Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 10 – maio/junho/julho - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

Prof. Egon Bockmann Moreira

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduado em Regulação Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado e Consultor em Curitiba.

I. INTRODUÇÃO

1. As relações entre o Estado brasileiro e a economia privada assumiram uma configuração peculiar, sobremaneira a partir da Constituição de 1934. O Brasil adotou, explicitamente e em sede constitucional, um modelo capitalista que se poderia denominar de "capitalismo misto" – no qual a titularidade dos bens de produção não é exclusiva nem dos particulares, nem do Estado. A essência desse modelo reside nos paradigmas do sistema capitalista, mas a singularidade está em que não existe uma prévia e plena exclusão de interações estatais no domínio econômico privado.

Todas as Cartas republicanas, ao mesmo tempo em que asseguraram aos agentes econômicos privados o direito à livre empresa, livre iniciativa e a garantia da concorrência nos respectivos mercados, reservaram ao Estado a competência para intervir diretamente na Ordem Econômica (além dos setores reservados e dos monopólios públicos). Isso possibilitou que a interação entre o Estado e a economia flutuasse de acordo com as peculiaridades dos governos (sempre com tendências mais intervencionistas e produtivas).

O liberalismo brasileiro poderia ser denominado de um "liberalismo de circunstância" (ou "de conveniência"), a variar de acordo com o momento histórico

enfrentado. O que fez com que o Estado atuasse com grande intensidade na esfera econômica formalmente reservada às pessoas privadas e multiplicasse a área de atuação direta na economia (banca, mercado de capitais, petróleo, energia elétrica, água e saneamento, construção civil, computadores e tecnologia da informação, transportes, silos e armazéns, indústrias etc.). Ocorre que, recentemente, esse liberalismo circunstancial assumiu novos foros, em especial depois da série de Emendas Constitucionais promulgadas a partir de 1995.

A nova onda liberalizante (e regulatória/desregulatória) mundial atingiu o Brasil em meados da década de 1990 e vem gerando efeitos inovadores desde então, tornando o modelo intervencionista brasileiro ainda mais esquisito. Apesar de ter mantido a atuação em algumas áreas estratégicas (e outras nem tanto), o Estado brasileiro incorporou a proposta de afastamento estatal relativamente à atividade produtiva direta.

2. Tais peculiaridades quanto ao tipo de interação entre o Estado brasileiro e a economia deram margem a inúmeras interpretações doutrinárias, dentre as quais avulta de importância a produção científica do Professor Adilson Abreu Dallari. Ao desenvolver estudos específicos a respeito da mais variada gama de asssuntos pertinentes ao Direito Administrativo da Economia (serviços públicos e concessões, intervenção, monopólio público, regulação econômica, empresas estatais e administração indireta, controle das despesas públicas etc.), o Professor Adilson Dallari brindou a cultura jurídica nacional com significativos aportes – felizmente nunca apenas plácidos ou descritivos, mas sim com agudas propostas relativas a essa faceta tão pouco compreendida do Direito Público brasileiro.1

Sem meramente rejeitar ou aderir às inovações, o Professor Adilson Dallari firmou com seriedade uma premissa que será adotada neste trabalho para o enfrentamento da Ordem Econômica brasileira:

> *"A verdade incontestável é que a Constituição Federal, que já continha uma claríssima opção pela iniciativa privada, vem sendo reformada, por meio de emendas constitucionais, sempre no sentido de diminuir a presença do Estado na economia e de abrir mais espaços para os capitais privados.*
>
> *[...]*
>
> *No momento histórico marcado pela desestatização e pela privatização, não é possível aceitar interpretação do Texto Constitucional em sentido contrário. Não*

1 *V.g.*, e reportando-se apenas aos artigos e pareceres, quando menos merecem citação os seguintes textos da pena do Professor Titular da PUC/SP: "Fundações privadas instituídas pelo poder público", *RDP* 96/51; "Lei estadual de concessões e legislação federal superveniente", *RTDP* 11/68; "Arbitragem na concessão de serviço público", *RTDP* 13/5; "Conceito de serviço público", *RTDP* 15/112; "Concessão de serviço público – garantis exigíveis dos proponentes – legislação aplicável", *RTDP* 16/84; "Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas", *RTDP* 24/63; "Acordo de acionistas – empresa concessionária de serviço público federal – manutenção da qualidade de acionista contolador", *RTDP* 28/84; "Uso de espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações", *RTDP* 31/26, "Instituição financeira oficial – conceito – decorrências", *RTDP* 35/119; e "Controle político das agências reguladoras", *Revista Interesse Público* 18/13.

se trata de desvendar qual teria sido a intenção dos constituintes em 1988; é preciso identificar qual a melhor interpretação do dispositivo constitucional no momento presente.

Toda norma legal decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes."2

Essa matriz hermenêutica é essencial para uma compreensão contemporânea do Direito Administrativo da Economia vigente no Brasil. Assim, o presente ensaio visa a imiscuir-se nesse caminho tão bem construído e trilhado pelo Professor Adilson Abreu Dallari. Tendo em vista as variações hodiernas do Direito Administrativo da Economia, o texto propõe um reexame de conceitos à luz da Ordem Econômica Constitucional brasileira, examinada com lastro nos característicos da economia nacional.

Mediante uma releitura de alguns conceitos básicos, tem-se em vista a elaboração de uma noção contemporânea e nacional de intervenção econômica estatal.

II. A INTERVENÇÃO É O GÊNERO, A INTERVENÇÃO *STRICTO SENSU* E A REGULAÇÃO SÃO AS ESPÉCIES

3. Inicialmente, o presente trabalho propõe um conceito genérico de intervenção estatal na economia privada, com uma subdivisão interna, de molde a abranger as espécies *a)* a intervenção *stricto sensu* e *b)* a regulação.

A intervenção do Estado na economia privada é tomada como um conceito abrangente, que acolhe as espécies "regulação" e "intervenção em sentido estrito". Isso porque em ambos os casos haverá a inserção de um terceiro no mercado (o Estado), institucionalmente a ele estranho – de molde a alterar as condutas e/ou perspectivas dos agentes econômicos privados.

Propõe-se uma definição restrita de regulação, limitada ao estabelecimento de normas (gerais e abstratas, mas também na condição de preceitos-medida ou de atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento (e respectivas sanções). Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio econômico privado.

Assim, toda regulação é interventiva *lato sensu* (pois envolve a intromissão através de normas que disciplinam o comportamento de terceiros), apesar de nem toda intervenção ser regulatória (pois a intervenção pode dar-se diretamente,

2 "Instituição financeira oficial – conceito – decorrências", *RTDP* 35/119, p. 124/125.

através do exercício *in concreto* da atividade econômica) – o que autoriza uma proposta conceitual.

III. CONCEITO DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA E A SUA "FUNCIONALIZAÇÃO"

4. Entende-se a intervenção econômica como toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei).

Através dos mecanismos jurídicos intervencionistas, o Estado se insere no domínio econômico privado buscando produzir resultados macro ou microeconômicos diversos daqueles que adviriam caso intervenção não houvesse. A intervenção é sempre *inovadora*, no sentido de que deve procurar a alteração dos parâmetros comportamentais originários ao mercado no qual se intervém (caso contrário, seria supérflua ou incidiria em desvio de função). Esta inovação dá-se tanto na forma promocional como segundo um perfil repressivo.

