

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

ROSANE TERESINHA PORTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T772

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini, Rosane Teresinha Porto – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-087-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Transformações na ordem social e econômica.
3. Regulação. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

CONPEDI Brasília 2024

GT Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação I

Prefácio

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu o XXXI Congresso Nacional do CONPEDI em Brasília, de 27 a 29 de novembro de 2024, conferência inspirada no tema “Um Olhar a Partir da Inovação e das Novas Tecnologias”. Mais uma vez professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros reunidos em diversos Grupos de Trabalho participaram de mais um evento de pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, com centenas de participantes, situado na inspiradora e acolhedora Brasília, capital da República Federativa do Brasil.

O GT Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação I foi coordenado pelos professores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (UNICURITIBA) e Rosane Teresinha Porto (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul), que conduziram e assistiram às apresentações de 11 trabalhos científicos. Comunicações, que foram acompanhadas de amplo e democrático debate, com importante participação dos presentes, num ambiente marcado pela dialética e harmonia, que só aumentou e aprofundou as reflexões sobre os artigos previamente aprovados por pelo menos dois avaliadores com doutorado pelo CONPEDI, textos resultantes de múltiplas pesquisas realizadas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A lista de trabalhos apresentados por doutores e doutorandos, mestrados e mestrados foi a seguinte:

1. A COMPOSIÇÃO DA TARIFA SOCIAL DAS CONCESSÕES DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS;

- 2.A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS E O MODELO ADOTADO NO ESTADO DO AMAZONAS;
3. A RESPONSABILIDADE DA ALTA GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA LEI Nº 14.133/2021 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES);
4. COMPOSIÇÃO DA TARIFA SOCIAL DAS CONCESSÕES DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS;
5. IMPACTO ECONÔMICO DA GLOBALIZAÇÃO NO FUTEBOL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A MUDANÇA DE NATUREZA JURÍDICA DOS CLUBES DE FUTEBOL;
6. MENOS NUDGE, MAIS EDUCAÇÃO: UMA PROPOSTA À LUZ DA RACIONALIDADE ECOLÓGICA;
7. O CRIME DO COLARINHO BRANCO COMO OBSTÁCULO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O EQUILÍBRIO SOCIAL DA NAÇÃO;
8. O IMPACTO NO DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO PELAS EMPRESAS DOMINANTES NAS DEMOCRACIAS; e
9. REGULAÇÃO DA PLATAFORMA AIRBNB NAS CIDADES BRASILEIRAS;
10. ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGULAÇÃO ECONÔMICA: ASPECTOS GERAIS; e
- 11.A REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS FAKE NEWS: UM ESTUDO COMPARADO SOB LESSIG.

Com efeito, os artigos apresentados no Grupo de Trabalho retratam a permanente transformação e modernização do Direito, ao mesmo tempo que a economia também se transforma, para permitir não só o simples crescimento econômico, mas o desenvolvimento econômico, fenômeno que ao mesmo tempo é fruto e causa de indução das transformações na ordem social, com reflexos sensíveis na área do Direito, como no caso do saneamento básico, dos serviços públicos delegados, do futebol, da educação e das plataformas digitais, conforme as pesquisas comunicadas no evento, especialmente em relação às externalidades produzidas na ordem social.

Outro aspecto abordado nas apresentações refere-se à forma como os problemas jurídicos atuais envolvem diferentes dimensões. A importância da interdisciplinaridade para o enfrentamento dos problemas jurídicos enriquece a análise e leva a soluções mais completas e justas. A integração de saberes e conhecimentos em diferentes áreas contribui para identificar as causas subjacentes aos problemas e propor soluções concretas e inovadoras. Nas apresentações, os aspectos sociais, ambientais e tecnológicos são exemplos da necessidade do Direito de se adaptar e desenvolver marcos legais que respondam às necessidades da sociedade atual.

Boa leitura a todos!

Professor. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

UNICURITIBA

Professora Dr.^a Rosane Teresinha Porto

UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

REGULAÇÃO ECONÔMICA: ASPECTOS GERAIS ECONOMIC REGULATION: GENERAL ASPECTS

Jose Carlos Buzanello ¹

Resumo

O desenvolvimento da regulação econômica no Brasil e suas classificações técnicas constitui o objeto do artigo. Estuda a temática do “direito da regulação” na atividade econômica e os desafios à economia brasileira, principalmente, a partir 1990, na relação estatal com os agentes econômicos, defesa da concorrência e usuário/consumidor. Iniciou-se a partir da experiência regulatória norte americana de agências e de estado regulador, que se fizeram surgir em meio ao conceito “direito regulatório”. Na experiência regulatória há avanços e retrocessos, contudo o cenário é de avanço, visto que pela própria concepção de governança que exigiu das agências alto grau de exigências legais e de respostas as demandas aos regulados, o que contribui para o processo regulatório. Somente se justifica uma “boa regulação econômica” se for necessária e adequada, se houver aplicação das suas decisões, fiscalização no cumprimento das regras, execução dos contratos de forma similar ao jogo de eficiência “ganha-ganha”. Afinal, a pergunta a ser respondida é: a regulação econômica está cumprindo da melhor maneira seu papel de equalizador das oportunidades empresariais ou está agravando os problemas que deveria resolver? As respostas são várias. Assim adentramos num espaço infestado de complexas respostas que podem ser necessárias, mas insuficientes. No entanto, percebe-se alguns desvios na atuação das agências que acabam prejudicando o setor econômico, mas que logo são corrigidas. Então a resposta curta: a experiência regulatória está do tamanho necessário e razoável dos pretendidos pela vontade estatal.

Palavras-chave: Regulação econômica, Estatuto da regulação, Desenvolvimento econômico, Agente econômico, Direito do consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

The development of economic regulation in Brazil and its technical classifications constitute the object of the article. Studies the theme of “regulation law” in economic activity and the challenges to the Brazilian economy, mainly, since 1990, in the state relationship with economic agents, defense of competition and user/consumer. It began with the North American regulatory experience of agencies and the regulatory state, which emerged amid the concept of “regulatory law”. In the regulatory experience there are advances and setbacks, however the scenario is one of advancement, given that due to the very conception of governance that required agencies to have a high level of legal requirements and responses to the demands of those regulated, which contributes to the regulatory process. “Good economic regulation” is

¹ Doutor em Direito. Advogado. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) jose.buzanello@unirio.br

only justified if it is necessary and appropriate, if there is application of its decisions, monitoring of compliance with the rules, execution of contracts in a way similar to the “win-win” efficiency game. After all, the question to be answered is: is economic regulation fulfilling its role of equalizing business opportunities in the best way possible or is it aggravating the problems it should solve? The answers are several. Thus we enter a space infested with complex responses that may be necessary, but insufficient. However, there are some deviations in the agencies' actions that end up harming the economic sector, but which are soon corrected. So the short answer: the regulatory experience is of the necessary and reasonable size intended by the state's will.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic regulation, Regulation status, Economic development, Economic agent, Consumer law

Introdução

Estuda esse artigo a regulação econômica no Brasil seu desenvolvimento e possíveis classificações técnicas. A temática do “direito da regulação” ficou mais presente na atividade econômica na articulação entre defesa da concorrência, regulação e usuário/consumidor, criando desafios à economia brasileira, principalmente, a partir 1990.

