

Bruna Braga da Silveira

**LITIGIOSIDADE
REPETITIVA, PROCESSO
E REGULAÇÃO**

**Interações entre o Judiciário e o
órgão regulador no julgamento
de casos repetitivos**

2021

ESTADO REGULADOR E SUAS INTERAÇÕES COM O JUDICIÁRIO

II.1. O ADVENTO DO ESTADO REGULADOR

Tendo o capítulo anterior abordado a alta litigiosidade que se vê presente no Brasil, especialmente nos setores regulados, e visando seguir adiante na investigação do problema central desta tese, impõe-se colocar algumas noções sobre o papel do Estado nesta quadra histórica, especialmente quando busca a um só tempo (1) afastar-se do papel de promotor do desenvolvimento mas também (2) se afastar do papel de mero espectador (“guarda-noturno”). Nesse sentido, o Estado assume o papel de Regulador.

“Regulador”¹, como coloca Marçal Justen Filho, refere-se a uma função estatal que não se confunde com a função normativa; não se confunde com a função jurisdicional; nem, tampouco, com a função administrativa em sentido estrito.² Para Marques Neto, *regulação* é “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 da hipossuficiência ou a consagração de políticas públicas”³.

A concepção liberal clássica de Estado, prevalecente no século XIX, privilegiava a vetusta máxima do *laissez-faire*: um Estado em concepção omissiva, abstendo-se de intervir no domínio econômico, área reservada

-
1. Desde já convém registrar que os vocábulos “Regulação” e “Regulamentação” não devem ser confundidos. “Regulamentação” é exercício de poder normativo pelo Poder Executivo, vinculado à lei, que explicita e operacionaliza o seu conteúdo, sem alterar ou inovar. Já “Regulação” envolve funções econômicas mais amplas, conforme delineado nas linhas adiante. Sobre o tema: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Considerações sobre a “Regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 3, n. 12, out.-des. 2005.
 2. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16.
 3. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 228, abr.-jun. 2002, p. 14.

à iniciativa privada, regulada pela “mão invisível” (ênfase nos direitos de liberdade e propriedade, que alguns chamam de prestações estatais “negativas”). Ao Estado cabia tão somente resguardar as liberdades fundamentais. Qualquer atuação além disso era considerada opressora sobre a sociedade.

A virada ao século XX, no entanto, trouxe grandes alterações. Já desde suas primeiras décadas, identificam-se movimentos mundo afora de rejeição do modelo anterior, com exigências de maior participação do Estado para assegurar o bem-estar dos cidadãos – são frequentemente lembrados como exemplos não apenas os eventos russos de 1917, mas especialmente as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã (Weimar) de 1919. Uma participação mais ativa do Estado se faz necessária, especial, mas não unicamente para promover a redução das desigualdades regionais e sociais.⁴

Em relação especificamente ao Brasil, Mattos coloca, por exemplo, que, a partir de 1930, o processo de industrialização foi marcado pela “coordenação dos investimentos no setor produtivo estatal”, de maneira que “o setor produtivo privado passou a se desenvolver estreitamente enlaçado com o setor produtivo estatal”; “o desenvolvimento ocorreu centrado, essencialmente, no Estado, ou melhor, com base na forma pela qual o Estado planejou o desenvolvimento econômico através de empresas estatais e, principalmente, por meio da articulação entre capital estatal e capital

4. “O Estado, de alguma maneira, sempre interferiu nas relações econômicas. Inicialmente, o fazia editando leis para disciplinar genericamente a ação dos agentes privados, manejava o poder de polícia ou, eventualmente, incumbia-se de algumas atividades de relevância social, elevadas à condição de serviços públicos. Posteriormente, essa intervenção se avulta e a interferência estatal no domínio econômico passa a envolver a própria exploração de atividade econômica por ente estatal (empresas estatais, sociedades de economia mista, etc.). Estas hipóteses de intervenção sempre se fizeram a partir de decisões políticas estratégicas e envolviam a subtração do setor específico sujeito à incidência da ação estatal da regra de liberdade de iniciativa econômica” (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Revista Fórum Administrativo de Direito Público*, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 85). Sobre as Constituições Alemã e Mexicana, ver: COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 27/10/2018; COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 27/10/2018; PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 169, jan.-mar. 2006.

privado”⁵. Trata-se do regime desenvolvimentista, aplicando uma espécie de “ativismo socioeconômico”⁶, também chamado de “dirigismo”. Eis que, “ao longo do século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas”⁷.

Contudo, apesar dos resultados positivos, oriundos dessa atuação intervencionista, pode-se arguir que os benefícios trazidos acarretaram também sua ruína. O crescimento populacional, a maior expectativa de vida, além da garantia de direitos custosos a todos os cidadãos, passaram a demandar um Estado cada vez maior. A percepção crescente de inviabilização ou de insolvência dos Estados (dívidas crescentes, déficits recorrentes, serviços públicos prestados de forma inadequada) demandava mudanças⁸ - fincadas especialmente na ideia de sustentabilidade dos serviços públicos.⁹

5. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado Regulador no Brasil. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006, p. 141. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=en&nrm=i-so>. Acesso em: 22/05/2020.

6. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

7. Idem, p. 17.

8. Idem, p. 18-19.

Ainda: “As alterações sociais ocorridas geraram novas e crescentes necessidades dos cidadãos, desafios para o Estado diante de um modelo complexo de sociedade. O aparato estatal necessitou ser reformulado para enfrentar este dinamismo social. Era necessário reorganizar a função estratégica do Estado, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Tem-se o fenômeno da ‘desestatização’, processo no qual há uma crescente diminuição das estruturas públicas de intervenção do Estado” (MELO, Thiago Dellazari. *Do Estado Social ao Estado Regulador. Nomos*, v. 30, n. 1, 2010, p. 226).

9. VITALIS, Aline. Estado prestador versus Estado Regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. *Revista de Informação Legislativa - RIL*, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p267>. Acesso em 03/11/2018.