5. Ademais, o conceito se vincula a uma *funcionalização* da intervenção estatal na economia, no sentido de que deve ter por fundamento um fim estranho àqueles próprios dos particulares participantes do mercado. Ainda no caso de uma intervenção pró-mercado, o fim visado diz respeito ao prestígio à concorrência (e não em benefício deste ou daquele agente econômico). A intervenção estatal na economia não pode ter como objetivo primário o aumento dos lucros dos agentes econômicos (o que pode se constituir numa decorrência da intervenção). Torna-se mais claro no caso da intervenção contrária ao mercado, que objetiva o atingimento de objetivos sócio-econômicos estranhos aos fins econômicos imediatos dos agentes.

A idéia de funcionalização igualmente descarta a atuação interventiva que porventura busque atingir um interesse secundário da Administração – tido como aquele "que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade."3 Os interesses internos à "máquina administrativa", titularizados pela Administração (p. ex., aumento da liquidez do caixa público através da retenção de valores devidos às pessoas privadas – salários, desapropriações, indenizações etc.) não podem ser o fundamento único de medidas interventivas no domínio econômico privado. Eventualmente, pode haver uma coincidência de resultados, uma complementação, mas o foco legítimo está no interesse primário. Rejeita-se por igual (e com ainda mais razão) a intervenção que porventura tenha algum vínculo

3 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. 15a. ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 63.

à esfera pessoal dos agentes públicos competentes para gerar a intervenção.

IV. A INTERVENÇÃO EM SENTIDO ESTRITO E A INTERVENÇÃO REGULATÓRIA

6. O objetivo primário de tal atuação jurídica estatal é o de produzir determinados efeitos econômicos na esfera privada. Ocorre que estes efeitos podem ser gerados de duas formas: a primeira delas, quando a intervenção produz *in concreto* um determinado fato econômico alheio à esfera empresarial interna dos particulares e faz com estes alterem a sua conduta a fim de se adaptar a tais modificações exteriores.

Trata-se do fenômeno da intervenção em sentido estrito. Nesse caso, o objetivo a ser atingido não se dá através da inovação na regulação positiva da conduta econômica dos empresários, que permanecem submetidos ao mesmo regime jurídico (de usual às mesmas normas que antes existiam). As pessoas privadas que atuam naquele setor econômico objeto da intervenção não têm a sua linha de ação econômica submetida a um novo e inédito *fazer* ou *não fazer* juridicamente qualificado. Não se articulam, nessa esfera de específica, quaisquer novos modais deônticos relativos ao "permitido", "ordenado" ou "proibido".

O que se dá é um meio reflexo, uma pressão indireta consubstanciada pela atuação empresarial estatal concreta (esta sempre submetida aos limites legais e constitucionais). Os agentes econômicos alterarão a sua conduta devido aos seus objetivos empresariais, atingidos que foram por um novo fato econômico – tal como se um novo (e poderoso) concorrente se inserisse naquele mercado ou se uma nova tecnologia fosse descoberta.

Através do exercício do *poder econômico*, o Estado cria e insere no mercado um novel *fato econômico*, fazendo com que os agentes vejam-se obrigados (caso desejem manter os seus lucros nesse específico mercado) a adotar as condutas econômicas que, se não existisse a intervenção estatal, jamais seriam implementadas.

7. Por outro lado, a intervenção estatal no domínio econômico pode dar-se através da positivação jurídica de determinados comportamentos permitidos, proibidos ou ordenados. Nesse caso, ao invés de se inserir "fisicamente" no mercado objeto da intervenção, o Estado emana normas que disciplinam a conduta dos particulares, estabelecendo limites e parâmetros comportamentais que dantes não existiam, visando a gerar efeitos econômicos naquele mercado, naquele setor ou em toda a economia privada.

Trata-se de específica regulação jurídica da economia, posta num plano geral e abstrato. Os agentes econômicos alterarão a sua conduta devido às prescrições normativas. Caso não o façam, submeter-se-ão (ou não) às conseqüências previstas na própria norma.

Mas também nesse caso há a intervenção estatal no domínio econômico – uma intervenção regulatória, que não exige a participação material do Estado numa determinada atividade econômica. O Estado permanece ocupando um plano lógico-normativo anterior (legislativo e regulamentar), impondo regras de conduta, controlando o seu cumprimento e impondo eventuais sanções (positivas ou negativas). O que abrange tanto a atividade regulatória repressiva (sanções negativas) como os incentivos e o fomento (Direito promocional).

V. INTERVENÇÃO EM SENTIDO ESTRITO, INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E RESPECTIVOS EFEITOS JURÍDICOS

8. Os efeitos jurídicos dos mecanismos de intervenção distinguem-se conforme o plano em que ela se exteriorizar: (*i*) na intervenção em sentido estrito, há uma ação concreta do Estado que gera efeitos econômicos primários ou secundários (efeitos não derivados diretamente da alteração do comportamento dos agentes em cumprimento a uma previsão normativa) e (*ii*) na regulação, dá-se a emanação de normas gerais e abstratas relativas ao regramento do comportamento econômico dos agentes (aqui a conduta dos agentes privados subsume-se à hipótese da norma econômica e desencadeia os efeitos jurídicos correspondentes), sejam elas setoriais (p. ex., Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997 e Regulamentos da ANATEL), sejam globais (p. ex., Lei da Defesa da Concorrência – Lei nº 8.884/1994).

9. Como não poderia deixar de ser, ambas as formas derivam de previsões normativas. A diferença está em que na regulação trata-se de atos gerais e abstratos e decisões concretas que inauguram a ordem jurídica infraconstitucional (leis) ou que dão execução a disposições normativas predefinidas (regulamentos).4 A configuração dessa espécie de intervenção faz com que os agentes alterem a sua conduta empresarial não devido a uma ação econômica concreta, de molde a ajustar o seu comportamento (pena de experimentarem prejuízos). A conformação da conduta dos agentes tem origem numa previsão normativa expressa.

Na hipótese de *intervenção regulatória*, os agentes econômicos têm a opção de cumprir ou não os preceitos normativos. Caso ajam dentro da legalidade, não sofrerão as conseqüências jurídicas (e jurídico-sociais) de sua conduta ou experimentarão as correspondentes sanções premiais. A intervenção regulatória dá-se através da positivação de regras que se lançam num plano cognitivo extramercado, puramente jurídico (a gerar futuros efeitos no mercado, através do cumprimento ou não de suas previsões pelos próprios agentes).