A partir das experiências regulatórias inglesa e norte americana surge a experiência no Brasil. Devido às mudanças políticas em curso o Estado brasileiro começa a deixar de ser um "estado interventor" e passando a ser um "estado regulador" dos antigos serviços públicos, que antes eram fornecidos por ele. Surge o estado regulador brasileiro caracterizado pelas agências reguladoras, que se fizeram surgir em meio ao conceito “direito regulatório”.

Stigler se destacou na literatura econômica, pois foi o primeiro a desenvolver uma teoria econômica da regulação. O foco principal da atividade de regulação econômica consiste em estabelecer, por meio de regras, as pressões inerentes aos mercados competitivos juntamente com o sistema de defesa da concorrência. A busca de uma regulação eficiente pode aumentar a probabilidade de sucesso no setor de infraestrutura e na recuperação dos investimentos no setor.

Do relacionamento moderno do Estado com a Economia houve um aumento substancial no volume e maior rapidez nas respostas regulatórias, graças ao aumento do número de autoridades reguladoras. A regulação em áreas econômicas tradicionais cresceu em número, alcance e complexidade, seja no comércio, empresas, finanças, e áreas sociais tradicionais relativas à saúde, segurança, proteção ao consumidor e meio ambiente. Também cresceu o amparo jurídico para o setor econômico estratégico ligado a exportação, devido a integração de mercados e a globalização. Novos cenários regulatórios surgiram em áreas diversas como biotecnologia, internet, telefonia celular, igualdade de oportunidades e antidiscriminação, privacidade, proteção às crianças, idosos e animais, e reprodução humana.⁽¹⁾

A que se propõe esse artigo? Antes de tudo, dar forma ao conceito operacional de regulação, estatuir suas possíveis classificações e metodologias de ação do direito regulatório. Estabelece-se como conceito operacional de regulação, como a intervenção estatal em setores estratégicos econômicos, para normatizar, controlar e fiscalizar tendo em vista ao planejamento, sendo determinante para os setores público e privado, além de induzir comportamentos e restringir a liberdade dos agentes econômicos nos seus objetivos e instrumentos operacionais. Vale lembrar que a regulação, não se restringe ao Estado e às agências reguladoras. Com efeito, há

¹ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. *Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 263, set-dez. 2013, p.15.

agentes privados que exercem funções que possuem características tipicamente regulatórias, fenômeno ao qual se costuma denominar de autorregulação.

Um dos grandes desafios do capitalismo moderno é conciliar o tempo acelerado da economia com a prudência do direito e com a limitação ambiental. As duas áreas, que até a década de 1990, caminhavam cada uma num ritmo diferente, hoje se abrem uma para a outra e tentam andar juntas por meio do direito econômico/regulatório. A velocidade da economia exige flexibilidade do direito, que se expressa por meio da regulação e tenta lidar com as diferenças de pensamento: enquanto o Direito pensa em segurança jurídica, a economia pensa em desenvolvimento. A Administração, por meio do Agente Regulador também deve expressar essa rapidez técnica. A produção em escala da economia moderna é a responsável por reduzir os custos das transações comerciais e por incentivar os investimentos.

1.O que é regular?

É o exercício estatal de editar as normas, em segundo lugar, o poder de fazer cumprir as normas e, em terceiro lugar, o poder de prevenir violações. Cumpre ao Estado/Agência estabelecer as regras, trazer estabilidade, previsibilidade, eficiência e, reestabelecer equilíbrio dos interesses envolvidos. A teoria regulacionista na análise de Robert Boyer destaca importantes formas estruturais, a saber: 1) Forma de adesão ao Sistema Internacional: estabelece a forma de inserção no comércio internacional, que pode ser na forma de livre circulação de bens e serviços ou através de acordos comerciais regulados por organizações multilaterais (ONU, OMC); 2) Padrão monetário: estabelece um padrão de pagamentos internacional, a exemplo do padrão ouro-libra e o padrão ouro-dólar e Euro; 3) Forma de concorrência: estabelece a relação entre as empresas que pode ser livre-concorrencial ou monopolista; 4) Forma de Estado: estabelece a forma de intervenção estatal, que pode ser regulatória (Estado liberal) ou direta (Estado intervencionista); 5) Relação salarial: estabelece a forma de organização do trabalho, que pode ser concorrencial, taylorista, fordista ou toyotista; 6) Da relação harmônica entre o conjunto das formas estruturais e o regime de acumulação na sociedade resulta um modo de desenvolvimento.⁽²⁾

Para o uso da política regulatória há uma ampla variedade de ferramentas ou instrumentos políticos. Freiberg, por exemplo, identifica seis categorias de ferramentas regulatórias: 1) ferramentas econômicas (tais como estabelecimento de mercados, tributação, quotas ou atribuição de preços); 2) ferramentas transacionais (nas quais os governos influenciam o

² BOYER, Michel; SAILLARD, Yves Saillard (org.) *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*. Paris: La Découverte, 1995, p. 76. (Obra de introdução aos conceitos da escola da regulação).

comportamento através do contrato ou concessão de condições); 3) ferramentas de autorização (tais como registro, licença); 4) ferramentas informacionais (como a rotulagem de produtos ou regimes de divulgação contínua); 5) ferramentas estruturais (de projeto físico, ou processos de arranjos fiscais); 6) ferramentas legais (tais como leis, normas e regulamentos).⁽³⁾ Vista dessa forma, a regulação pode ser positiva, na qual são encorajados por incentivos, ou negativa, na qual comportamentos são desencorajados através de proibições e o tradicional comando e controle.⁽⁴⁾

Quanto a fundamentação do problema regulatório é controversa, mas a melhor justificativa foi dada por Baldwin e Cave para a regulação econômica pelo fato de que o mercado não controlado falharia na produção de comportamentos ou resultados devem correspondentes ao interesse público. Assim, a regulação é entendida como uma restrição exercida pelo Estado sobre a atividade de mercado.⁽⁵⁾

A experiência internacional foi marcante no desenvolvimento do sistema nacional de regulação independente. Inicialmente houve a colaboração da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Banco Mundial em aportar as experiências internacionais aos diferentes marcos institucionais das agências reguladoras. As experiências internacionais dos Estados Unidos e da França foram as que mais exerceram influência, destacando o controle da discricionariedade das agências reguladoras alcançado por meio da padronização de seus procedimentos de formulação, implementação e alteração das regulações.⁽⁶⁾

No âmbito regulatório padrões são estabelecidos pelo governo ou agências reguladoras para orientar as boas práticas de empresas, organizações ou indivíduos em setores específicos da economia, como segurança, qualidade, meio ambiente, concorrência, entre outros. Um dos principais aparatos das agências reguladoras é a sanção regulatória, como multas, suspensão de atividades e até mesmo a revogação da licença de operação da empresa.