Então, aproximando-se do final do século XX, especialmente com o fim do regime autoritário de 1964-1985, tem-se que aquelas ideias de desenvolvimento a partir do setor produtivo estatal se tornaram inadequadas.¹⁰

Respondendo à tendência mundial, especialmente a partir do Consenso de Washington e da grande influência das políticas de Thatcher e Reagan¹¹, bem como atendendo às recomendações de organismos multilaterais como FMI, OCDE e Banco Mundial¹², a orientação econômico-política indicava

10. Já em 1985, escrevia Bresser-Pereira: “O caráter liberal do pacto democrático deverá expressar-se na redução do papel do Estado Produtor. A burguesia, por motivos ideológicos óbvios, teme o avanço tecnoburocrático representado pelas empresas estatais, ainda que estas tenham sido criadas e desenvolvidas principalmente para apoiar a acumulação privada. Por isso coloca como prioridade número um a desestatização da economia. Será necessária, portanto, uma mudança no próprio caráter da intervenção do Estado na economia. O Estado Subsidiador desaparece para dar espaço – recursos – ao Estado do Bem-estar, enquanto Estado Produtor reduz sua esfera de ação para tranquilizar a burguesia (...) No plano econômico, a crise do endividamento externo aponta, nos anos oitenta, na direção de um modelo econômico baseado na especialização industrial, em setores trabalho-intensivos e cada vez mais tecnologicamente sofisticados. No plano social, as pressões sociais decorrentes dos altos índices de concentração de renda indicam um aumento significativo do papel do Estado do Bem-estar. Os problemas de inflação, desequilíbrio externo e desemprego, por outro lado, indicam que, se o Estado Subsidiador e Produtor devem entrar em recesso, o Estado Regulador estrito senso, formulador de política macroeconômica complementar à regulação pelo mercado será cada vez mais importante” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estado Regulador e pacto democrático na América Latina. In: ESTADO Y CRISIS DE REGULACIÓN: DILEMAS DE POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA. *Anais eletrônicos*. Buenos Aires: [s.n.], 14 a 16 out. 1985. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=1494>>. Acesso em 30/09/2019).
11. Reconhecendo na superveniência do Estado Regulador uma realidade político-ideológica, e não apenas jurídica: “o fenômeno regulatório é fundamentalmente um fenômeno político, resultado de uma opção ideológica. Tal olhar sobre o fenômeno regulatório é inovador, pois o retira dos domínios quase exclusivos do Direito econômico” (DASSO JÚNIOR, Aragon Êrico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019). O mesmo autor, em outra passagem, observa que a adoção da ideia regulatória no Brasil não esteve relacionada à necessidade de superar falhas de mercado, mas sim “num contexto de políticas ultraliberais”, “para justificar a privatização das empresas públicas”.
12. “Além do entusiasmo pelo ‘novo’, observado no discurso de lideranças políticas daquele momento, o apoio de organismos internacionais como o Banco Mundial – Bird, o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE foi essencial para a consolidação e a difusão da crença na qual os

medidas mais liberalizantes¹³ (pode-se mesmo compreender que esta nova tendência era, antes, uma *exigência* dos agentes de mercado como requisito para o aporte de capitais no Brasil, buscando especialmente estabilidade e previsibilidade das regras do jogo econômico – a adoção do “compromisso regulatório”¹⁴), com papel menos ativo do Estado¹⁵. Assim:

O novo Estado Regulador — caracterizado pela criação de Agências reguladoras independentes, pelas privatizações de empresas estatais, por terceirizações de funções administrativas do Estado e pela regulação da economia segundo técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção de “falhas de mercado”, em substituição a políticas de planejamento industrial — representou uma clara descentralização do poder do presidente da República e de seus ministros, ao mesmo tempo em que se tentaram criar novos mecanismos jurídico-institucionais de participação de diferentes setores da sociedade civil no controle democrático do processo de formulação do conteúdo da regulação de setores da economia brasileira¹⁶.

esforços como a privatização, associados a outros fatores, levariam ao desenvolvimento. Nesse sentido, era claro que a estrutura regulatória de cada país seria determinante crucial do sucesso ou do fracasso desses esforços. O instrumental utilizado por esses atores internacionais também variou amplamente, indo de restrições a incentivos àqueles países que se adequassem ou não aos padrões econômicos indicados, sendo comum, por exemplo, a utilização da exigência de reformas em direção ao mercado como condição para a concessão de empréstimos” (CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009, p. 56-57).

13. “Inserida no contexto do padrão neoliberal, houve, no Brasil, a opção pela participação no amplo processo econômico globalizante, e, em seu bojo, a adoção de um programa de redução do papel do Estado na exploração de atividades econômicas e prestação direta dos serviços” (GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 229-230).
14. BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, abr.-jun. 2005, p. 152.
15. “Esses programas sociais se revelaram muito populares entre os eleitores, mas também excessivamente caros, sobretudo em razão da explosão da taxa de natalidade no período pós-guerra. Na década de 70, os governos da Europa passaram a sentir os efeitos do auge da explosão demográfica, tornando-se nítido que a manutenção dos programas sociais implementados no pós-guerra exigiria o aumento da arrecadação tributária. Na década de 80, as pressões da globalização aumentaram, fazendo com que os governos liberassem e abrissem as suas economias” (AVI-YONAH, Reuven S. Os três objetivos da tributação. Tradução de Luís Flávio Neto. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, 2008, p. 12).
16. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado Regulador no Brasil. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006, p. 151. Disponível em <

Desta feita, ao mesmo tempo em que essa nova orientação, no Brasil, buscava incluir mais e mais a sociedade civil na definição das políticas (afastando-se do conteúdo autoritário anterior), também promovia privatizações¹⁷ e maior afastamento do papel de planejador econômico.¹⁸⁻¹⁹

lo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007-&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/05/2020.