Já a *intervenção em sentido estrito* implica que os agentes alterarão os

4 A questão pode envolver os regulamentos (autônomos e de execução) e a competência normativa das autoridades reguladoras. A esse respeito, v. Leila Cuéllar, *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo : Dialética, 2001, p. 107 ss., e Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo : Dialética, 2002, 481 ss.

seus comportamentos econômicos devido a razões de fato, derivadas da intervenção estatal (autorizada/determinada pelo Direito) em seus respectivos mercados. Não existe uma estrutura normativa de um dever ser, estabelecendo o que os agentes devem fazer no plano jurídico (com conseqüências de ordem econômica). O que se dá é a necessidade de fato de os particulares readequarem as suas condutas devido a uma intervenção fática intramercado. Caso a intervenção de fato seja séria e eficaz, a não alteração do comportamento dos agentes gerará um jogo de forças, em que alguém será derrotado: ou o Estado, frustando-se a intervenção, ou os agentes, experimentando prejuízos.

10. Em tese, as conseqüências de uma e de outra espécie de intervenção econômica podem ser as mesmas: o Estado pode escolher entre criar uma empresa estatal para alterar o comportamento dos demais agentes do mercado ou estabelecer as regras de conduta para esses agentes (inclusive fixando preços, quantidade, qualidade etc.). Pode decidir entre investimentos públicos para a instalação de uma determinada unidade produtiva ou criar normas de estímulos promocionais para que as pessoas privadas o façam. Isso confirma a existência de um gênero e suas respectivas espécies.

Em verdade, a tendência contemporânea é a de que a atividade interventiva seja cada vez menos agressiva ao mercado (menos intervenção em sentido estrito), indicativo daquilo que António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques qualificaram como uma das principais características do Direito Econômico contemporâneo: o declínio da coercibilidade.5 Menos constrangimentos e menor grau de repressão, fazendo com que os agentes adotem condutas específicas mediante o estímulo à obtenção de resultados positivos.

11. Isso porque ambas as formas de atuação do Estado na economia podem perseguir finalidades idênticas e buscar o atingimento de efeitos semelhantes. A diferença está na essência da concepção do relacionamento entre o Poder Público e a economia. No primeiro caso, o Estado força as pessoas privadas à assunção de determinados comportamentos através da prestação de uma atividade concreta (o Estado intervém participando e reflexamente coagindo os agentes a mudar as suas diretrizes); no segundo, através da disciplina normativa (geral e abstrata ou mesmo preceitos concretos, podendo fixar benefícios para aqueles que se adaptem) da atividade dos particulares (o Estado intervém regulando).

Claro que as diferenças não se esgotam nesse plano conceitual, pois há sérias dessemelhanças entre os custos (públicos ou privados); o modelo de Estado (intervencionista, regulador ou liberal); a capacidade distributiva; o escopo desenvolvimentista porventura visado; as conseqüências (macro e microeconômicas); a capacidade de dispêndios públicos, etc.

---

5 *Direito económico*. 4a. ed. Coimbra : Almedina, 2001, p. 25.

12. Por fim, é importante frisar que as duas espécies não são auto-excludentes, mas podem conviver num mesmo ambiente intervencionista. O exemplo adequado a tal cogitação está nos monopólios públicos (Constituição, art. 177). Nesse caso extremo, a legislação exclui os agentes privados, proibindo a sua atuação naqueles setores econômicos estrategicamente reservados ao Estado. Por outro lado, a atuação pública visa a produzir efeitos no domínio econômico dos setores secundários àquele monopolizado. Logo, pode ocorrer uma interação entre a intervenção em sentido estrito e a regulação.

VI. INTERVENÇÃO EM SENTIDO ESTRITO, INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E RESPECTIVOS LIMITES E CONTROLES

13. A divisão tem uma importância prática no que diz respeito aos limites da intervenção (*stricto sensu* e regulatória), bem como quanto aos mecanismos de defesa de que dispõem os particulares num caso e noutro.

13.1. A Carta Magna estabelece estreitos limites à atuação direta do Estado na economia. Na intervenção em sentido estrito, o Estado se submete às regras jurídicas e padrões econômicos do próprio mercado (a não ser no caso das exceções previstas na própria Constituição). Seria impróprio a uma economia capitalista que se cogitasse de benefícios extraordinários ao Estado interveniente (lembre-se de que a intervenção, por si só, é uma exceção).

Daí a atenção que desperta o art. 173 e §§ da Constituição Federal. Lá estão consignados os pressupostos materiais e formais relativos à exploração direta da atividade econômica pelo Estado, bem como os limites a ela pertinentes.

Nesse caso, os particulares dispõem de uma gama de defesa que se desdobra em dois planos, um irrelevante aos questionamentos ora expostos, outro passível de melhor exame. Irrelevante é a alternativa da adoção de ações empresariais concretas, de molde a neutralizar o novo concorrente (ou os efeitos de sua ação no mercado). Trata-se de uma perspectiva de condutas econômico-empresariais que não dizem respeito ao Direito (a não ser quanto às conseqüências da licitude quanto ao seu cumprimento).

Logo, um posto de venda de combustíveis pode vender por preços inferiores aos dos postos de combustíveis de propriedade da Petrobras. A perspectiva que nos interessa se põe a partir do momento em que a atuação empresarial do Estado desencadeia descumprimento concreto às normas regulatórias (p. ex., um *dumping*) ou frustra uma determina expectativa, legítima e legal, do empresário (p. ex., o malogro de investimentos oriundos de um plano de fomento). Os instrumentos protetivos de que dispõem os particulares são os mesmos que existem em relação aos demais operadores do mercado: ações judiciais para discutir o desvio concreto e/ou pedidos ao CADE para reprimir as infrações à Ordem Econômica (Lei 8.884/1994).

13.2. Por outro lado, a regulação normativa da economia faz surgir outra ordem de defesas – desde o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade até aquelas ações pessoais que instalem um controle difuso da constitucionalidade das leis e/ou um controle de legalidade dos regulamentos. Os agentes econômicos (e a sociedade) dispõem de instrumentos que permitem o controle ativo da atividade regulatória do Estado.

VII. A CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA E RESPECTIVAS CONSEQÜÊNCIAS

14. A proposta classificatória acima apresentada pretende clarificar um ponto específico, que é o de considerar a intervenção como um gênero, do qual a intervenção e a regulação seriam espécies.

O que também contempla a rejeição a um conceito genérico de regulação, a abranger a intervenção em sentido estrito como uma espécie regulatória. Considera-se que essa classificação parte de premissas não exatamente adequadas ao sistema brasileiro, ao mesmo tempo em que gera conseqüências que dele se distanciam.

Esta constatação autoriza um exame mais apurado do tema, a ser feito no tópico seguinte do presente trabalho, específico acerca da rejeição desse critério de classificatório.

VIII. CRÍTICA A UM CONCEITO BRASILEIRO, AMPLO E GENÉRICO, DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

15. Um fenômeno que tem sido experimentado por parte da doutrina pós-anos 1990 é o da celebração exacerbada à regulação pública da economia. Isso no sentido de alargar o conceito de regulação, subordinando a ele as intervenções em sentido estrito (ou delas nem sequer cogitando).

Ressalve-se que as propostas doutrinárias devem ser levadas em consideração tendo em vista a sede em que foram lançadas, as premissas e objetivos visados pelo cientista. Ou seja, não se ousaria atribuir a condição de “erro” ou “acerto” às posições doutrinárias que acolhem a regulação como gênero. Nem tampouco se está a defender uma atenuação da atividade regulatória e um incremento na intervenção direta do Estado brasileiro na economia. Não se trata disso. Apenas se pretende pôr em foco uma determinada compreensão do tema, a fim de auxiliar no debate.