Segurança jurídica, rapidez, competitividade nos negócios, equilíbrio, conhecimento técnico, ética profissional etc. Os valores de regulação econômica são alargados, segundo Eric Windholz e Graeme A. Hodge da Universidade de Monash (Austrália), ao definir valores primários da regulação econômica (eficiência; concorrência; inovação; individualismo e liberdade

³ FREIBERG, Arie. *The tools of regulation* (Federation Press, 2010).

⁴ BALDWIN, Robert; HOOD, Christopher. *A reader on regulation* (Oxford University Press, 1998) 2-4.

⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. New York: Oxford University, 1999, p. 32.

⁶ OLIVEIRA, Gesner de. *Agências Reguladoras: Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Brasília: CNI, 2004.

de escolha); enquanto os valores primários da regulação social são a justiça; razoabilidade; equidade; coesão social e confiança.⁽⁷⁾

Os valores do equilíbrio no relacionamento entre Estado e Economia com características democráticas que “compõem e não impõem”, conforme o Prof. Egon Bockmann Moreira são estimuladoras e, até, substitutivas da lógica do “ou-ou” passou a conviver com a cooperação do “e-e”: Estado e iniciativa privada.⁽⁸⁾ Diante desse novo cenário cria-se uma demanda por profissionais de várias áreas de conhecimento científico e técnico, juntamente com o desenvolvimento ético-profissional.

Outro valor fundamental é a não judicialização. Essa estratégia à efetividade regulatória e a não judicialização normativa. Pois, pressupõe que a simples judicialização nos traz certa defecção regulatória ou má regulação, conforme observa o Prof. Osvaldo Agripino.⁽⁹⁾

1. O problema no direito brasileiro

No Brasil, o fenômeno da regulação e da agencificação é historicamente recente, surge dentro da rediscussão política neoliberal do papel do Estado na década de 1990, nos Governos Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso. A privatização dos serviços públicos na economia brasileira, após os anos 1990, se fez presente na atividade econômica (produção, comercialização, consumo e lucro) até os serviços públicos básicos (água, luz, telefone), até a regulação do uso do espaço público (ruas, praça, mares). Firmou-se a ideia de menor intervenção do Estado, com intensificação da atividade regulatória busca o equilíbrio de diferentes atores.

O Estado no domínio econômico como Estado Regulador exerce as competências legislativas e administrativas destinadas a viabilizar a fiscalização, o incentivo e o planejamento da atividade econômica.⁽¹⁰⁾ A Constituição reforça o papel regulador do Estado “Como agente normativo e regulador da atividade econômica”, no seu art. 174, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Além disso, a Constituição admite expressamente a regulação em setores específicos em telecomunicações e petróleo (art. 21, XI e art. 177), que, assim se projeta para outros setores da atividade econômica.

Com o Estado Regulador passa-se a abrigar as ideias de privatização, parcerias, concessões de serviços e obras ao setor privado e, também, para o reforço do fenômeno da regulação.

⁷ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. *Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 263, set-dez. 2013, p. 55.

⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (organizadores). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros editores/SBDP, 2014, p. 109.

⁹ Vd. CASTRO Junior. Osvaldo Agripino (org). *Direito, regulação e logística*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

Nesta nova fase, o estado deixou de ser um "Estado Executor", que atuava na ordem econômica por meio de pessoas jurídicas a ele vinculadas (monopólio) e passa a ser um "Estado Regulador", para fixar as regras disciplinadoras da ordem econômica para ajustá-la aos ditames da justiça social, exercendo o papel de fiscalização.

2. Estratégias regulatórias econômicas

A estratégia da agenda para comandar (eleição do objeto regulado) possibilita uma previsão de resultados na ordem jurídica, mas pode ter resultados controvertidos na conformação dos agentes econômicos com os usuários, quando a estratégia da regulação visa proteger uma das partes na relação tripartite (Estado-empresa-usuário). Desta forma, cabe a agência a modulação na sua recomposição da norma quando se apresenta em conflito melhorando a qualidade ou os impactos regulatórios, para estancar as disfunções normativas.

A estratégia regulatória medeia a relação com o processo legislativo-regulatório e o desenvolvimento capitalista para manter a coesão social. As variáveis podem deter objetivos distintos, a saber: 1) estruturais (que buscam estabelecer condições estruturais no mercado com o fito de evitar resultados indesejáveis); 2) comportamentais (a forma da atividade regulatória).

Outra forma relevante de se estudar a regulação econômica envolve a análise das variáveis reguláveis em: entrada, preço, qualidade e informação. As medidas estruturais podem ocorrer, por exemplo, por meio da limitação do número de agentes em um determinado segmento (regulação de entrada). Já as medidas comportamentais oferecem um rol mais amplo de opções, estendendo-se desde a regulação de preços até imposição de standards de qualidade.⁽¹¹⁾

O Prof. Egon Bockmann Moreira estabelece as características do gênero “direito da regulação”, que resultam da combinação de cinco espécies (técnicas, sujeitos, fontes, objetos e intensidades) e respectivas subespécies. O direito da regulação econômica pode ser implementado segundo 1) várias técnicas, por 2) múltiplos sujeitos, ser oriundo de 3) diversas fontes, destinar-se a 4) mais de um objeto e deter 5) gamas variáveis de intensidade. Note-se que estas categorias não são de incidência autônoma, mas integrada.⁽¹²⁾

Das várias técnicas o direito da regulação econômica pode ser sintetizado em duas categorias básicas: a de gestão e a normativa. No primeiro caso o que se dá é o ingresso do regulador no interior do respectivo setor econômico, por meio de empresa que irá concorrer com as demais (ou por meio de empréstimos subsidiados cuja garantia toma a forma de ações ou cotas

¹¹ RAGAZZO, Carlos. *Regulação, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Renovar: Rio de Janeiro. 2021, p. 140.

¹² MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (organizadores). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros editores/SBDP, 2014, p. 113.

societárias). A regulação dá-se do lado de dentro da Economia, por isso esta técnica é também denominada de endorregulação (controle da poluição, geração de empregos, controle de preços).⁽¹³⁾ No segundo caso, a regulação normativa constitui a grande massa de regras *stritu sensu*, que se estende desde a edição da regra da agência até a edição do regulamento administrativo.