17. “Esta revolução teórica culminou em uma reforma prática da regulação nos anos 1980, quando o *laissez-faire* ressurge revigorado como ideário renovado e poderoso diante de um setor público estatal submetido a problemas (antigos e novos) de toda ordem, fortemente criticado pelos ideólogos liberais e questionado pela opinião pública. Nos países periféricos, endividado e enfraquecido, o setor público passa a ser alvo fácil de soluções pró-mercado, onde os resultados econômicos seriam otimizados por políticas de liberalização combinadas com privatizações e desregulações. O ideário neoliberal, acompanhado da intensificação da globalização, não apenas reforçou convicções ideológicas dos partidos da direita, mas influenciou fortemente segmentos tradicionalmente adeptos do capitalismo administrado. A reificação do mercado atinge seu ápice nos governos Reagan e Thatcher, gerando idéias e práticas com enorme força de difusão. Assim, as décadas de 1980 e 90 foram tipicamente caracterizadas como anos de “abertura de mercado”, em maior ou menor grau, em setores distintos, em grande parte do mundo (...) As discussões polarizadas do tipo “mais Estado” ou “Estado mínimo”, embotadas de um forte conteúdo ideológico, passam, gradativamente, a dar lugar à premência da construção de um “Estado necessário” para corrigir as distorções do mercado. Embora com tendência à reificação neoliberal, o mercado, per se, não é capaz de assegurar garantias de bem-estar social, ou seja, pode ser eficiente na alocação dos recursos mas, sem regulação, é um instrumento potencial de geração de desigualdades e portanto, de acirramento das tensões sociais. Nesta perspectiva, a economia deixaria de ser um fim em si mesmo para se tornar um instrumento efetivo de bem-estar social. E para que esse desafio seja enfrentado, a regulação do Estado se apresenta como elemento indispensável” (HEBER, Florence; FISCHER, Tânia. Regulação do Estado e reformas nas telecomunicações. *Revista de Administração Pública*, v. 34, n. 5, 2000, p. 147 e 148).
18. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado Regulador no Brasil. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006, p. 141. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/05/2020: “Em se tratando do modelo implementado por Fernando Henrique Cardoso, na década de 1990, parece ter prevalecido uma interpretação do Brasil marcada por uma noção negativa do Estado, sempre entendido como um órgão ‘capturado’ por ‘lobbies’ incrustados nas burocracias ministeriais”. Como coloca Majone: “a privatização dos serviços públicos é normalmente seguida de regulação de preços, enquanto que empresas recentemente privatizadas perdem sua imunidade preexistente em relação às leis de concorrência nacional e europeia. Realmente, o poder dos operadores titulares (e antigos monopolistas) para expulsar rivais em potencial do mercado é tão grande em indústrias desse tipo, que os governos têm de intervir a fim de limitá-lo. Neste caso, como em outros, os concorrentes devem sua existência às limitações reguladoras impostas sobre seus maiores rivais” (MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 01, jan.-mar. 1999, p. 9).
19. “É claro que esta agenda liberal extremada não serve, politicamente, aos socialdemocratas, mesmo quando aliados aos liberais em torno de um consenso liberalizante,

O Estado deixava o primeiro plano da promoção de desenvolvimento,²⁰ passando a agir de maneira tão somente subsidiária; o seu âmbito de atuação reduz notadamente, com os particulares sendo chamados a assumir funções crescentes, em regime de concorrência (deve-se assegurar a existência de “disputa suficiente e equilibrada no mercado”²¹; essa que é, portanto, como elemento assegurador de eficiência e de bons resultados, a chave para um funcionamento adequado do modelo de regulação²²). Nesse sentido, também, é chave para a função regulatória o combate ao abuso do poder econômico,²³ um mal que distorce o bom funcionamento dos mercados, con-

como estão em muitos países, inclusive no Brasil. É certo, também, que o velho modelo regulatório, estatista e burocratizante, já não responde mais aos ideais social-democráticos, nem respondendo aquele consenso pela liberalização, mais coerente com a agenda social democrática contemporânea. Para ela, o Estado deve regular diretamente, via restrições à ação privada, apenas quando não for capaz de eliminar as disfunções no mercado, estimulando práticas de mercado ou utilizando mecanismos que se aproximem ao máximo da ação do mercado. A regulação deve ter um custo de administração mínimo, o máximo incentivo à autorregulação, reduzir os custos de transação, por meio de esforços iniciais de resolução de conflitos manifestos e da transparência de procedimentos e informações” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 2, abr.-jun. 1999, p. 20).

20. Embora não abandonando completamente sua ação direta, que permaneceu em alguns setores, como bem lembra Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 30).
21. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 33.
22. O que é obviamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988, especialmente no art. 170, IV: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;
23. O art. 173, §4º, do texto constitucional, dirige-se diretamente a isto, quando coloca:
Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Recorde-se, ainda, que o art. 146-A da CF/88 também remete ao combate aos desequilíbrios concorrenciais:

- Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

sequentemente trazendo resultados indesejados também à função estatal.²⁴ Assim é que Marques Neto coloca que o mais relevante, para compreender essa nova forma de atuação estatal, é:

[...] i) a separação entre o poder estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor e ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta) o que leva alguns autores a caracterizar essa nova regulação como “regulação para a competição”²⁵.

A intervenção estatal deixa de ser direta e passa a ser principalmente indireta,²⁶ de modo que o Estado exerce seu poder impondo diretrizes,

-
24. “Todavia, atualmente a regulação econômica apresenta um novo sentido, consequência da assunção da função de estimular e proteger a livre concorrência em benefício dos consumidores, o que leva a uma política de segmentação dos diversos mercados, na medida do possível, junto com a desregulação das atividades comerciais e industriais. Do contrário, o âmbito em que se encontram a oferta e a procura receberia sinais falsos ou artificiais, alterando-se o sistema natural de formação dos preços e as condições de transação que atuam sobre elas. Sabe-se, pela experiência dos sistemas interventores, que, ao incidir artificialmente, o custo dos mecanismos estatais acaba sendo pago pela própria comunidade, sobre cujos membros recaem os efeitos nocivos de uma economia ineficiente. Existe, assim, certo consenso relativamente à eficiência de alguns mecanismos e atributos de mercado, passando-se pela conveniência de introduzi-los em setores que estavam submetidos ao monopólio estatal, especialmente no tocante à criação de um ambiente de concorrência. A busca da eficiência social nessas atividades depende da criação de estruturas de mercado favoráveis, o que somente pode acontecer mediante a reorganização da forma de sua exploração” (COELHO, André Felipe Canuto. *Regulação às avessas: um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 210, abr.-jun. 2016, p. 44).
25. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. op. cit. p. 30-31.
26. “O Estado vem, na atualidade, abdicando à função de prestador direto dos serviços públicos para assumir a função de regulador de tais atividades. Todavia, não o faz com o abandono do interesse público, assume, concomitantemente, a responsabilidade de garantia dessas prestações. Tem-se o Estado Regulador e Garantidor dos serviços públicos (...) O Estado Regulador e Garantidor surge, assim, como um modelo estatal intermediário, alternativo aos dois modelos anteriormente vivenciados – Liberal (Minimalstaat) e Social (Maximalstaat). Uma espécie de ‘terceira via’, em que não atua, via de regra, diretamente na atividade econômica, mas também não se abstém por total desse cenário. Porta-se, assim, como garantidor de certos fins de interesse público. Nesse mister, reduziu seu papel no exercício direto da atividade econômica (rollingback), o que seu, sobretudo, por intermédio da liberalização dos setores anteriormente sujeitos aos regimes de monopólios, das privatizações de empresas públicas, do fortalecimento

estabelecendo exigências essenciais na atividade prestada pelo particular, padronizando essa atividade privada.²⁷