A seguir, pretender-se-á demonstrar que, frente à Ordem Econômica brasileira, não é exato sustentar que a regulação econômica é um gênero superlativo que contemplaria a espécie intervenção econômica.

VIII.1 O CONCEITO DE INTERVENÇÃO E A PROFUSÃO DA "*AMERICAN-STYLE REGULATION*"

16. Chega a ser enfadonha a repetição de que a onda regulatória pela qual o mundo vem passando desde a década de 1980 deve-se a uma "americanização do Direito".6

Especificamente no que diz respeito à regulação econômica, Giandomenico Majone vale-se reiteradamente da expressão "*American-style regulation*" para se referir à forma de intervenção estatal que acredita no funcionamento perfeito do mercado em circunstâncias normais e que, por isso, deixa a propriedade das empresas em mãos de pessoas privadas.7 A intervenção dar-se-ia puramente através de normas (em menor número possível) e o Estado apenas sanaria as falhas de mercado (ao que se infere, numa atuação pró-mercado).

Mas o essencial disso está em seu significado macroeconômico (e mesmo "macrojurídico"). Não significa apenas uma opção catalográfica, oriunda de conceitos normativos neutros. A defesa de uma *American-style regulation* não implica somente um enfoque privilegiado da atividade normativa. Mais do que isso, traz consigo uma específica concepção de todo o relacionamento do Estado com a economia. Não envolve apenas a atenuação da intervenção direta e o favorecimento à intervenção regulatória, numa singela alteração dos modos de intervir, mas sim uma diferente concepção estrutural da própria economia, do papel do Estado e dos agentes econômicos. Altera-se toda a *rationale* do sistema.

17. Essa "lógica da ação econômica do Estado" aclara-se e torna-se ainda mais incisiva no que diz respeito à União Européia – a qual, como leciona Marçal Justen Filho, tem um núcleo ideológico que "corresponde à substituição da intervenção direta do Estado por manifestações regulatórias. Consagra-se a concepção da suficiência do mercado para disciplinar as relações econômicas, mediante supervisão de entes independentes, de conformação não política."8

Assim, se nos Estados Unidos da América é difícil de se vislumbrar uma intervenção econômica direta e ativa (são poucas as exceções), isso nem sequer seria possível de se cogitar frente à Comunidade Européia. É alheia, impertinente e irrelevante, à inteligência do sistema comunitário uma investigação acerca de qualquer "exploração direta da atividade econômica" por parte da União Européia.

---

6 Por todos, a obra coletiva *L'américanisation du droit*. Archives de philosophie du droit, t. 45. Paris : Dalloz, 2001 (que abrange não só o Direito Econômico, mas também a "americanização" do Direito Constitucional, da Justiça, do Direito Penal, do Direito Societário etc.). Americanização essa decorrente da "mundialização" ou "globalização" – por todos, António José Avelãs Nunes, *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, *passim*.

7 *V.g.*, nos ensaios "Regulation and its modes" e "The rise of statutory regulation in Europe", ambos publicados na coletânea *Regulating Europe*. London : Routledge, 1996 – em que a expressão e sua explicação é mencionada à p. 10 e 47, respectivamente.

8 "União Européia – a esperança de um mundo novo." *RDA* 219/27, p. 87. No mesmo sentido, ampliar em Giandomenico Majone, *La communauté européene: un Etat régulateur.* Paris : Montchrestien, 1996.

O que se pode vislumbrar é a regulação econômica, submetida a determinadas peculiaridades ínsitas à soberania dos Estados-Membros. Logo, a racionalidade interventiva é avessa a essa realidade européia supranacional, que antes se afigura como um "Estado Regulador".

18. Ocorre que a transposição da compreensão normativa inerente à ideologia regulatória da Comunidade Européia e dos Estados Unidos não traz consigo a realidade econômica ínsita ao espaço comunitário e/ou ao cenário econômico da América do Norte. Nem tampouco o passado e a carga cultural dos respectivos países. Vêm apenas o novo modelo, as normas e a propaganda.

Porém, e apesar da autonomia do sistema jurídico brasileiro (e a menor porosidade que ele detém – especialmente em face dos países da União Européia), é nítido que a influência advinda do termo "regulação" (e a sua respectiva divulgação contemporânea) tem origem no Direito estadunidense. O mesmo se dá na Europa, como bem destacou Eduardo Paz Ferreira:

> *"(...) nos Estados Unidos, mesmo as políticas mais intervencionistas raramente se orientaram para a produção pública de bens como forma de corrigir as falhas de mercado privilegiando a actuação de agências públicas para assegurarem determinados comportamentos dos privados.*
>
> *As razões que levaram a estas respostas têm a ver com tradições culturais económicas muito diversas que levaram a que nos Estados Unidos nunca se assistisse a um crescimento muito acentuado do setor público."9*

Ou na exposição incisiva de António Sousa Franco: "Adoptando uma visão mais própria de certos tipos de intervenção, há quem – sobretudo na moderna teoria anglo-saxónica, *maxime* norte-americana – prefira falar de *regulation*, definindo-a como a actuação do Estado que interfere sobre as forças do mercado (e, reflexamente, de *deregulation*, como movimento tendente a abolir tais formas de actuação, mantendo apenas as actuações do Estado que sejam conformes às 'forças do mercado' ou ao 'livre funcionamento do mercado')."10

No mesmo sentido, para Paulo Motta a "expressão *regulação* tem sua origem nos estudos econômicos procedidos por profissionais de língua inglesa, com a finalidade de permitir uma distinção entre a clássica regulamentação de direitos e a intervenção regulatória do Estado na atividade econômica."11

19. Fato é que o Brasil não restou impune a essa americanização regulatória do Direito. Por isso a menção a essa circunstância, que tem uma razão de ser específica neste ponto do trabalho: a tentativa de aclaramento do amplo conceito de regulação econômica recentemente aplicado à Ordem

---

9 *Direito da economia*. Lisboa : AAFDL, 2001, p. 395.

10 *Noções de direito da economia*, vol. I. Lisboa : AAFDL, 1992, p. 295.

11 *Agências reguladoras*. Barueri : Manole, 2003, p. 47.

Econômica brasileira. Mas para se chegar a tal ponto, faz-se necessária uma compreensão prévia (e uma tentativa de desmistificação) dessa tal *American-style regulation*.

VIII.2 A INTERVENÇÃO ECONÔMICA E A REGULAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

20. Conforme acima mencionado, desde início dos anos 1980, há uma intensa divulgação pública quanto à "reinvenção" do governo dos EUA – com a retirada absoluta do Estado do cenário produtivo e uma atenuação da regulação pública da economia. Isso deu margem a uma série mundial de privatizações, desregulações e liberalizações econômicas – que teve início na Inglaterra, alastrou-se pela Europa e atingiu a América Latina nos anos 1990 (com efeitos especiais no Brasil e na Argentina).