As diversas fontes no direito da regulação econômica pode ter origem nos mais variados diplomas legais (Constituição, leis, regulamentos administrativos, códigos de conduta), bem como decorrer de atos de vontade dos agentes econômicos envolvidos (contratos, os mais variados: associativos, cooperativos, administrativos).⁽¹⁴⁾

Quanto a intensidade a regulação pode ser *soft ou hard*: “macia” ou “dura”. A regulação *soft* estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. Pretende que o agente econômico, se assim o desejar, adote determinada conduta que a regulação busca atingir. A liberdade é a marca da *regulação soft*, que pode dar-se, por exemplo, através de fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais. Já, a *hard regulation* é aquela em que a autoridade competente (pública ou privada) estabelece ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que são obrigados a cumpri-las: “proibir” e “obrigar” são os verbos dos quais se ocupa a regulação *hard*.⁽¹⁵⁾

Quanto ao objeto da regulação pode ser compreendido sob quatro perspectivas: 1) o funcionamento da Administração Pública; 2) o comportamento econômico de pessoas de direito privado; 3) o comportamento ético de pessoas de direito privado ou de agentes públicos; e 4) os parâmetros técnicos que devem ser atendidos no exercício de determinadas atividades.⁽¹⁶⁾ Na escolha do objeto a ser “regulado”, qual o critério de oferta do serviço ou da atividade? O objeto ganha ou perde substância, valor econômico ou valor moral conforme a intensidade da regulação? Exemplo, deve ou não, o botijão de gás de cozinha deve ser fracionado na sua quantidade e no preço? Essa matéria é de ordem pública e merece regulação pela ANP? Se for fracionado o gás outros produtos também poderão ser fracionados? a ANVISA, pode fazer o fracionamento de remédios? São questões complexas de difícil aferição.

Na regulação técnica deve atender determinadas atividades (utilização adequada dos recursos; uniformização da produção; treinamento de mão de obra, registro tecnológico, respectiva contratação e venda; padronização de equipamentos e componentes; controle de processos; procedimentos de cálculos e projetos; níveis de segurança etc.).

¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. Ob, cit, p. 113.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Ob, cit, p. 113.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Ob, cit, p. 113.

¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Ob, cit, p. 113.

Outros autores, como segundo Baldwin e Cave estabelecem metodologias e denominações diferentes que constituem a intensidade da regulação das *formas estruturais* de intervenção direta do Estado, que descrevem de forma diferente quatro modelos de ação regulatória, a saber: 1) modelo eletivo: trata-se do modo menos intervencionista, em que o Estado impõe regulação somente para corrigir as falhas de mercado (perfil liberal da economia). A regulação ativa pode ser traduzida na capacidade da agência em fazer a regra integrativa ao sistema jurídico da atividade econômica que é exigido pela regulação indicativa do objeto e nas regras indicativas de desenvolvimento nacional conforme planejamento público (art. 174, CF); 2) modelo diretivo: o Estado usa sua influência como comprador ou regulador para estimular certos tipos ou padrões de serviço (direciona o poder de compra); 3) modelo restritivo: o Estado limita o que é disponibilizado no mercado (fixa as bandeiras de energia elétrica, ou aumenta as tarifas nos horários de pico de energia; determina que não pode haver enxofre na gasolina); 4) modelo prescritivo: o Estado define o critério de oferta de serviços no mercado (critério indicativo para assistir TV, filmes; proíbe a venda de bebidas para maiores de 18 anos; restrição a compra de armas de fogo; determina a quantidade de iodo no sal de cozinha).⁽¹⁷⁾

Desta forma, dando continuidade ao desenho textual, e em parte, aproveitando e desenvolvendo o modelo teórico do Robert Baldwin e Martins Cave, assim se refaz as classificações em forma diferentes agora assentadas na descrição empírica do seu fenômeno e na observação da repercussão na atividade econômica, dentre suas inúmeras concepções: 1) quanto a natureza da atividade econômica. Há diversos níveis de regulação a depender do nível de intensidade de intervenção e monitoramento que o Estado busca com a implementação da política pública cuja finalidade será regular e/ou fiscalizar e motivar a atividade de determinado setor da economia ou social; 2) quanto aos objetivos da regulação: ordenar, convencer, impor, incentivar os agentes envolvidos, para: a) estabelecer um padrão de qualidade de produtos e serviços; b) buscar a eficiência e produtividade econômica (melhores produtos e baixo custo); c) garantia contratual com os agentes econômicos (segurança jurídica); d) melhorar o ambiente de negócios; 3) quanto à agenda do setor a ser regulado: a) geral (conjunto de atuações); b) parcial ou ato isolado; c) ou, não ser regulado. Na elasticidade da regulação estatal cria-se uma área discricionária de escolhas do setor a ser regulado e também sobre sua intensidade de intervenção pode agradar uns e desagradar outros setores, quando houve desequilíbrio regulatório no gozo pleno de um serviço público de qualidade e da atividade econômica; 4) quanto aos procedimentos de ação regulatória: a) normativa, como editar regras; b) realizar fiscalização, vigilância pública (poder

¹⁷ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 29.

de polícia); c) de gestão, atuação comportamental da empresa, nos controles, financeiros, definição de metas e resultados; 5) quanto a intensidade regulatória: máxima, mínima e adequada.

3. Regulação econômica

Stigler, o pioneiro da regulação econômica, no clássico artigo “Teoria Econômica da Regulação”, publicado pelo autor em 1971, parte do pressuposto de que a regulação sofre influência da indústria, sendo projetada e operada em seu benefício, definiu a regulação como produto, como qualquer outro, cuja principal diferença reside no fato de que o processo político define a estrutura de mercado para a regulação. Todavia, os ensaios pioneiros de Stigler iluminam as escolhas dos agentes políticos, por meio de uma análise prévia da decisão a ser tomada e sua correlação com o futuro. Em suma, a decisão regulatória deve ser prospectivamente responsável e contribuir para o crescimento do mercado.⁽¹⁸⁾

O conceito de regulação econômica da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) interfere diretamente nas decisões de mercado como preço, concorrência, entrada ou saída do mercado, eficiência econômica e inovação. Se o mercado estiver calibrado corretamente, há uma tendência em direção à eficiência. O mercado, por sua vez, deve existir precipuamente para facilitar a troca de bens e serviços, para diminuir os custos de se efetivarem negociações, conforme ensina o Professor Ronald Coase, Nobel de Economia.⁽¹⁹⁾

Em contraste, definições baseadas em instrumentos falham em reconhecer que ferramentas econômicas (tais como mercados, créditos tributários) podem ser claramente adotadas para alcançar um objetivo social (como menores níveis de poluição) tanto quanto objetivos econômicos. A relevância e a eficiência da atividade econômica em benefício da sociedade não se alteram mesmo quando se utilizam estratégias diferentes para o ambiente envolvente.⁽²⁰⁾

À vista disso, Alexandre Aragão nos diz que as regulações estatais da economia podem se valer de instrumentos puramente jurídico-coercitivos, ou combiná-los com mecanismos consensuais, econômicos, financeiros ou meramente materiais, o que faz que possamos classificá-las, respectivamente, como “regulações diretas”, consistentes em ordens juridicamente vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão ou prestação, e como “regulações

¹⁸ STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 1-21, 1971.