dos poderes regulatórios (privatization brings regulation) e do fomento da concorrência (...) Sendo assim, ante um mercado aberto e concorrencial, o novo papel que cabe ao Estado é o de estabelecer uma regulação econômica e social, a qual deverá assegurar a continuidade e disponibilidade, em termos efetivos, dos serviços públicos essenciais à universalidade dos utentes consumidores. Uma regulação adequada, que vise a eficiência dos mercados, o fomento da concorrência e a garantia do cumprimento das obrigações de serviço universal” (OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado Regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 164-166). Ainda, com Majone, são interessantes os exemplos a partir da análise europeia: “Num sistema de governo indireto, a gestão, cada vez mais, tende a ser identificada mais com a regulação de terceiros, que proporcionam os bens e serviços, do que com a responsabilidade e a responsabilização pela prestação de serviços. Como assinalam Hood e Scott, a terceirização, a delegação a entidades não-ministeriais e a contratualização (na qual compradores e prestadores operam através de contratos formais ou, pelo menos, através de quase-contratos, mesmo ambos sendo organizações públicas) levaram entidades internas de regulação a ter uma ação mais penetrante. Assim, os Comissários do Serviço Público, originalmente criados para organizar o recrutamento ‘por mérito’ de funcionários públicos, têm constantemente aberto mão do lado operacional do recrutamento, e seu papel principal, nos termos de uma ‘Ordem de Conselho’ de 1995, tornou-se o de um regulador que estabelece normas e verificações de controle de qualidade (Hood e Scott, 1996: 13-14). Também nos termos do programa ‘Próximos Passos’, a regulamentação da prestação do serviço público está surgindo como uma das funções-chave dos ministérios centrais. A Comunidade Europeia proporciona um exemplo interessante de governança indireta na área da padronização técnica. A partir do novo enfoque delineado no White Paper de 1985 sobre a conformação do mercado interno (Comissão das Comunidades Europeias, 1985), as diretrizes europeias agora se restringem a estabelecer as exigências essenciais que os produtos devem satisfazer. Essas exigências essenciais compreendem, sobretudo, a proteção da saúde, da segurança, do meio-ambiente e do consumidor. A especificação de normas pormenorizadas é delegada a entidades normativas europeias: Comité Européen de RSP Normalisation (CEN), Comité Européen de Normalisation Électrotechnique (CENELEC), e European Telecommunications Standards Institute (ETSI). Essas são associações de direito privado das organizações de padronização dos Estados-membros” (MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 01, jan.-mar. 1999, p. 13-14).

27. “As agências reguladoras prestam-se — ordinariamente — para fomentar a regulação do mercado, com vistas a impedir o abuso das empresas, com o objetivo de garantir excelência e padrões de qualidade” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Agências reguladoras: origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. In: FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA – FCGP. *Anais*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014, p. 16).

O novo modelo, chamado de Regulador, “se caracteriza preponderantemente pela utilização de competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares”²⁸. Embora essa função normativa seja diversa daquela tradicional, configurando um “instrumento político fundamental”, de maneira a atingir uma “intervenção estatal indireta” do Estado na economia, não somente repressiva, mas também promocional,²⁹ isto é, “mais pautada pelo caráter de *mediação* do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditada pela autoridade”³⁰. Assim, o Estado vale-se de regras jurídicas dis-

-
28. Nas palavras de Majone: “A falha da propriedade pública como um modo de regulação favoreceu a difusão de um modo alternativo pelo qual indústrias consideradas impactantes ao interesse público (como as empresas de serviços públicos) são abandonadas ou devolvidas para mãos privadas, porém estão sujeitas a regras desenvolvidas e aplicadas por agências ou comissões especializadas sobre o fundamento de um mandato legislativo específico: regulação legislativa. Tais órgãos são geralmente estabelecidos por lei como autoridades independentes, no sentido de que são autorizados a operar fora da linha de controle hierárquico ou supervisão pelos departamentos de governo central (...) A rejeição da nacionalização como uma opção política e economicamente viável (embora o domínio público não fosse desconhecido nos níveis estadual e municipal) refletiu na crença geralmente aceita de que mercados funcionam bem em circunstâncias normais, de forma que a interferência do governo deveria estar limitada a casos claros de falha de mercado” (MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado Regulador. Revista de Direito Administrativo*, v. 262, jan.-abr. 2013, p. 14-15). Também: JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20. Ainda: “A regulação pública da economia, em sentido amplo, consiste num conjunto de medidas convencionadas de natureza legislativa e administrativa, por meio das quais os poderes públicos, diretamente ou mediante delegação, determinam, controlam ou influenciam o comportamento dos agentes econômicos, com o objetivo de evitar que tais comportamentos gerem efeitos danosos aos interesses socialmente legítimos, bem como de orientá-los no sentido de serem socialmente desejáveis (...) Geralmente, a regulação é realizada com a intervenção estatal, por meio de regras, leis e normas, no mercado de prestação de serviços ou no sistema de saúde. Uma grande variedade de instrumentos, incluindo incentivos positivos ou negativos, integra a atividade de regulação. Há também diversas formas de exercício da função regulatória, abrangendo a definição do arcabouço legal, a regulação da competitividade, o estabelecimento de parâmetros mínimos de excelência e, ainda, as várias formas de incentivos financeiros” (VITALIS, Aline. *Estado prestador versus Estado Regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016, p. 277. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p267>. Acesso em 03/11/2019).
29. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27-28.
30. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Op. cit., p. 31. Em outro escrito, o mesmo Autor traz a ideia de que o papel regulatório corresponde a uma “regulação reflexiva”, “na qual o Estado deixa de ser um adjudicador

ciplinando a atividade privada, de forma a promover, por diversos meios e técnicas, o atingimento de resultados que estejam de acordo com o interesse público.³¹ Impõe-se que o Estado proveja e fiscalize o que é comumente chamado de *estatuto jurídico do mercado*³².

Nesse sentido, não há “integral rejeição da concepção intervencionista”, mas sim “diferenciação acerca dos limites” dessa intervenção e dos “instrumentos adequados”³³ para isso.

O Estado, então, deixa seu papel anterior de agente econômico e passa a agir primordialmente como “árbitro das atividades privadas”³⁴; como “ges-

de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. Op. cit., p. 16). Considere-se que: “Regulação é controle: controle de relações transacionais. Neste tipo de relação, não existe a possibilidade de efeitos puramente unilaterais. A interferência nunca se dá, realmente, sobre o agente; ela incide sobre as transações que o agente tem com outros agentes. Logo, controle de um lado da relação representa controle também do outro lado da relação” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 2, abr.-jun. 1999, p. 24). Ainda: “pode-se dizer que se cuida da substituição, nas práticas da Administração, mecanismos de império, por mecanismos de consenso” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Considerações sobre a “Regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 3, n. 12, out.-des. 2005, p. 88).