Isso apesar de não ser preciso que o governo norte-americano seja totalmente infenso à atividade produtiva estatal. Tanto ao longo de sua História como nos dias de hoje, o governo dos Estados Unidos mantém uma participação (ainda que ínfima) na atividade empresarial. Apesar de se tratar de uma exceção, não merece ser ignorada.

21. Nesse sentido, Alberto B. Bianchi faz um minucioso levantamento acerca do desenvolvimento histórico da regulação econômica estadunidense, dividindo a sua pesquisa em três períodos: o primeiro, de 1870 a 1930 (que marca o nascimento da regulação em nível nacional); o segundo, de 1930 até 1970 (o *New Deal* e as conseqüências de grande intervenção estatal dele advindas) e o terceiro, de 1970 aos anos 1990 (envolvendo a atenuação regulatória nas eras Nixon e Carter, seguido de um alardeamento de sua retração no período Reagan e Bush).12

O autor aponta que, já ao início do século XX, os EUA começaram a utilizar-se "da técnica do empresariado público, ainda que nesse país não tenha alcançado a difusão que teve em outros". Em 1902, o Estado norte-americano tornou-se acionista de uma empresa vinculada ao projeto do Canal do Panamá (incluindo ações da Companhia Ferroviária do Panamá). Depois, em 1917/1918, foram criadas várias empresas públicas em razão da Primeira Guerra (*States Grain Corporation, United States Emergency Fleet Corporation, War Finance*

12 *La regulación económica*, t. 1. Buenos Aires : Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. Joseph E. Stiglitz aponta que o governo Carter promoveu a desregulação da economia (reduziu o papel do governo na regulação econômica), enquanto que os governos Reagan e Bush (pai) criticavam a carga regulatória, mas ainda assim fizeram a regulação crescer (em especial as que envolviam o meio ambiente e o sistema bancário). O recente governo Clinton teria adotado uma posição balanceada: reconheceu a necessidade da regulação, mas tentou atenuá-la (*Economics of the public sector*. 3ª ed. New York : W.W. Norton & Company, 2000, p. 11). Aprimorar a análise das ondas regulatórias estadunidenses em Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 72/107.

Corporation etc.).13

Também a Grande Depressão "trouxe consigo um grande número de empresas estatais principalmente desenhadas para estabilizar a economia e para conceder empréstimos".14 Em 1933, a *Tennesse Valley Authority* foi criada na condição de ente regulador dotado de característicos de empresas privadas (ações, flexibilidade, iniciativa etc.), a fim de administrar o sistema elétrico do rio Tennesse e hoje, ainda, exerce as mais diversas funções.15

Na década de 1960, "novamente apareceram algumas empresas estatais. Muitas delas seguiram o modelo tradicional, a miúdo com a denominação de *Government agencies* (agências do Estado), e foram situadas dentro da estrutura governamental existente."16 Por fim, marcante é o exemplo da AMTRAK – com origem no *Rail Passenger Service Act*, de 1970. A AMTRAK é uma sociedade anônima criada pelo Congresso visando a aprimorar o transporte ferroviário. Apesar de formalmente não integrar a Administração estatal, os seus diretores são nomeados pelo Estado e está submetida a órgão público específico.17

22. Esses dados prestam-se a pôr em foco o fato de que a economia norte-americana não é peremptoriamente avessa à atividade produtiva pública. Não existe apenas regulação normativa, sempre cordial ao mercado e sem coercibilidade. Além de existirem empresas governamentais que exercitam diretamente atividade econômica de grande importância, há variações de acordo com o perfil de cada um dos governos: a regulação implementada no governo Carter é diversa daquela proposta pelo governo Reagan.

De qualquer forma, não se pode negar que a atuação estatal direta no desenvolvimento de atividades econômicas empresariais é uma exceção, que também foi objeto de privatizações. Como aponta Stiglitz, a privatização significou um processo muito mais intenso na Europa e no Japão do que nos Estados Unidos – devido à desproporção entre os respectivos números de empresas e atividades produtivas titularizadas pelos governos.18

---

13 Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, cit., p. 78/79.

14 Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, cit., p. 117. Stiglitz reforça o entendimento de que a Grande Depressão "foi o evento que mais fundamentalmente mudou as atitudes em face do governo. Houve uma (justificada) ampla visão de que os mercados haviam falhado de uma forma significativa, e havia enormes pressões para que o governo fizesse algo a respeito dessa falha do mercado." (*Economics of the public sector*, cit., p. 6).

15 Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, cit., p. 101/102. Stiglitz e Walsh indicam que "a Tennesse Valley Authority (TVA), empresa pública, é uma das maiores geradoras de eletricidade do país" (*Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro : Campus, 2003, p. 11).

16 Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, cit., p. 139, fornecendo os seguintes exemplos: *Overseas Private Investment Corporation*, *Corporation for Public Broadcast, Legal Services Corporation* etc.

17 Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, cit., p. 189.

18 Para Stiglitz, a mais controversa e mais importante privatização norte-americana foi a da *United States Enrichment Corporation*, responsável pelo urânio enriquecido – que, a depender do grau de enriquecimento, pode ser utilizado em usinas nucleares ou em bombas atômicas (*Economics of the public sector*, cit., p. 12).

Ou seja, não é uma verdade absoluta a exclusão do Estado norte-americano do exercício de atividade econômico-empresarial. Há exceções significativas. Atualmente, o governo federal norte-americano é responsável pela defesa nacional, correios, impressão do dinheiro e a regulação dos comércios interestadual e internacional. Até a presente, o *U.S. Postal Service* é "o monopólio público mais importante dos Estados Unidos".19

23. Exceções à parte, fato é que a economia americana é fundamentalmente regida pela liberdade de mercado unida a uma regulação normativa (cuja intensidade e extensão variam de acordo com o governo federal). Ao contrário dos casos europeu e brasileiro, mesmo onde haja monopólio natural, os Estados Unidos dependem da regulação econômica – apesar de haver alguma pouca produção pública, em especial nos setores de energia hidrelétrica e água.20

VIII.3 SISTEMAS DIFERENTES, CLASSIFICAÇÕES DIVERSAS

24. Em conclusão, tem-se que não haveria sentido em falar numa intervenção econômica estatal como gênero (a abrigar as espécies intervenção em sentido estrito e a regulação) numa economia como a norte-americana. A lógica do sistema da *American-style regulation* exclui as premissas acima descritas (oriundas do sistema brasileiro) e prestigia um enfoque inverso: a regulação geral e abstrata (pouco importa se setorial ou não) como regra; a atividade produtiva governamental como exceção. Essa é a razão inerente ao sistema, que se acentua no cenário da Comunidade Européia (onde nem sequer se poderia pensar acerca da intervenção comunitária produtiva em sentido estrito).

Logo, os sistemas brasileiro e americano (e o comunitário europeu) são diferentes – autorizando uma compreensão diversa e uma conceituação adequada a cada um deles. O alargamento do conceito de regulação (ou a sua compreensão monoteísta) traz consigo uma carga cognitiva impertinente ao sistema jurídico brasileiro.