¹⁹ COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 7.

²⁰ GANACIN, Maria Clara. *Regulação da Economia: Conceito e características contemporâneas*. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/regulacao-da-economia/638234191>

indiretas”, pelas quais a finalidade pública é atingida, não pela coação, mas por incentivos ou meios adaptados a outros fins (incentivos fiscais, gestão seletiva e gastos públicos).⁽²¹⁾

Segundo Patrícia Regina Pinheiro Sampaio a regulação estatal da economia tem por efeito restringir e condicionar a liberdade de iniciativa dos agentes no mercado. Essa liberdade, no entanto, é contrabalançada, dentre outras condicionantes, pelas funções exercidas pelas autoridades de defesa da concorrência que, disciplinando um valor igualmente de positividade na Constituição (a livre concorrência e a correspondente determinação de repressão ao abuso do poder econômico (arts. 170, IV e 173 § 4º) têm por objetivo institucional prevenir (atos de concentração) e reprimir (por meio de investigação e punição) práticas anticompetitivas.⁽²²⁾

Numa visão mais restritiva, a regulação visaria exclusivamente garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômicos, ora consideradas falhas de mercado, a fim de assegurar o equilíbrio interno do sistema regulado.⁽²³⁾ Desta forma à mitigação das falhas de mercado requer um embasamento teórico sobre alguns conceitos relevantes tais como bens públicos (em sentido econômico), externalidades e assimetrias de informação e de representação.⁽²⁴⁾ Pois, as falhas de mercado estão associadas a alguns aspectos como: a existência de bens públicos, as externalidades, monopólios naturais, mercados incompletos e a assimetria de informações, segundo a noção econômica dos autores Giambiagi, Pindyck e Resende.⁽²⁵⁾

Para suprir esta falha de mercado, a forma de ação do Estado pode ser não só mediante através da regulação econômica, por meio da concessão de incentivos fiscais ou de subsídios governamentais, da criação de normas de controle de comportamentos (sejam as de caráter legislativo ou administrativo/regulamentar), criação de normas de incentivo ou desincentivo à prática de determinada conduta, fiscalização dos mercados, imposição de sanções.⁽²⁶⁾

4. Técnicas de regulação econômica

4.1. Regulação por Comando e Controle

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55.

²² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência. A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

²³ CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. *Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. Brasília, v. 5, n. 2, p. 344, jul./dez. 2008.

²⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência. A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62.

²⁵ PINDYCK, Robert. RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 8a ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013, p. 82.

²⁶ GIAMBIAGI, Fabio. ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 78.

Essa regulação opera a partir do binômio prescrição-sanção. Trata-se, em verdade, da forma mais usual de imporem-se restrições ao comportamento dos particulares, que é compelido a cumprir as normas públicas com o receio de vir a sofrer punições pelo Estado. Contudo o Comando e Controle se faz necessário em matéria de difícil solução consensual no âmbito da regulação e de alta contestabilidade, como a implementação de tecnologias disruptivas e no universo de matérias rotineiras como a regulação do Fake News x liberdade de expressão.

Quando se está em mercados que muitas vezes atuam nas margens da legalidade, a estratégia de Comando e Controle é bastante ineficaz, pois a multa passa a ser um mero expediente administrativo e, mesmo que isso venha a causar óbices operacionais para pessoas jurídicas constituídas que precisam estar aderentes a mínimos contornos de legalidade (como ter certidões negativas - CND). Em mercados bem regulados, como telefonia, petróleo, energia elétrica, saneamento, não parece ser o Comando e Controle a vanguarda em termos de regulação.

No Brasil, muito se discute sobre o papel do Estado como regulador e fiscalizador da atividade econômica. Um dos desafios para os órgãos de fiscalização é realizar um processo regulatório que seja capaz de gerar posturas colaborativas nos agentes econômicos e ao mesmo tempo fomentar a inovação dos produtos e serviços postos à disposição de consumidores/usuários. Quando a atividade não funciona o senso comum decreta a falta de punição como solução. O que se propõe, em regra, como solução seria a implementação da política denomina "Comando e Controle": método pautado na prescrição-punição, ou seja, uma vez constatada a infração, segue a multa.⁽²⁷⁾

Não se pode esperar que apenas a punição seja capaz de induzir as melhores condutas. Na verdade, ela é apenas uma ferramenta, dentre várias outras. O insucesso do método de comando e controle é algo bem consolidado, analisado e documentado (exemplo de análise está no Acórdão TCU 1970/2017⁽²⁸⁾, do Tribunal de Contas da União, que verificou que uma parcela ínfima das multas aplicadas por agências regulatórias é de fato recolhida (pagas). Ficou evidente que a judicialização é a tônica da resposta ao punitivismo do Estado.

Não é aumentando ou diminuindo a pena que irá garantir o sucesso ou o fracasso regulatório, que segundo Braithwaite, a parte mais distintiva da teoria responsiva é sua ilustração pelas pirâmides regulatórias, as quais se destinam a responder quando se deve persuadir e quando se deve punir.⁽²⁹⁾

²⁷ SILVA, Alexandre Almeida da. *Regulação Responsiva: Um novo cenário para a atuação jurídica em setores regulados*. <https://analise.com/opiniaio/regulacao-responsiva-um-novo-cenario-para-a-atuacao-juridica-em-setores-regulados>

²⁸ Relator: Aroldo Cedraz. Acórdão 1.665/2014-TCU. Arrecadação de multas aplicadas por Agências Reguladoras.

²⁹ BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism*. <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Regulatory-Capitalism-How-it.pdf>, p. 88.

4.2. Regulação responsiva-colaborativa (por incentivo)

A regulação propõe uma maior inteligência regulatória, estabelecendo uma sinergia entre a punição e a persuasão. É diferenciada de outras estratégias de governança de mercado, tanto que desencadeia uma resposta regulatória de interesse mútuo e que atenda os diversos objetivos das empresas reguladas.⁽³⁰⁾ Trata-se de uma metodologia que supera o Comando e Controle, porque não abandona a ferramenta da punição, mas, diferentemente da técnica estritamente punitiva, ela encampa outros meios de indução de comportamentos desejáveis.

