



TEXTOS PARA DISCUSSÃO

25 ANOS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

TD 1 / 2022

25 anos de regulação no Brasil¹

Amanda Flávio de Oliveira²

Introdução

A adoção do modelo de intervenção estatal na economia via agências reguladoras foi recebida com severas críticas no Brasil. Associada pelos críticos a uma decisão ideológica, motivada pela intenção de estabelecer um Estado “neoliberal” no País, os julgamentos inaugurais desconsideravam a urgência de se rever a forma de atuação do Estado na economia que se impunha naquele momento, tendo em conta a crise econômica instalada.

No caso brasileiro, em especial, soma-se a tudo isso questões de enquadramento jurídico: é que o modelo adotado sobretudo a partir da década de 1990 no País precisava, para ser legítimo, harmonizar-se com o ordenamento jurídico. Não faltam, nesse ponto, ainda hoje, debates e dúvidas, muitas vezes levando o tema ao alcance do Judiciário.

Passados vinte e cinco anos da implementação do modelo, as críticas às agências reguladoras persistem, agora diversificadas e fruto da experiência acumulada. O temido processo de “liberalização” decorrente da adoção de um “Estado Regulador” não se confirmou, mas se houve avanços em termos de acesso ao consumo de bens e serviços

¹ Este artigo está publicado no livro “A revolução regulatória na nova lei das agências” organizado pelo Professor César Mattos.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. 25 anos de regulação no Brasil. In MATTOS, César (Org.) *A revolução regulatória na nova lei das agências*. São Paulo: Editora Singular, 2021, p. 528-554.

² Professora associada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutora, Mestre e Especialista em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada militante, sócia fundadora do escritório Advocacia Amanda Flávio de Oliveira (AAFO). Membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Estado de Minas Gerais.

pela população, os resultados ainda estão longe de serem os desejados e de alçarem o País a um patamar de desenvolvimento econômico.

Fato é que as agências reguladoras são realidades postas no Brasil e recuar em suas existências não aparenta ser uma solução viável. Essa constatação, por sinal, corrobora a tese de Ronald Reagan de que programas de governo, uma vez instituídos, são perenes, não admitem retorno. E é neste ponto em que emerge a tentativa de busca por uma *melhor regulação*.

O movimento para um modelo de Estado Regulador mostrou-se em grande parte global, assim como globais também têm sido as tentativas de seu aprimoramento. Especificamente no caso brasileiro, vislumbram-se particularidades desde o instante de sua adoção como alternativa à intervenção estatal. Nos dias atuais, identifica-se claramente o surgimento de uma nova fase em sua história, e que merece ser conhecida. Essa nova etapa resulta do advento de novas leis e políticas públicas direcionadas ao modelo.

Este texto debruça-se sobre esses temas.

1. Que regulação?

A primeira tarefa de todo trabalho que se dedique à temática da regulação consiste em esclarecer precisamente a que se está referindo. Isso por que o termo apresenta definição fluida e costuma ser utilizado em múltiplos sentidos. O dilema não se soluciona com a pesquisa doutrinária: a tentativa dos autores em geral de definir e classificar as possíveis formas de regulação também apresenta múltiplas soluções, o que deixa o estudioso refém do método de sistematização do doutrinador estudado³.

³ O termo encontra dificuldades de definição e de classificação também no idioma inglês. Confira, a título de exemplo, as classificações dos seguintes autores: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*. In GUERRA, Sergio (Org). *Regulação no Brasil : uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. GUERRA, Sergio. *Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira*. In GUERRA, Sergio (Org). *Regulação no Brasil : uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora

Considerando-se, sobretudo, a influência marcante do modelo americano sobre a gênese da regulação no Brasil, fato reconhecido por quase a unanimidade dos doutrinadores nacionais, convém compreender o que representa “regulação” para aquele país.

Nos Estados Unidos da América, o termo pode se referir à generalidade de normas, estatais ou não, que disciplinam a vida em sociedade, o que coincidiria com a própria concepção de *organização de um Estado*. Não raro, todavia, ele é utilizado como forma de disciplina da atividade econômica.

No Brasil, entretanto, o termo se difundiu alinhado à criação de entidades da Administração Pública indireta, definidas como autarquias especiais, em razão de sua peculiar autonomia e independência, vocacionadas para a disciplina de setores específicos da economia, em um movimento que ganhou impulso na década de 1990. Relacionou-se, portanto, desde sua gênese, a ideia de um “Estado Regulador” à opção política de criação de “agências reguladoras”, o que serviu para difundir a errônea concepção de que só existe regulação que provenha do Estado.

Diz-se errônea por que essa concepção desconsidera variáveis cada vez mais estudadas do fenômeno. Tem-se, a esse título, a *autorregulação* e a *corregulação*, em que a regulação realiza-se pela participação ativa dos agentes privados na disciplina da atividade. Denomina-se *autorregulação* a circunstância em que as regras são definidas pelo(s) agente(s) privado(s), sem a participação do Estado. Ela pode-se constituir em *autorregulação unilateral* (em que um agente econômico define suas próprias regras de atuação) ou *autorregulação de um setor* (em que o conjunto dos agentes econômicos atuantes naquele setor, ou parte representativa deles, define regras para suas atuações).