---

19 Stiglitz e Walsh, *Introdução à microeconomia*, cit., p. 227.

20 Stiglitz, *Economics of the public sector*, cit., p. 196. "Alguns países deixam monopólios naturais nas mãos do setor privado mas estes são regulados pelo governo. Essa é em geral a prática nos Estados Unidos. Serviços locais de utilidade pública, por exemplo, permanecem privados, mas suas tarifas são reguladas pelos estados. Agências federais regulam os serviços de telefonia interestaduais e o preço do transporte interestadual de gás natural." (Stiglitz e Walsh, *Introdução à microeconomia*, cit., p. 227/228). A corroborar a assertiva, Edward Luttwak indica que, em 1998, a participação dos EUA na propriedade industrial e na propriedade de serviços era "muito limitada" ("Algumas instalações para a produção militar nuclear/outros operadas por contratantes privados" e "Os serviços ferroviários da Amtrak são *de facto* governamentais"), com privatizações em curso e nenhuma propriedade pública nos bancos (*Turbocapitalismo*. São Paulo : Nova Alexandria, 2001, p. 307). Também é importante frisar que o *Relatório Gore* sobre a Administração Pública americana e as opções para a sua reforma e eficiência nem sequer chega a mencionar qualquer indústria ou atividade econômica prestada pelo Estado (*Reinventar a administração pública*. 3ª ed. Lisboa : Quezal, 1996).

25. Desta forma, a inversão do sentido mediante a inserção do conceito de intervenção como espécie secundária do gênero regulação aproxima-se daquilo que Tullio Ascarelli qualificou de "premissas implícitas" do Direito Comparado, ao advertir que "as doutrinas nacionais omitem, às vezes, a indicação de características que, no entanto, são das mais importantes nos diversos direitos. [...]"

> *"É por isso que, através do estudo do direito comparado, somos freqüentemente levados a investigar o que chamarei de 'premissas implícitas' (econômicas, sociais, doutrinárias etc.) nos diversos direitos, premissas às vezes não formuladas, e, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito."21*

Ou seja, a doutrina da *American-style regulation* tem por premissa implícita que o exercício de atividade produtiva econômica diretamente por parte do Estado é uma *exceção absoluta* (ou uma impossibilidade, no plano comunitário). A intervenção econômica em sentido estrito é um conceito que alberga alguns exemplos pontuais, a demonstrar que são alheios, estranhos, adversos ao sistema estadunidense. Tais exceções prestar-se-iam justamente a confirmar a regra.

Logo, nada mais adequado do que construir um conceito genérico de regulação – a absorver a regra e as eventuais exceções. Somente teria sentido a adoção do *American-style regulation* para os países que adotam idênticas premissas nos planos normativo e sócio-econômico (implícitas e explícitas). O que tem iguais conseqüências no plano jurídico-científico.

VIII.4 NOÇÕES E CONCEITOS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

26. O que ora se sustenta é o fato de que o Brasil não dispõe das mesmas "premissas implícitas" do sistema estadunidense – quer no mundo do *ser* econômico, quer no mundo do *dever ser* jurídico. Não exercita nem se pode submeter ao *American-style regulation* especialmente porque a Ordem Constitucional prevê a atuação direta do Estado na economia, sob as mais diversas roupagens. Mais do que isso, a configuração de País subdesenvolvido exige uma intervenção mais intensa e ativa do Estado, em especial nos "pontos de estrangulamento" da economia.22

---

21 *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas : Bookseller, 2001, p. 41.

22 Os "pontos de estrangulamento" são as dificuldades estruturais em setores cujo não-desenvolvimento impede a fluidez e(ou) a instalação dos demais setores econômicos. O incentivo e a produtividade exigem não só a ausência de óbices ao fluxo futuro das mercadorias, mas também a preexistência de bases que permitam assegurar o resultado econômico da produção. Por exemplo, o agricultor que planta em grande escala necessita não apenas de áreas rurais, técnica adequada, pessoal qualificado, tratores, sementes e fertilizantes – mas também de energia elétrica, água, meios de transporte para o escoamento da safra, silos que comportem o armazenamento da produção etc. (tudo isso compondo

Logo, o *estilo interventivo brasileiro* resulta da combinação de *premissas implícitas e explícitas* da Constituição Econômica brasileira e da economia nacional, a afastar a regulação como gênero que albergaria uma espécie interventiva excepcional.

27. Por outro lado, tampouco os movimentos de desestatização, privatização e liberalização da economia teriam o condão de inverter tais premissas. Apesar de tais fenômenos recentes não se referirem unicamente a uma modificação superficial da relação entre Estado e economia (vez que houve alterações estruturais, inclusive no que diz respeito à Constituição Econômica e à legislação infraconstitucional), não geraram o efeito central de suprimir o perfil anteriormente definido.

Isto é, o que se deu foi uma mudança na concepção do relacionamento do Estado na economia que envolveu uma atenuação da participação dele, mas não a sua exclusão e/ou o estabelecimento de uma realidade avessa à anterior. Ademais, permanecem algumas das necessidades de fato que tornam imprescindível a atuação econômica estatal.

A compreensão contemporânea da Ordem Econômica brasileira exige um esforço do intérprete, de molde a não se deixar seduzir em absoluto pelas doutrinas (econômicas e jurídicas) cunhadas à luz das premissas implícitas de outros sistemas normativos. É um esforço criativo ainda maior, visando à criação de uma nova compreensão acerca do Texto Constitucional.

28. Desta forma, reputa-se válido argumentar também no plano taxionômico, alternando-se o conceito primário e o secundário (gênero e espécies). Ou no plano conceitual puro, aumentando as hipóteses albergadas pelo conceito. Trata-se de alternativas perfeitas, se coerentes às premissas da tese.

29. Assim, pede-se *venia* para discordar de definições recentemente lançadas por parte da doutrina nacional, que conferem uma generalização ao conceito de regulação. Alguns exemplos prestam-se a estimular o debate, trazidos com o respeito que é devido aos seus nobres autores. Assim, Calixto Salomão Filho adota um conceito que poderia ser qualificado de ainda mais amplo do termo, a seguir transcrito com as razões esposadas pelo autor quando dessa escolha:

> *"Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. [...] Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços*

---

os custos de produção e refletindo no preço final do produto). A existência de *bottlenecks* impede a fluência das atividades produtivas.

públicos e regulando a sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.

[...]

"No campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica."23

Floriano de Azevedo Marques Neto também compartilha desta tese e esposa um entendimento que compreende a regulação como as "diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico". A seguir a definição proposta por esse autor: "a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hiposuficiências ou a consagração de políticas públicas."24

30. Contudo, e respeitosamente, conceitos como os acima exemplificados não parecem adequados ao sistema brasileiro. A configuração constitucional da intervenção ativa do Estado na Ordem Econômica, unida à efetiva intervenção estatal produtiva (mesmo em tempos pós-privatizações) autoriza uma definição que melhor defina os planos.