A origem da teoria da regulação responsiva surge da observação de John Braithwaite juntamente com Ian Ayres, que constataram um movimento simultâneo de desregulamentação, regulamentação e autorregulação e concluíram que, no final, essa coexistência resultaria em mais regulação, e que acarretaria uma retomada da força regulatória. Assim, eles expuseram uma teoria regulatória que seria uma resposta à retórica de oposição entre desregular e regular mais intensamente, em homenagem à nova realidade de fluxo regulatório.⁽³¹⁾

Grandes avanços nessa teoria surgem a partir dos questionamentos de Laffont e Tirole à teoria da regulação econômica tradicional, que criticam exatamente a maneira como essa teoria ignorava as questões relacionadas à assimetria de informações.⁽³²⁾ Esses autores propõem que as políticas regulatórias desenvolvidas pelas agências busquem incentivar as empresas a maximizarem seu bem-estar ao mesmo tempo em que vislumbrem alcançar o seu objetivo.

A chamada regulação por incentivos busca criar maneiras para que o agente regulado seja incentivado a de fato cumprir as determinações de seu contrato/obrigação com o poder concedente, bem como, as principais características, objetivos, métodos e desdobramentos da regulação. Além disso, apresentar os principais instrumentos regulatórios: controle de preços, controle de qualidade, controle de entrada e saída e controle de outras variáveis.⁽³³⁾

A principal contribuição de Sappington para a teoria da regulação por incentivos está na definição de parâmetros necessários para monitoramento da efetividade dos incentivos regulatórios aplicados pela agência reguladora, principalmente quando estão relacionados à assimetria da informação.⁽³⁴⁾

³⁰ BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

³¹ MARQUES, Patrícia Vilela. *Teoria responsiva na regulação da segurança operacional da aviação civil*. Monografia da Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação – TCU/Instituto Serzedello Corrêa. Brasília, 2020.

³² LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2002, p. 564.

³³ VISCUSI, W. K.; HARRINGTON JR., J. E.; VERNON, J. M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Massachusetts: MIT Press, 1996, p.43.

³⁴ SAPPINGTON, David E.M. *Designing Incentive Regulation*. Review of Industrial Organization. Florida: University of Florida Gainesville, V. 9 (3), (245-72), 1994, p. 256.

Assim, quanto mais adequação for a regra, maior a objetividade das conformidade regulatória haverá a consequência da maior aderência e redução dos custos de evasão dispendiosos dos conflitos nas arenas política, econômica e social. O consenso regulatório é mais fácil de implementar e apresenta baixa probabilidade de litígios. No processo de criação de regras negociadas utiliza-se o consenso com objetivo de empregar esforços para solucionar os problemas.

Várias agências reguladoras, como a ANATEL, estão em processo de mudança de metodológica e adotando a regulação responsiva-colaborativa, isto é trocando a possível punição pela antecipação de benefício de serviço contratual.

4.3. Regulação contratual por margem de preferência

Na regulação contratual a conformação da atividade pela Administração será feita pelo contrato, também chamado de “margens de preferência” que pode ser uma política pública de gestão e desempenho ou de poder de compra estatal.

O Estado brasileiro tem um poder de compra de aproximadamente 15% do PIB (OCDE-2012) no uso de bens manufaturados e serviços nacionais. A função regulatória no poder de compra estatal pode direcionar a produção e o investimento em vários setores da economia. A nova Lei de Licitações 14.133/2021 estabelece que o processo licitatório tem como um de seus objetivos “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”. Complementando essa definição, a chamada Lei de Inovação (Lei no 10.973/2004), define o “uso do poder de compra do Estado” como um dos instrumentos de estímulo à inovação nas empresas.

O que são as “margens de preferências”? São recursos de políticas públicas de licitação e contratação pública que visa favorecer determinados bens e serviços considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional, mediante estímulo à produção e competitividade nacional focado na inovação. Cria-se instrumento de política de inovação pelo lado da demanda, que são “o conjunto de ações que conscientemente empregam as várias formas de participação (compras públicas, regulação, políticas de clusters) do Estado na economia com o objetivo de estimular a demanda por produtos e/ou serviços inovadores”.⁽³⁵⁾

Uma das referências para a criação das “margens de preferência foi a experiência dos Estados Unidos com o *Buy American Act*, em 2010. No Brasil as ações de margens de preferência são mecanismo indutores para promover a inovação empresarial. Desta forma, trata-se de regulação discricionária em que a autoridade pública faz suas escolhas de atuação unilateral dentro da atividade de inovação impondo regras que afetam os agentes econômicos do setor de

³⁵ RAUEN, André Tortato (org). *Política de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: IPEA, 2017, p. 20.

tecnologia e inovação. Para ter os benefícios da lei deverá se sujeitar ao controle regulatório, para posterior contratação. Na verdade, nos setores de infraestrutura elas aparecem muitas vezes conjugadas, uma vez que o contrato “não substitui o regulador, mas limita substancialmente a sua discricionariedade”.⁽³⁶⁾

Desta forma, da ação do Estado como viabilizador de novos produtos e serviços por empresas privadas, como no setor de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), áreas que inicialmente não apontariam perspectivas de retorno do investimento se analisadas pela ótica de uma empresa privada, entra o Estado para corrigir eventuais falhas de mercado, com a adoção como por exemplo a margens de preferência nas contratações públicas e promoção do desenvolvimento econômico, como no caso do financiamento da indústria de chip no sul do Brasil pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou o financiamento para o desenvolvimento de aerogerador pela Petrobras a empresa WEG.

4.4. Regulação de monopólio

Há dentro da atividade econômica a existência de monopólios naturais pelo fornecimento exclusivo de uma única empresa no mercado, com alta escala cativa de consumidores. Na ciência econômica existem diversas abordagens que objetivam solucionar ou ao menos conter os possíveis impactos que o poder de mercado dos monopólios naturais pode gerar nos preços e em outras variáveis econômicas. A teoria econômica mostra uma certa racionalidade do monopólio para que uma única empresa produza os bens desse mercado, visto que caso haja duas ou mais empresas nesse mercado, maior serão os custos de produção que serão repassados à sociedade via aumento geral dos preços.