31. Guerra apresenta essa ideia suscitando que a livre iniciativa fica assegurada como um “pilar” mas, ao mesmo tempo, observando a dignidade humana como “eixo principal” (GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 230).
32. AVELÃS NUNES, António José. O Estado Regulador e o ‘Modelo Social Europeu’. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Ano 1, n. 1, 1982, p. 26.
33. JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 21.
34. “Entendemos que estamos diante de uma nova categoria das escolhas administrativas: a *escolha regulatória*. Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, tudo com vistas à dignidade da pessoa humana, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade. A regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações” (GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 233).

tor”³⁵; como “relojeiro”³⁶. A ideia é que, por meio da regulação, seja possível atingir os resultados eficientes³⁷ geralmente associados à iniciativa privada, com a autonomia privada e a liberdade que lhes são asseguradas.³⁸ Mas também se busca garantir, por meio da supervisão estatal, que o funcionamento das instituições de mercado se dê de uma forma socialmente proveitosa, vale dizer, não apenas superando falhas de mercado,³⁹ mas fomentando,

35. BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no Estado Regulador. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017, p. 1126. Seguem: “Por um lado, o estado se abstém de exercer essas atividades que o particular tem condições de prestar, por outro, assume o papel de coordenar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, especialmente quando isso for de interesse público” (p. 1131).
36. “Toda e qualquer prática regulatória estatal é inerente ao conceito de Estado, mas o surgimento do conceito de ‘Estado Regulador’ está inserido num outro contexto, com uma alteração qualitativa do mesmo, conforme aponta Eros Roberto GRAU (1995, p.61). É o que Sabino CASSESE (2003, p.69) denominou de ‘Estado relojoeiro’, pois é ‘aquele que controla que os diversos organismos sigam o ritmo, atuando segundo mecanismos predeterminados’” (DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019).
37. “A partir da priorização de um modelo voltado à maior eficiência e eficácia, o grande desafio passa a ser o incremento da gestão dos recursos públicos, de modo a potencializar a obtenção de resultados. Nesse contexto, o surgimento de um mercado regulado, no qual os agentes privados produzam bens e serviços, inclusive de natureza social, sob a regulação estatal, em esferas outrora de atribuição exclusiva do Estado, torna-se uma das opções propugnadas” (VITALIS, Aline. Estado prestador versus Estado Regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016, p. 273. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p267>. Acesso em 03/11/2019).
38. “As experiências de privatização e abertura de mercado no setor de telecomunicações, popularmente associadas a políticas de ‘desregulação’ que, do ponto de vista do papel do Estado, implicariam sua renúncia às atribuições de controle e coordenação de atividades tradicionalmente sob sua responsabilidade têm mostrado que, apesar do lobby fortíssimo da desregulação das últimas décadas, os governos continuam tendo uma importância vital no funcionamento do setor. A visão reducionista e fundamentalista do mercado — o Graal do mercado perfeito —, para a qual devem ser abolidas todas as distorções ilegítimas e ineficientes provocadas pela intervenção do Estado, é uma abstração, sem confirmação histórica concreta” (HEBER, Florence; FISCHER, Tânia. Regulação do Estado e reformas nas telecomunicações. *Revista de Administração Pública*, v. 34, n. 5, 2000, p. 158).
39. “Por detrás da noção de falha de mercado, há um teorema fundamental da economia do bem-estar, segundo o qual, em determinadas condições, os mercados competitivos

na atividade privada, resultados políticos e sociais previstos e previamente desejados,⁴⁰ contribuindo para a realização dos objetivos constitucionais fundamentais (fins de interesse público).⁴¹⁻⁴²

levam a uma alocação ideal de recursos, segundo os termos de Pareto (Stiglitz, 1988). As falhas de mercado ocorrem quando uma ou mais condições da validade do teorema não são satisfeitas. Daí a regulação, se conseguir eliminar essas falhas a um custo razoável, poderá melhorar a eficiência do mercado, ou mesmo assegurar a viabilidade dos mercados, tais como a daqueles de serviços financeiros, onde a confiança, a transparência e a clareza de informações são de extrema importância” (MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 01, jan.-mar. 1999, p. 6-7). Nas críticas palavras de Avelãs Nunes (AVELÁS NUNES, António José. O Estado Regulador e o ‘Modelo Social Europeu’. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Ano 1, n. 1, 1982, p. 34), “não falta quem entenda que, nestas novas condições, a *regulação da economia* (ou a *economia de mercado regulada*) não significa mais do que a tentativa de tapar o sol com a peneira. Porque a *mão invisível* do mercado deu o lugar à *mão visível* dos grandes conglomerados transacionais. São eles que ‘mandam’ nos mercados e nas entidades independentes que se propõem regular os mercados. Os ‘mercados’ são eles”.

40. “Cremos que (particularmente no Brasil) a função regulatória há de ser mais ampla. Se um dos fundamentos da regulação é manter o equilíbrio de um dado mercado (setor da economia), isso não he de impedir que pela atividade regulatória sejam introduzidos objetivos de ordem geral (consentâneos inclusive com os princípios reitores da ordem econômica constitucional do artigo 170 da Constituição Federal – CF) que não seriam alcançados exclusivamente pela ação da livre iniciativa dos agentes econômicos” (MARCQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Op. cit., p. 35-36).
41. “Ao Estado, portanto, é defeso se comportar de maneira imparcial ou descompromissada, este deve atuar, por vezes, como uma espécie de player e não somente como market referee, de modo a atender o interesse público em jogo (...) Efetivamente, o processo de privatização e de liberalização não significou uma ruptura abrupta com o anterior sistema de serviços públicos. A ideia essencial continua presente: as necessidades básicas / essenciais dos cidadãos devem continuar a ser garantidas. E esse dever é público. Todavia, as tarefas e incumbências de caráter executivo e operacional migram para a esfera do mercado e das empresas, ocupando-se o Estado, hodiernamente, da função de assegurar ou de garantir que o funcionamento do Mercado e a atuação das empresas se desenvolvam em conformidade com determinados objetivos e finalidades (de interesse público) previamente definidas. Há aqui uma incumbência pública traduzida em garantir resultados (assuring results) e já não em produzir resultados (production of results)” (OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado Regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 168-169).
42. Convém notar que a OCDE vem trazendo a *qualidade* da regulação como uma de suas principais bandeiras, rotineiramente produzindo material sobre o tema e sugerindo medidas que impliquem em melhora das instituições regulatórias mundo afora. Para identificar o que seria uma boa regulação, afirmam: “Regulations are the rules that govern