Defende-se uma compreensão semelhante à de Carlos Ari Sundfeld, para quem a regulação é uma "espécie de intervenção estatal" que se manifesta "tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.)."25

Desdobrando o sentido do termo nas áreas por ele abrangidas, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o conceito de regulação alberga as idéias de *regulação social* e *regulação econômica*: "o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público."26

---

23 *Regulação da atividade econômica*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 15.

24 "A nova regulação dos serviços públicos". *RDA* 228/13, p. 14.

25 "Introdução às agências reguladoras", in *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 18.

26 "Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade", in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (org.), *Direito regulatório – temas polêmicos*. Belo Horizonte : Fórum, 2003, p. 30.

Em sentido semelhante, Marcos Juruena Villela Souto especifica que "a regulação deve ser considerada sobre três aspectos, a saber, a regulação de monopólios, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através de controles sobre os preços e a qualidade do serviço, regulação para a competição, para viabilizar a sua existência e continuidade, e regulação social, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental."27

É também de se citar a compreensão de Alexandre Santos de Aragão – para quem, ao mesmo tempo em que esposa o entendimento de que a regulação, a atividade econômica de produção de bens e serviços do Estado e o fomento constituem espécies do gênero intervenção na economia, propõe um conceito lato da regulação estatal da economia: "é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, 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."28

Ao final, é de se mencionar a definição proposta por Alexandre Faraco – com acentuado caráter teleológico: "a regulação visa limitar a liberdade dos agentes econômicos, de forma a afastar determinados efeitos indesejáveis de um sistema que é baseado nessa ação livre. Assim, a atuação reguladora é necessária quando o agir dos agentes econômicos, sustentado em seus próprios interesses, é falho em alcançar determinados resultados socialmente rejeitados."29

31. Note-se que tal concepção é também encontrada na doutrina lusitana, que defende conceitos algo semelhantes ao ora adotado. A definição de Eduardo Paz Ferreira confere características mais abrangentes à locução, ao mesmo tempo em que a restringe ao plano normativo: "A regulação económica implica, assim, antes do mais, a definição de objectivos por via legislativa, a escolha dos instrumentos para assegurar a prossecução de tais objectivos e a opção quando aos meios para dotar esses instrumentos da necessária coercibilidade."30

Também António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques acolhem um conceito de regulação que não inclui a intervenção direta produtiva: "A *regulação pública da economia* consiste no

---

27 *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 438.

28 *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 23 e 37.

29 *Regulação e direito concorrencial*. São Paulo : Paulista, 2003, p. 141. Mais adiante, o autor aclara o seu entendimento no sentido de que "a ação reguladora terá, essencialmente, um caráter normativo. Obviamente, isso não fica limitado à lei em sentido formal, mas também compreende qualquer norma jurídica validamente positivadas que afete a liberdade de ação dos agentes econômicos." (ob. cit., p. 143/144).

30 *Direito da economia*, cit., p. 395/396.

conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis."31

31. Porém, é importante o alerta para a vigorosa corrente que defende uma compreensão ampliativa (e funcional). Tal como parte da doutrina brasileira, também no cenário europeu encontram-se variações no debate.

Por todos, preciosa é a lição de Vital Moreira que, depois de formular um conceito operacional de regulação econômica ("o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos"32), descreve três concepções de regulação e defende a escolha majoritária da doutrina:

> *"Desde logo quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação (Jarass, 1987 : 77): (a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente de seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).*
>
> *"[...] Mas o segundo sentido é de longe o mais seguido pela doutrina, correspondendo aliás ao conceito de intervenção, no seu sentido mais restrito. Na verdade, cumpre por um lado ter em conta a distinção entre a participação do Estado na economia e a orientação ou regulação estadual da economia. Por outro lado, sob o ponto de vista da forma de coordenação ou modo de 'governação' da economia, não existe diferença relevante quanto aos instrumentos da acção estadual sobre a economia, sejam eles legislativos, sejam eles administrativos. É certo que, em princípio, toda a acção estadual sobre a economia privada há-de pressupor uma norma prévia (lei, regulamento), mas as medidas de execução concreta dessa norma é que dão espessura ao correspondente regime de regulação.*
>
> *"Deste modo, o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não forma normativa. Na regulação haverá assim que distinguir os instrumentos de regulação normativa (lei ou outro instrumento) e as medidas administrativas ou outras de intervenção (concertação convencional, polícia administrativa, subsídios e outros incentivos, medidas de política financeira e monetária, etc.). O essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores,*

31 *Direito económico*, cit., p. 191. E a seguir: "O conceito de regulação aqui adoptado é, portanto, menos amplo do que o de intervenção pública na economia, visto que exclui a actividade directa do Estado como produtor de bens ou de serviços." (ob. e loc. cits.)

32 *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra : Almedina, 1997, p. 34.

distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado."33

A premissa da concepção mais ampla tem a qualidade de ser inclusiva, correspondendo em termos gerais ao conceito acima proposto de intervenção: toda e qualquer forma de ingresso do Estado no cenário econômico (independentemente de seus instrumentos e fins). Porém, trata-se de algo que se refere com maior precisão a outros ordenamentos jurídicos, que não o brasileiro.

A concepção mediana envolve uma perspectiva funcional de resultado: toda e qualquer medida que implique a alteração do comportamento econômico dos agentes atuantes no mercado (independentemente de sua forma e de quem a implementa). A concepção restrita corresponde ao conceito ora proposto de regulação: a disciplina do comportamento dos agentes econômicos através da imposição normativa de seu comportamento nos respectivos mercados (implementada pelo Estado ou quem lhe faça as vezes).

32. Não há dúvidas de que à corrente adotada pode ser imputado um formalismo exacerbado, chegando às raias de um normativismo (que tem estado ultimamente um pouco *démodé*). Mas se trata de um conceito sustentável, restritivo de uma idéia que, se ampliada, implicaria uma outorga de exacerbadas qualidades ao próprio mercado e seus agentes. Isso agravado pelo perfil intervencionista do ambiente jurídico e político-econômico brasileiro (o que gera maiores reações por parte dos operadores privados). Sustenta-se, pois, que o conceito de regulação não pode envolver nenhuma solução extrajurídica ou abrangida pela livre disponibilidade dos direitos dos agentes econômicos.

IX. A INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E O REGIME DE DIREITO ADMINISTRATIVO

33. No Brasil, a intervenção do Estado na economia é regida basicamente pelo Direito Administrativo (com lastro no Direito Constitucional). As normas do gênero intervenção econômica têm essa natureza jurídica: são dispositivos emanados sob o regime de Direito Público, vinculados ao exercício da função administrativa. Tanto a intervenção em sentido estrito como a intervenção regulatória envolvem o exercício de dever-poder outorgado em lei à Administração.

O presente trabalho abdicará de uma concepção mista ou privatista de facetas da regulação econômica. Isso com base no entendimento de que a disponibilização e a auto-definição privada do comportamento dos agentes econômicos através de puros atos de coordenação (apesar de reconhecidos pelo Direito) representa antes uma forma de exercício de poder de mercado, um *modus operandi* do poder econômico privado, do que regulação econômica cogente propriamente dita. Qualificar tais atos de coordenação de interesses

33 *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 35 e 36.

privados como regulação acentuaria por demais a carga teleológica do conceito, mas abrandaria a sua essência e mesmo o teor de sua natureza jurídica.