O mercado em monopólio a empresa pode determinar o preço que cobrará por seu produto, visto que não haverá concorrentes ofertando produtos similares aos consumidores. O motivo para a existência dos monopólios está especialmente nas barreiras à entrada, fundada em três origens mais comuns, segundo Berg e Tschirhart: 1) A exclusividade de um recurso: ocorre quando o monopolista possui algum tipo de exclusividade na compra de um determinado insumo/matéria-prima; 2) A concessão de direito: ocorre quando o governo concede à uma determinada empresa o direito de exclusividade na produção de um bem, caso comum nas patentes farmacêuticas; 3) Os monopólios naturais: ocorrem quando os custos de produção para uma

³⁶ BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard; WOOLF, Fiona. *Regulation by contract: A new way to privatize electricity distribution?* (tradução livre de artigo), 2003, p. 20

única empresa são menores do que os produzidos por diversas empresas, como no caso do saneamento básico.⁽³⁷⁾

Os serviços públicos de infraestrutura são característicos tipos de monopólios naturais, como por exemplo, a distribuição de energia elétrica, telecomunicações, estradas, saneamento e transporte público. Esses setores contam com algumas características básicas segundo Viscusi, Vernon e Harrington: 1) Boa parte dos serviços públicos apresentam altas economias de escala e escopo; 2) Os insumos utilizados para a produção desses serviços na maioria das vezes têm finalidade específica, impossibilitando sua transferência para outras atividades; 3) Produzem grande poder de mercado aos ofertantes, visto que alcançam boa parte da sociedade, o que dificulta o oferecimento de um serviço a baixo custo com garantia de qualidade e segurança.⁽³⁸⁾

4.5. Autorregulação: regulação não estatal

A autorregulação é a manifestação exterior que um grupo social específico regulamenta as condutas de seus próprios membros, como um arranjo regulatório privado que fora da esfera de competência estatal.

Neste ponto, Júlia Black, pesquisadora britânica especialista na área de regulação, classificou as espécies de autorregulação, usando como indicador o nível de intervenção estatal, da seguinte forma: 1) autorregulação voluntária: nessa hipótese, não existe qualquer envolvimento do Estado, de forma direta ou indireta, para que o mercado seja autorregulado. Os próprios agentes privados, espontaneamente, instituem esse modelo regulatório por meio de instrumentos associativos, desde que não haja qualquer impedimento legal nesse sentido; 2) autorregulação coercitiva: é realizada pelos agentes privados, mas sob a coação do Estado no sentido de que, se não o fizer de forma satisfatória, pode ser substituída por uma regulação exclusivamente estatal, demonstrando um envolvimento indireto do Estado; 3) autorregulação sob aprovação: os próprios agentes privados formulam as normas a serem aplicadas aos seus membros, no entanto, sujeitam-se à aprovação do Estado. 4) autorregulação impositiva: nesse último caso, o próprio Estado determina que os agentes privados procedam à regulação, com base em parâmetros pré-definidos, embora permaneçam independentes.⁽³⁹⁾

Afinal, a autorregulação volta à pauta em determinados setores econômicos, que pretendem se livrar da heterorregulação (em que o Poder Público – ministérios, agências – pretendem

³⁷ BERG, Sanford V; TSCHIRHART, John. *Natural monopoly regulation: principles and practice*. Cambridge University Press, 1988, p. 322.

³⁸ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 432.

³⁹ BLACK, Julia. *Regulatory conversations*. *Journal of Law and Society*. Vol. 29, No. 1, New Directions in Regulatory Theory (Mar., 2002), p. 164.

fixar as regras do jogo). Esses movimentos são periódicos e convivem com demandas por menor volume de regras estatais e maior liberdade para os agentes econômicos (desregulação).⁽⁴⁰⁾

Qual atividade não cabe a autorregulação? Quais são as premissas para o funcionamento do mercado regulado ou autorregulado? A autorregulação pode ser incentivada num setor e banida em outro, assim não se apresenta de plano uma solução simples, cuja configuração exige minuciosa análise da atividade a ser regulada. O setor possui transparência, segurança e estabilidade suficientes que autorizem essa mudança de um regime para outro?

Na análise da atividade deve atentar-se pela sua função estratégica na econômica, a sua robustez de impacto, a sua organização e seus mecanismos de autocontenção que efetivamente impeçam atos indevidos por parte dos gestores. Vide no Sistema Elétrico que apesar da robustez, do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), ainda o sistema apresenta falhas na oferta de energia elétrica pelos sucessivos “apagões regionais”. Isso também pode acontecer também em mercados regulados (ou mal regulados).

Quanto às vantagens e desvantagens do instituto da autorregulação, Othon de Azevedo Lopes destaca de ponto positivo o “elevado grau de comprometimento dos regulados com suas próprias regras; adequação da edição de normas, pela disponibilidade de informação técnica e proximidade dos regulados; efetividade na detecção de violações pelo envolvimento dos afetados; melhor compreensão das regras; rápida resposta para ajuste de regras”, sendo a principal crítica a raiz corporativista da autorregulação, podendo resultar em falta de transparência e foco somente na defesa de interesses privados, e não ao bem-estar da coletividade.⁽⁴¹⁾

Maiores demandas por autorregulação é “viver” sem amarras estatais, sem controles heterônomos. De usual, menos regras e as poucas que sobram com caráter de *soft law* (quase-direito) em ambientes de acordo de “entre iguais” ou com interesse assemelhados. Com isso, pretende-se estabelecer pautas mais eficientes do setor econômico por pessoas ligadas ao setor a ser regulado. As normas do quase-direito são flexíveis e permitem interpretações adaptadas às necessidades das partes envolvidas num acordo de uma agência de autorregulação.

5. Consumidor e concorrência

O direito do consumidor é de alta sensibilidade, pois as pessoas estão mais exigentes com os produtos e os direitos de uso/compra. Afinal, eles são parte fundamental do sistema capitalista (produção e consumo) que necessita do setor de vendas para realizar os objetivos da

⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Autorregulação econômica: só vantagens? <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/egon-bockmann-moreira/autorregulacao-economica-so-vantagens>

⁴¹ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 192.

empresa, de lucro, modernização da produção, pagamento de salário e de impostos. Ademais, é fundamental que todos os itens tenham dados claros e adequados de suas características e especificações de produtos, quantidade, tributos incidentes, preço etc.

A livre concorrência decorre da manifestação da liberdade de iniciativa de atuação no mercado econômico. A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) reforça o papel da Administração Pública em evitar que se consolide o abuso do poder regulatório de maneira indevida de maneira a criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência realiza a prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, sendo sua atuação orientada pela Lei nº 12.529/2011, por meio do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Dessa forma, a regulação adota um prisma eminentemente normativo, além das funções de fiscalização, sanção e solução de conflitos entre os agentes regulados. A regulação da economia tem por efeito restringir e condicionar a livre iniciativa com a defesa de concorrência, disciplinando um valor igualmente de positividade na Constituição (a livre concorrência e a correspondente determinação de repressão ao abuso do poder econômico (arts. 170, IV e 173 § 4º, CF).

Considerações Finais

Os conceitos de regulação são polissêmicos e abrigam ideias distintas e são utilizados em áreas muito diversas. O conceito operacional de regulação adotado não substituí os anteriores, apenas estabelece um plano teórico para o artigo. A teoria da regulação é, essencialmente, uma manifestação doutrinária do direito público, devido à necessidade da estabilização da relação Estado/agentes econômicos.