Destaca-se, nessa empreitada, o combate às assimetrias informacionais que tanto distanciam os diversos atores envolvidos nos mercados regulados. É certo que a mais eficiente disputa concorrencial demanda equilíbrio informacional, seja do ponto de vista dos consumidores sobre o funcionamento dos produtos, seja do ponto de vista do Estado Regulador em relação aos agentes econômicos e às minúcias técnicas do mercado.⁴³

the everyday life of businesses and citizens. They are essential for economic growth, social welfare and environmental protection. But they can also be costly in both economic and social terms. In that context, “regulatory quality” is about enhancing the performance, cost-effectiveness, and legal quality of regulation and administrative formalities. The notion of regulatory quality covers process, i.e. the way regulations are developed and enforced, which should follow the key principles of consultation, transparency, accountability and evidence-base. Beyond process, the notion of regulatory quality also covers outcomes, i.e. regulations that are effective at achieving their objectives, efficient (do not impose unnecessary costs), coherent (when considered within the full regulatory regime) and simple (regulations themselves and the rules for their implementation are clear and easy to understand for users). Building and expanding on the 1995 ‘OECD Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation’ (OECD, 1995), it is possible to define regulatory quality by regulations that: 1. serve clearly identified policy goals, and are effective in achieving those goals; 2. are clear, simple, and practical for users; 3. have a sound legal and empirical basis, 4. are consistent with other regulations and policies; 5. produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account; 6. are implemented in a fair, transparent and proportionate way; 7. minimize costs and market distortions; 8. promote innovation through market incentives and goal-based approaches; and 9. are compatible as far as possible with competition, trade and investment-facilitating principles at domestic and international levels” (OECD. *OECD Regulatory Policy Outlook 2015*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 23-24).

43. “No mundo fático, porém, os fabricantes – e não os consumidores – detêm melhores informações sobre o funcionamento de produtos: são as assimetrias informacionais. O conceito de informação assimétrica é uma das justificativas de ordem normativa para os governos adotarem mecanismos de regulação. Mais que um simples argumento teórico, a tarefa de informar tornou-se essencial para a atuação estatal no presente contexto econômico de modo que, para viabilizar o equilíbrio de mercado, sobretudo no setor de infraestrutura, é imprescindível que o Estado exerça papel positivo na sinalização de qualidade e no estabelecimento dos padrões mínimos de segurança dos produtos e serviços ofertados aos consumidores (...) A assimetria de informação significa, então, que os diversos agentes que participam do processo econômico detêm diferentes graus de informação, podendo dispor de melhor condição de escolha do que outros. A titularidade da informação se transforma numa espécie de bem econômico de segundo grau, já que propicia grandes vantagens econômicas. Daí deriva que os titulares do conhecimento tentam evitar a difusão para a coletividade das informações mais fundamentais (...) Não há como o regulador conhecer todas as atividades de uma firma. Por isso, em algumas situações, ele pode estar recebendo informações especializadas sobre as quais não tem

Assim sendo, os vetores constitucionais primordiais serão também os vetores a serem observados no exercício da função estatal regulatória. Há destaque, mas não exclusividade, para a promoção do livre mercado em ambiente de adequada concorrência, porém deve ser harmonizado com a promoção dos demais valores constitucionais comumente desassociados do puro funcionamento dos mercados, como é o caso da função redistributiva da economia.⁴⁴

Para tanto, a normatização estatal deve abandonar seu caráter estático, apresentando-se como necessariamente dinâmica para acompanhamento e controle próximos das atividades reguladas.⁴⁵ Assim, “as manifestações do Estado Regulatório se traduzem na assunção pelo Estado de grandes parcelas de poder de controle sobre as atividades privadas”⁴⁶, de maneira que “as decisões empresariais privadas, inclusive no âmbito tecnológico, dependem da aprovação estatal prévia ou de fiscalização permanente”⁴⁷; conquanto a

pleno conhecimento e agindo de modo a beneficiar o agente. Esse caso é conhecido como seleção adversa, pois o principal não conhece alguns parâmetros denotativos de eficiência da firma regulada” (COELHO, André Felipe Canuto. Regulação às avessas: um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 210, abr.-jun. 2016, p. 45-46 e 51).

44. Sobre a observância da função redistributiva da regulação, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Op. cit., p. 36-37. Para o Autor, “esse caráter redistributivo (ou, como prefiro, de consecução de objetivos públicos extrassistema econômico) coloca-se pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado”. Ainda o mesmo Autor: “Tomemos um setor regulado no qual seja interesse do Estado brasileiro, buscando reduzir as desigualdades sociais, ensejar uma política de universalização de uma determinada utilidade pública. Definida essa política, caberá ao regulador manejar suas competências para ver atingido este objetivo. Deverá fazê-lo arbitrando os ônus de forma viável e equilibrada entre os diferentes agentes atuantes no setor, sopesando obrigações e vantagens competitivas, criando incentivos ou restrições, ou seja, regulando o setor para, mantendo seu equilíbrio interno, consagrar o interesse público” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica*. *Revista Fórum Administrativo de Direito Público*, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 90). Segundo este exemplo, cabe recordar da afirmativa contundente de Heber e Fischer, referindo o mercado regulado das telecomunicações: “A universalidade não é um objetivo natural dos mercados, mas uma finalidade social que tem um ônus econômico” (HEBER, Florence; FISCHER, Tânia. *Regulação do Estado e reformas nas telecomunicações*. *Revista de Administração Pública*, v. 34, n. 5, 2000, p. 159).
45. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 25.
46. Idem, p. 29.
47. Idem, p. 29.

atividade econômica esteja principalmente sendo desenvolvida pela iniciativa privada (abstendo-se o Estado de atuação direta), restringindo a “autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios”. Os particulares têm “maior amplitude *quantitativa*, mas *commenor* amplitude *qualitativa*”⁴⁸.

Vale ponderar, no mais, que a atuação estatal estará não apenas na normatização da atividade privada, visando a fins de interesse público,⁴⁹ mas demandará certamente um firme trabalho de fiscalização e controle das atividades empresariais reguladas. Almeja-se sempre observar se os entes privados atentam para as margens de liberdade restringidas pela atuação regulatória estatal,⁵⁰ o que, é claro, tem por efeito colateral (ainda que necessário) a elevação de custos de conformidade,⁵¹ para as empresas, e de aparato de acompanhamento, pelo órgão estatal (e, por quê não?, por entidades da sociedade civil organizada interessadas.)⁵² Mesmo porque, no

48. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.