34. Mas a intervenção regulatória não se exaure no momento de positivação das normas. Regular a economia não significa só o estabelecimento de regras cujo conteúdo ou objeto tenham efeitos econômicos, fixando um conjunto de prescrições que determinem o comportamento (próprio e alheio), mas também (e especialmente) o controle e a fiscalização do cumprimento dessas regras e a sanção à sua violação (ou ao seu cumprimento, no caso das sanções premiais).

Num primeiro momento, a intervenção é operacionalizada *in concreto* pela Administração Pública. Esse é o seu cenário usual, envolvendo uma gama de atividades vinculadas a parcela específica do exercício da *função administrativa*. Excepcionalmente o é pelo Judiciário (em casos concretos ou no controle abstrato) e Legislativo (produção de normas e eventual controle parlamentar).34 Tanto a intervenção em sentido estrito como a regulação econômica submetem-se ao Estado-Administração. Em essência, isso significa que as relações jurídicas de intervenção da atividade econômica configuram exercício de função administrativa através de órgãos próprios, sob o regime jurídico de Direito Administrativo.

Mais do que isso: frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, a outorga de competência para o exercício da intervenção na economia tem a natureza jurídica de um Direito Público (ainda que porventura exercida por particulares, como no caso das concessões de serviços públicos).

35. Tentando conferir maior especialidade à noção, tais características se reproduzem no conceito de regulação econômica. Aqui a preocupação reside no estabelecimento de normas de conduta (não só gerais e abstratas), de molde a induzir ou obrigar os agentes econômicos privados a adotar determinados comportamentos. Trata-se da disciplina normativa da atividade econômica. Essa regulação pode se dar de forma direta (regras para o ingresso e exercício de determinadas atividades como, p. ex., a bancária e mercado de capitais) ou indireta (regras que estimulem a adoção de determinados comportamentos especialmente através de sanções premiais, como o fomento). Também este campo é regido primordialmente pelo Direito Público (Administrativo).

Porém, mesmo nesse plano regulatório puro a efetivação da atividade dá-se através do Estado-Administração (ou de quem lhe faça as vezes). São as entidades e órgãos administrativos que disciplinam e se relacionam com a atividade econômica. É a Administração Pública que dá existência e concretude à intervenção do Estado na economia (em seus sentidos amplo e restrito). A

34 Isso à parte dos Tribunais de Contas. A Constituição estabelece que o "controle externo [das contas da Administração direta e indireta e de todos os responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos], a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União" (art. 71).

conclusão é a de que a grande concentração das atividades regulatórias reside na Administração Pública. Note-se que a constatação não é exclusiva do regime jurídico brasileiro, como se infere da escrita de Vital Moreira:

> *"A actividade reguladora do Estado, no seu sentido mais amplo, efectua-se por intermédio do legislador e da administração (e também através dos tribunais, na punição das infracções às regras estabelecidas). Se bem que as leis possam ser operativas por si mesmas – sobretudo as 'leis-medida' -, a regulação económica do Estado tem lugar primordialmente por intermédio da administração. E isto tanto na dimensão regulamentadora, como na dimensão 'executiva' concreta e ainda na dimensão sancionadora (sanções administrativas). Por isso, se é certo que no Estado-de-direito não existe acção administrativa à margem da lei, é todavia sobre a Administração que impende o grosso da intervenção e da regulação económica do Estado."35*

36. Com isso não se quer dizer que toda a atividade econômica seja regida só e tão-somente pelo Direito Administrativo, através de atos e fatos da Administração. Não se quer sustentar uma tipicidade fechada para as atividades econômicas. Convém separar os planos: a atividade econômica das pessoas privadas tem o seu exercício garantido pela liberdade de iniciativa, liberdade de empresa e liberdade de profissão, que em seu interior se regem basicamente pelo Direito Privado.

As exceções ou restrições a tais liberdades são as vedações legais positivas (p. ex., a exploração de energia nuclear – Constituição, arts. 20, IX, 21, XXIII, 49, XIV e 177, V) ou os requisitos para o ingresso em determinados setores (diploma universitário e registro em entidade profissional para o exercício de certas profissões como, p. ex., médicos e advogados; requisitos normativos para determinadas atividades, como o seguro e a educação). Porém, todas essas exceções são oriundas de normas de Direito Público, que limitam o exercício da liberdade de profissão e de iniciativa, estabelecendo relações de subordinação entre o Estado (ou quem lhe faça as vezes) e as pessoas privadas.

37. Por outro lado, pouca relevância tem a natureza do sujeito que exercita a liberdade de iniciativa, se pessoas privadas ou Administração (Constituição, art. 173, §§ e respectivos incisos). Todos se submetem ao mesmo regime jurídico: aquele "próprio das empresas privadas" (Constituição, art. 173, § 1º, inc. II). A atividade econômica privada é equânime entre todos os agentes nos respectivos setores, submetendo-os a uma regulação equivalente e isonômica.

Os particulares têm assegurado o direito de escolher e desenvolver a profissão que melhor lhes aprouver e a liberdade de criar uma empresa e ingressar no mercado de forma competitiva (inclusive se auto-disciplinando de forma legítima). Têm a possibilidade de, mediante atos de disposição de vontade, coordenar os seus interesses econômicos em forma de auto-regulamentação.

35 *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 194.

Mais do que isso: podem estabelecer regras costumeiras e(ou) morais, que disciplinem o seu comportamento em determinado mercado. É viável a adoção de *gentlemen agreements*, desde que voluntária e conveniente aos interesses dos integrantes. Porém, isso nada diz respeito à regulação econômica em sentido estrito. Não é o fato de serem gerados efeitos econômicos através de regras coletivas que gera essa classificação.

38. A regulação da economia desdobra-se em outro plano: a fixação da forma jurídica do exercício do poder econômico de terceiros (pessoas públicas ou privadas) é regida e controlada pela Administração Pública, segundo competências preestabelecidas em normas de Direito Público (Administrativo). Não existe regulação econômica anódina ou neutra, ainda mais porque envolve a disciplina do poder econômico, cujos limites são aqueles estabelecidos pela disposição do agente unida às características do mercado.

X. ESBOÇO DE UMA CONCLUSÃO

39. É nítido que o Direito Administrativo da Economia brasileiro sofreu sérias alterações. Não se trata de mudanças definitivas, como se infere dos vários projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional (muitos deles em busca de um modelo do passado). Mas algumas são mudanças radicais, que demandam esforços do intérprete, de molde a cumprir o desiderato constante do alerta do Professor Adilson Abreu Dallari, consignado ao início do presente texto: é necessária uma hermenêutica contemporânea, adaptada e consciente dos novos tempos e das novas realidades normativas e econômicas. As alterações havidas no mundo do ser e do dever-ser exigem que o intérprete acolha uma interpretação evolutiva do direito, coerente e adequada ao seu tempo.

Curitiba, março de 2004.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Texto escrito em louvor ao Professor Doutor ADILSON ABREU DALLARI, publicado in WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257-281