, feita por entidades da própria sociedade, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (c) a regulação privada, levada a cabo autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas, sem qualquer delegação ou chancela estatal; e (d) a desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.

C — *Regulação, poder de polícia e administração ordenadora*

O poder de polícia é um dos temas do Direito Público que mais está a merecer atualização. Remonta ele a épocas em que o Estado possuía uma competência “natural” e genérica para conformar os direitos individuais a um metafísico “interesse público”.³⁸

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

Fala-se, assim, “de uma deformação do conceito tradicional de polícia adminis-

trativa que tenha como objeto a intervenção no domínio econômico. A esta finalidade correspondem medidas tais como a fixação de preços, as autorizações em matéria de agricultura, indústria e comércio, ou as proibições nas mesmas áreas, entre outras. Se compreende, enfim, toda a variada gama de técnicas restritivas e moduladoras da liberdade de indústria e comércio, por meio das quais o Estado desenvolve um importante meio de atuação. Esta atividade, fundada em um interesse público para assegurar a ‘ordem pública econômica’, que apresenta uma importante semelhança com a atividade de polícia, é também conhecida com o nome de regulação das atividades econômicas”.³⁹

Na doutrina brasileira, uma das mais profícuas revisões que o conceito de poder de polícia recebeu deve ser creditada a Carlos Ari Sundfeld, que propugnou pela substituição do poder de polícia pela noção de Direito Administrativo Ordenador, em contraposição ao Direito Administrativo Prestacional,⁴⁰ e que responderia à “parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo que lhe é próprio. De se destacar neste conceito, portanto, dois elementos básicos: 1) por ser função administrativa, não deve ser confundida com a delimitação dos direitos por meio da lei, o que se costuma definir como poder de polícia em sentido amplo; 2) a administração ordenadora encontra-se no campo das atividades privadas, ou seja, num campo de relação genérica com o administrado, e não de relação especial, mantida, por exemplo, entre a Administração e um concessionário de serviço público.

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

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

39. Eduardo J. Rodríguez Chirillo, *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 461-462.

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

“‘Regulação’, por sua vez, parece que assume sentido mais amplo do que se deu em relação à administração ordenadora e ao poder de polícia. A doutrina de Direito Econômico faz uso deste termo para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, o Estado desempenha a regulação tanto quando tem vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão).”⁴¹

Malgrado a higidez técnica das lições transcritas, entendemos que o deslinde da distinção entre o poder de polícia e a regulação depende do ponto de vista do qual nos colocamos. Se partirmos de um conceito de poder de polícia tradicional, oitocentista,⁴² consistente na mera fiscalização da atividade para que não cause prejuízos à coletividade, certamente o âmbito conceitual da regulação será bem mais amplo que o de poder de polícia. Propugnamos, ao revés, um conceito de poder de polícia que seja adequado ao Estado Democrático de Direito, isto é, que seja funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão.⁴³

Sob esta perspectiva o conceito de poder de polícia se aproxima do conceito de

regulação, apesar de não alcançá-lo *in totum* por não abranger a regulação dos serviços públicos.

D — Classificação das regulações estatais da economia

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

As regulações estatais da economia podem se valer de instrumentos puramente jurídico-coercitivos, ou combiná-los com mecanismos consensuais, econômicos, financeiros ou meramente materiais,⁴⁴ o que faz com que possamos classificá-las, respectivamente, como “regulações diretas”, consistentes em ordens juridicamente vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão ou prestação, e como “regulações indiretas”, pelas quais a finalidade pública é atingida, não pela coação, mas por incentivos ou meios adaptados a outros fins (incentivos fiscais, gestão seletiva e funcionalizada dos gastos públicos etc.).⁴⁵

Cumpramos também distinguir, quanto à finalidade, a *regulação imediata da economia*, da *regulação mediata da economia*.

41. Conrado Hübner Mendes, “Reforma do Estado e Agências Reguladoras”, cit., p. 116.

42. “Essa concepção, embora pertinente e útil, deixaria de fora do âmbito do Direito Econômico, toda ação repressiva de polícia econômica que se pratica não mais em nome do direito liberal, mas do controle estatal da economia” (Fernando Herren Aguillar, *Controle Social de Serviços Públicos*, Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 100).

43. Caio Tácito, “Serviço de utilidade pública. Autorização. Gás liquefeito de petróleo”, in *Temas de Direito Público*, 2ª v., Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 1.236.

44. Segundo Claude-Albert Colliard, trata-se de “um problema da moda”: “Antigamente havia o direito e o não-direito. Era como o preto e o branco. Havia uma separação absoluta e nenhuma osmose. Hoje, e em muitas disciplinas, se distingue o direito, o pré-direito, o para-direito, etc., às vezes até se emprega palavras anglo-saxônicas: se fala de *soft-law*, de *hard-law*. Tudo isto é intelectualmente muito interessante, mas revela as dificuldades e talvez a riqueza de um mundo que não se adapta bem a classificações muito rígidas” (*Les Autorités Administratives Indépendantes*, coord. Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit, PUF, 1988, pp. 258-259).

45. Vital Moreira, ob. cit., pp. 145-146.

Na última temos a regulação *social lato sensu*, ou seja, a busca da realização das finalidades sociais do Estado, com reflexos na economia (por exemplo, quando a Agência de Vigilância Sanitária veda a presença de certos produtos químicos no tabaco, está atendendo à obrigação estatal de velar pela *saúde* da população). Nela “o Estado não intervém na economia, mas sim *sobre* a economia”.⁴⁶ Já a *regulação estatal imediata da economia* se dá quando o Estado visa a objetivos econômicos propriamente ditos, atuando deliberadamente sobre a produção, a circulação ou o consumo de mercadorias (por exemplo, ao coibir a concentração do poder econômico).

Como conclusão, podemos conceituar a regulação estatal da economia como o *conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou con-*

cretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

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

46. Luis S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, 2ª ed., Coimbra Editora, 1988, p. 33.