49. “Há uma contradição insolúvel no discurso a favor da regulação dos serviços públicos, pois as empresas privadas não são movidas pelo interesse público, elas são sempre movidas pelo lucro. Portanto, não ocorre conflito ‘com frequência’, o conflito é inerente à própria regulação de serviços públicos que são explorados pelo setor privado. Vale recordar, por exemplo, que o ‘mercado’ é o centro de toda atividade econômica no sistema capitalista e que a Economia classifica os mercados em 6 formas, quais sejam: concorrência perfeita; monopólio; oligopólio; monopsonio; oligopsonio; e concorrência monopolística (mercado concorrencial). A primeira não existe, nunca existiu e nunca existirá, enquanto as outras são imperfeitas, conforme as suas próprias definições” (DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019).

50. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. Op. cit., p. 30.

51. Idem, p. 44, tratando de “custo regulatório”.

52. Dasso Júnior lembra que “os custos da regulação podem ser maiores que os custos da execução direta por parte do Estado na prestação de serviços públicos” (DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019). Interessante ainda: “A Fiscalização Social é um direito indisponível da sociedade contemporânea no resguardo dos seus interesses e direitos. Estamos num Estado Democrático de Direito; democrático pela forma de obtenção do poder político e de direito porque se limita aos balizamentos da lei. Como tal não pode prescindir da

âmbito da regulação, o Estado é não apenas partícipe e ator subsidiário, mas garantidor do regular funcionamento das forças de mercado e de que essas atingirão os resultados socialmente perseguidos.⁵³

Essa é, então, a “segunda onda regulatória”⁵⁴, que demanda uma “regulação social”⁵⁵, como dito, visando a obter do mercado resultados condizentes com o interesse público.⁵⁶

E essa atividade estatal se dá utilizando o arsenal normativo do Estado, não somente em seu padrão clássico (ordem de conduta, imposição de comportamentos, sob sanção), mas também pelo uso de *soft law*, induzindo comportamentos, com vasto uso de sanções premiaias.⁵⁷ São restringidas,

participação popular em nenhuma das suas funções, sob pena de macular-se a democracia” (COSTA, Maria D’Assunção. Regimentos internos das agências reguladoras e a transparência administrativa. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 373).

53. “Cabe ao Estado, por intermédio de uma regulação econômica e social, assegurar a continuidade e disponibilidade, em termos efetivos, dos serviços públicos à universalidade dos utentes. Isso conduz, no contexto europeu, ao chamado serviço universal e os encargos obrigacionais que lhe acompanham – as obrigações de serviço universal, ou, obrigações de serviço público” (OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado Regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 170).
54. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.
55. Idem, p. 38.
56. “O Estado Regulador também ganha força como alternativa de concretização do princípio constitucional da eficiência, objetivando garantir à sociedade a universalização de serviços públicos de qualidade, além do bom funcionamento do mercado e segurança jurídica para os entes regulados” (MELO, Thiago Dellazari. Do Estado Social ao Estado Regulador. *Nomos*, v. 30, n. 1, 2010, p. 228). Cabe observar que o “interesse público” aqui referido não se limita à temática econômica, mas envolve um sem-número de outros assuntos no campo de interesse do Estado, como é o caso dos reflexos ambientais da atividade empresarial (GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 233).
57. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 46-47. Também: “Nesse contexto, a atuação do Estado como agente indutor ou incentivador de comportamentos dos privados mostra-se relevante em face dos resultados alcançados, sem olvidar o considerável volume de instrumentos legislativos e regulatórios utilizados para essa finalidade. Em síntese, o Estado busca a realização dos objetivos mediante um complexo conjunto de determinações ou obrigações impostas aos destinatários das normas (sticks), ou mediante induções de comportamentos com incentivos ou recompensas (carrots). Esse conjunto de obrigações

assim, as opções dos agentes econômicos⁵⁸ para que correspondam não tão somente ao que lhe for mais lucrativo, mas introduzindo necessariamente a variável do que for mais proveitoso socialmente.

Em termos positivos, a adoção da concepção reguladora pela CF/88 deu-se especialmente pelo art. 174, que estabelece:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O papel “normativo e regulador” importa a revisão da atuação do Estado na economia, trazendo grandes impactos não apenas em termos econômicos e políticos, mas também jurídicos, condicionando naturalmente o Direito pátrio à observação das novas diretrizes de atuação.⁵⁹ A nova realidade

e incentivos pode ser direto ou indireto, intencional ou não intencional, e é o equilíbrio de tais medidas que constitui o grande desafio da atuação do Estado incentivador no âmbito da saúde” (VITALIS, Aline. Estado prestador versus Estado Regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016, p. 283. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p267>. Acesso em 03/11/2019). Ainda: “as medidas que podem ser impostas por um sistema de regulação são basicamente de dois tipos: estruturais e de conduta. Medidas estruturais são aquelas dirigidas a criar condições que evitem condutas indesejáveis. Já as medidas de conduta são aquelas que incidem na forma de realizar a atividade regulada” (DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019).

58. Como coloca Coelho: “Ao falarmos da regulação estatal da economia, defrontamo-nos com normas impostas para reduzir as alternativas de ação dos agentes econômicos, buscando imprimir determinada disposição a um setor específico ou a todo o sistema. Por meio da regulação, o Estado procura impor limites às opções econômicas inerentes à ação livre no mercado, buscando alcançar fins que não dizem respeito inerentemente ao interesse privado daqueles que têm suas alternativas restringidas (...) Essa regulação setorial tenderá a limitar as escolhas referentes às variáveis econômicas que constituem as opções fundamentais a serem controladas pelos agentes privados que atuam em dado mercado” (COELHO, André Felipe Canuto. Regulação às avessas: um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 210, abr.-jun. 2016, p. 46-47).