A teoria da regulação não se limita à exegese dos textos jurídicos, mas diz respeito também à outras matérias do direito e às suas prescrições. Dada sua importância estratégica, é fundamental atuar na melhoria regulatória, que aumentem o desempenho, o custo-efetividade e a qualidade da regulação diante das formalidades burocráticas a ela associadas e adotem técnicas da regulação responsiva-colaborativa.

O denominador comum da teoria da regulação está assentado na estrutura econômica com a integração com as agências e essas com os setores a serem regulados e com os usuários. A regulação opera quase sempre como um instrumento indicativo da política econômica, mediante a elaboração normativa de ações jurídicas e administrativas. Acompanhando uma tendência que se verificou em vários países, o Brasil estruturou inúmeras reformas visando diminuir a área

de atuação do Estado, pois este não conseguia manter um nível desejável de investimento que pudesse gerar desenvolvimento.

A boa atividade regulatória econômica deve articular a atividade estatal com os agentes econômicos. A regulação, em regra, está vinculada ao Estado. Stigler faz diferentes considerações sobre o papel do Estado, sendo fonte primacial de recursos como também de ameaças, pode ajudar ou prejudicar, seletivamente, expressivo número de indústrias, passou a sustentar que o objetivo principal da teoria econômica é verificar quais benefícios pode um Estado proporcionar a uma indústria, com reflexos sobre a alocação de recursos.⁽⁴²⁾

No que tange aos avanços e retrocessos pode-se afirmar que o cenário é de avanço, visto que pela própria concepção de governança que exigiu das agências alto grau de exigências legais não só da própria transparência, como de publicidade, audiências públicas e análise de impacto regulatório, o que contribui para o processo regulatório. Dessa forma, as medidas regulatórias são independentes, com vistas a garantir a justa livre concorrência no mercado. No entanto, percebe-se alguns desvios na atuação das agências que acabam prejudicando o setor econômico.

Somente se justifica uma “boa regulação econômica” se for necessária e adequada, se houver aplicação das suas decisões, fiscalização no cumprimento das regras, execução dos contratos de forma similar ao jogo de eficiência “ganha-ganha”. Os exemplos de boa regulação econômica não se deve presumir, mas aferido no caso concreto, segundo Trebing, desde que: 1) a regulação promova a alocação de recursos entre um setor econômico e outros setores relevantes aos consumidores; 2) a regulação encoraje a eficiência nos fatores de produção, distribuição e consumo, em escala; 3) a regulação evite discriminações indevidas, de forma a evitar efeitos adversos associados à distribuição de renda monopolista; 4) a regulação evite a rigidez na indústria, que acaba por impedir inovação, mudanças tecnológicas ou qualquer mecanismo que confira maior desempenho à atividade; 5) as técnicas de regulação permitam a produção de receitas suficientes para cobrir o custo econômico da prestação eficiente de um serviço; 6) a regulação assegure a prestação adequada do serviço, com a disponibilização de um número máximo de opções aos consumidores e com preços compatíveis com sua disposição de pagamento.⁽⁴³⁾

Afinal, a pergunta a ser respondida é: o Estado brasileiro está cumprindo da melhor maneira seu papel de equalizador das oportunidades colocadas à disposição da economia ou está agravando os problemas que deveria resolver? As respostas são várias. Assim adentramos num

⁴² STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 1-21, 1971, p. 142.

⁴³ TREBING, H. M. *Common Carrier Regulation. The Silent Crisis. Law and Contemporary Problems*. Vol. 34, n. 2, pp. 299-329, Communications: Parte 1 (Spring, 1969), p. 432.

espaço infestado de complexas respostas que podem ser necessárias, mas insuficientes. Então a resposta curta: o Estado não pode ser anêmico, ou inchado ou subordinado a lobbies. O Estado tem que ser do tamanho necessário e ter a organização que corresponda à vontade da sociedade para garantir equidade dos seus cidadãos.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*. London: Oxford University Press, 1999. p. 34. “*Entendendo regulação: teoria, estratégia e prática*” em tradução livre de Giovana Buzanello.

BALDWIN, Robert; HOOD, Christopher. *A reader on regulation* (Oxford University Press, 1998) 2-4.

BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard; WOOLF, Fiona. *Regulation by contract: A new way to privatize electricity distribution?* (tradução livre de artigo), 2003.

BERG, Sanford V; TSCHIRHART, John. *Natural monopoly regulation: principles and practice*. Cambridge University Press, 1988.

BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation* (2002). *Australian Journal Legal Philosophy* 1.

BLACK, Julia. *Regulatory conversations*. *Journal of Law and Society*. Vol. 29, No. 1, *New Directions in Regulatory Theory* (Mar., 2002).

BOYER, Michel; SAILLARD, Yves Saillard (org.) *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*. Paris: La Découverte, 1995.

BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism*. <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Regulatory-Capitalism-How-it.pdf>.

BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

CAMPOS, Humberto Alves de. *Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica*. *Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. Brasília, v. 5, n. 2, p. 344, jul./dez. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2021.

CASTRO Junior. Osvaldo Agripino (org.) *Direito, regulação e logística*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

FREIBERG, Arie. *The tools of regulation* (Federation Press, 2010).

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Definição do direito da regulação econômica*. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 215, jan./mar. 2005.

GANACIN, Maria Clara. *Regulação da Economia: Conceito e características contemporâneas*. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/regulacao-da-economia/638234191>

GIAMBIAGI, Fabio. ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2002, p. 564.

LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MARQUES, Patrícia Vilela. *Teoria responsiva na regulação da segurança operacional da aviação civil*. Monografia da Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação – TCU/Instituto Serzedello Corrêa. Brasília, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: OLIVEIRA, Gesner de. *Agências Reguladoras: Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Brasília: CNI, 2004.

PINDYCK, Robert. RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 8a ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

PROSSER, Tony. *The regulatory enterprise* (Oxford University Press, 2010).

RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Renovar: Rio de Janeiro. 2021.

RAUEN, André Tortato (org). *Política de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: IPEA, 2017.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência. A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAPPINGTON, David E.M. *Designing Incentive Regulation*. Review of Industrial Organization. Florida: University of Florida Gainesville, V. 9 (3), (245-72), 1994, p. 256.

SILVA, Alexandre Almeida da. *Regulação Responsiva: Um novo cenário para a atuação jurídica em setores regulados*. <https://analise.com/opinioao/regulacao-responsiva-um-novo-cenario-para-a-atuacao-juridica-em-setores-regulados>

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (organizadores). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros editores/SBDP, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. *California Law Review*. California: v. 83, n. 4, p. 953, 1995.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 1-21, 1971.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. *Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 263, set-dez. 2013.

TREBING, H. M. *Common Carrier Regulation. The Silent Crisis. Law and Contemporary Problems*. Vol. 34, n. 2, pp. 299-329, Communications: Parte 1 (1969).

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: MIT Press, 1996.

ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas. 2010.