59. “O que se verifica é a transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus

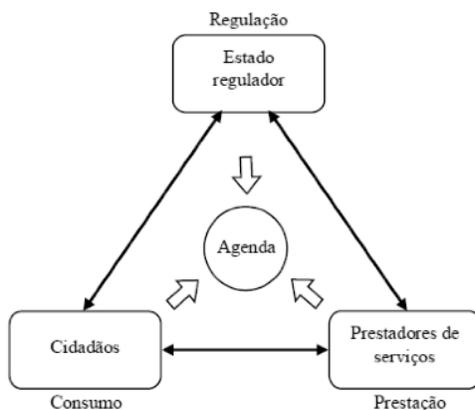
tampouco é menos complexa. Basta lembrar que nos setores regulados coexistirão permanentemente, ao menos, três interesses distintos,⁶⁰ quais sejam, os interesses (1) dos consumidores, usuários dos serviços públicos; (2) das empresas privadas, reguladas; e (3) do órgão regulador, interessado nos fins socialmente mais proveitosos.⁶¹⁻⁶²

do exercício autônomo da discricionariedade, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 208).

60. “O padrão regulatório brasileiro, como estruturado, tem elementos para perseguir o equilíbrio entre o Estado, o cidadão e o agente regulado, de modo que o regulador possa se manter equidistante dessas três figuras” (GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 248). Também: “A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc..)” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Op. cit., p. 34. Ainda o mesmo Autor, em outra obra, destaca que o novo paradigma econômico regulatório introduz “uma outra gama de interesses entre o poder público (titular do serviço e seu regulador) e os usuários (consumidores deste). A delegação da exploração coloca em cena o operador privado com seus interesses econômicos e seu plexo de direitos adquiridos, rompendo a facilidade da regulação vertical-hierárquica interna ao aparelho estatal” – MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação dos serviços públicos*. Op. cit., p. 25. Finalmente, em ainda outra obra (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação Estatal e as agências independentes*. In. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 85), o Autor reconhece que “teremos sempre uma relação tripartida. Há i) o produtor da utilidade pública; ii) o seu consumidor; e iii) o Poder Público (que será titular último ou da rede necessária a essa produção ou do monopólio de sua exploração)”.
61. Não são poucas as críticas ao Estado Regulador, oriundas de ambos os polos ideológicos. Novamente fique-se com Avelãs Nunes Nas críticas palavras de Avelãs Nunes (AVELÃS NUNES, António José. O Estado Regulador e o ‘Modelo Social Europeu’. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Ano 1, n. 1, 1982, p. 45): “É por demais sabido que dura pouco tempo a glória efêmera dos falsos heróis. É o que está a acontecer com o *Estado Regulador*, criticado hoje por alguns dos seus defensores de ontem, que o acusam de ‘excessiva ingerência na vida das empresas e no mercado’ e sustentam que as necessidades da hora presente exigem *mais desregulação*”. É de se considerar que o Autor não compartilha com as ideias de um “Estado Garantidor”, que representaria esta maior desregulação – considera ser “um regresso festivo ao *laissez faire*” (p. 56).
62. Interessante, sobre o tema, a reflexão de Marques Neto. Abordando o modelo passado de participação do Estado na economia (maior presença; presença direta), coloca: “Tal raciocínio servia também para sustentar a importância menor que se dava à proteção do administrado, enquanto consumidor ou usuário de bens e serviços produzidos ou

Essa noção é ressaltada pela figura criada por Dasso Júnior:

Figura 1: Triângulo de Prestação, Consumo e Regulação⁶³



Por sua clareza e didática, vale transcrever o quadro formulado por Majone:

comercializados pelas empresas estatais. Assim como não faria sentido invocar regras de proteção ao consumidor quando o Estado exerce sua autoridade (por exemplo, mediante sujeições de ordem geral ou exercício do poder de polícia), também não caberia exigir tal proteção enquanto usuário de um serviço público explorado por uma estatal ou enquanto adquirente de um bem produzido ou comercializado em regime de monopólio estatal (...) O interesse do cidadão, do administrador, do consumidor, da sociedade em suma, somente seria consagrado como parte-beneficiária do interesse nacional. Razão pela qual não havia muita razão tomar estes interesses (interpretados não como difusos, mas como interesses privados contrapostos ao interesse público, estatal) como parâmetro modelador da intervenção estatal. Da mesma forma, os interesses dos demais agentes econômicos privados que travassem contato com os entes de intervenção estatal (seja estabelecendo com eles relações comerciais, seja se relacionando na cadeia econômica) tampouco haveriam de ser considerados. O ente estatal poderia praticar condutas teoricamente contrárias às regras de direito concorrencial, abusar no preço dos insumos necessários a outras indústrias, exorbitar no exercício de sua dominância de mercado. Afinal, sendo mero vetor de consecução do interesse geral da coletividade, sua conduta não poderia ser refreada por interesses menores (porque privados) de natureza empresarial” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 25-26).

63. DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019.

Tabela 3: Comparação entre os Modelos de Estado positivo e Estado Regulador de Majone⁶⁴

Modelos	Estado positivo	Estado regulador
<i>Itens comparados</i>		
<i>Funções principais</i>	Redistribuição, estabilização macroeconômica.	Corrigir falhas de mercado.
<i>Instrumentos</i>	Tributação (ou tomar fundos emprestados) e dispêndio.	Formulação de regras.
<i>Arena principal de conflito político</i>	Alocações orçamentárias.	Revisão e controle da formulação de regras.
<i>Instituições características</i>	Parlamento, departamentos ministeriais, empresas nacionalizadas, serviços de bem-estar social.	Comissões parlamentares, agências e comissões independentes, tribunais.
<i>Atores-chave</i>	Partidos políticos, funcionários públicos, grupos corporativos.	Movimentos em prol de questões singulares, reguladoras, peritos, juizes.
<i>Estilo de políticas</i>	Discricionário.	Limitado por regras, legalista.
<i>Cultura de políticas</i>	Corporativista.	Pluralista.
<i>Responsabilização política</i>	Direta	Indireta

Então, “a regulação pode ser definida como a imposição de regras que disciplinam a atuação dos agentes econômicos em um dado mercado”⁶⁵. Nessa senda, “o Estado é o único que possui legitimidade para regular serviços públicos, a partir de uma legitimidade política que lhe é conferida em nome do interesse público”⁶⁶.

Encerram-se essas breves considerações observando, a partir de estudo da OCDE, que, após análises empíricas de vários países, essa instituição supranacional vislumbra, atualmente, que há “desafios” à superação de “déficits” regulatórios. São quatro: (1) *déficit* de supervisão (falta de consistência e de continuidade da regulação, além de execução inadequada, gerando incertezas); (2) *déficit* de participação, de maneira que os diversos atores envolvidos efetivamente se empenhem no processo regulatório; (3) *déficit* de efetividade,

64. MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador. Op. cit., p. 15.

65. DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v. 1, p. 1-23, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 03/10/2019.

66. Idem.