FGV, 2014. BLACK, Julia. *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’*. *WorldCurrent Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146. JORDANA, Jacint e LEVI-FAUR, David. *The politics of regulation in the age of governance*. In Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.), *The Politics of Regulation*, chapter 1, Edward Elgar Publishing, 2004.

Na *autorregulação regulada* ou *corregulação*, os agentes privados e o Estado atuam conjuntamente na tarefa de disciplinar o mercado. Essa modalidade pode comportar variados modos de trabalho: as normas podem ser definidas pelo agente privado, com a exigência de ratificação por parte do Estado, por exemplo⁴. Ela se situa entre a forma coercitiva/centralizada de disciplina da atividade econômica e a forma que requer cooperação voluntária entre agentes privados.

Note-se que a *corregulação*, embora também envolva a participação do Estado, diferencia-se da regulação tradicional, protagonizada por este, e largamente difundida no Brasil como a única forma possível ou como a forma desejável⁵. Em inglês, o termo designado para a disciplina da atividade econômica realizada unilateralmente pelo Estado sob pena de sanção é *command and control* (CAC), ou regulação de comando e controle⁶.

No debate regulatório mais comum que se faz no Brasil subjaz o modelo CAC. O Estado teria assumido a responsabilidade pela concretização de direitos fundamentais sociais, o que se daria não mais pela via utilizada até então, de sua prestação direta, mas pela fiscalização, incentivo, planejamento, normatização da atividade

⁴ Na concepção de Márcio Iorio Aranha, a autorregulação regulada somente poderia ser utilizada se obedecidas algumas variáveis. Na concepção do autor: “a estratégia da autorregulação regulada exige, do regulador, que: a) somente ratifique regras de conduta empresarial que satisfaçam as políticas públicas governamentais; b) garanta que o departamento ou grupo de *compliance* da empresa tenha independência na estrutura hierárquica societária; c) realize a averiguação dos livros de registro da atuação desse grupo; d) implemente fiscalizações pontuais para avaliar se o grupo está cumprindo sua finalidade de detecção de violações às normas; e e) abra processos administrativos contra empresas que tenham subvertido a atuação do grupo de *compliance*.” ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5. ed. rev. ampl. – London : Laccademia Publishing, 2019.

⁵ Para Márcio Iorio Aranha, “para que se justifique, entretanto, o uso da forma regulatória de comando-sanção, o regulador deve: a) identificar interesses envolvidos ou potencialmente afetados de tal monta e importância que não justifiquem arriscar a adoção de formas cooperativas; b) identificar o risco de que formas autorregulatórias reguladas gerem cooptação; c) demonstrar que os custos envolvidos na autorregulação regulada excedem os benefícios por se tratar de padrões ou requisitos que seriam melhor aplicáveis a todo um setor ou conjunto de regulados uniformemente.” Op. cit..

⁶ FERRARI, Isabela. *Nova Governança. Insights para o aprimoramento da regulação estatal*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). Brasília: AJUFE, 2019, p. 97-116.

econômica prestada pela iniciativa privada. Ele teria, assim, abandonado a opção de prestar a atividade econômica diretamente, como empresário, e migrado para uma posição de subsidiariedade de atuação, mas persiste o seu dever de protagonizar a promoção e a concretização de direitos fundamentais sociais. O que se alterou foi apenas o método para esse fim.

O “novo” Estado, “Estado Regulador”, teria uma razão de ser que pode ser assim definida: “*não tendo dado certo com burocratas, tentaremos com experts...*” Isso por que a disciplina da atividade econômica seria atribuída a técnicos, com notório conhecimento nas áreas a eles submetidas, dotados de garantias legais a conferir independência e imparcialidade de atuação, para a realização de uma intervenção mais eficiente, estável, adequada, científica. O objetivo estaria relacionado eminentemente à ideia de atrair investimentos estrangeiros.

E é por isso que, equivocadamente, entende-se por *regulação*, no Brasil, de forma geral, a atividade prestada por agências reguladoras, *em um contexto de comando e controle*. Este texto reconhece esse reducionismo e o toma como definição inicial para o termo. Mas pretende demonstrar que regulação da atividade econômica é muito mais do que apenas aquela realizada pelo Estado, unilateralmente, e compreende que *todas as formas de regulação econômica encontram legitimidade na Constituição de 1988*. Também pretende realçar ser enviesada a concepção que necessariamente associa regulação econômica ao afastamento do Estado da disciplina da atividade econômica.

2. Regulação, Estado Regulador e Estado Liberal

No livro *Prophets of Regulation*, datado da década de 1980, o historiador Thomas K. McCraw dispôs-se a investigar a vida de 4 grandes nomes relacionados à regulação americana: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis e Alfred Kahn. Os personagens não foram escolhidos aleatoriamente, o autor os identificou como aqueles que

mais influenciaram a evolução histórica americana no tema. A história da regulação americana confunde-se com a história de vida de cada um deles, em sua concepção.

O motivo que levou McCraw a pesquisar o assunto decorreu de sua curiosidade em compreender aquilo que ele denominou de “*mistérios que aparentemente envolvem a história da regulação estatal americana*”. Em suas palavras: “*Por que a regulação falhou tão frequentemente no intuito de servir ao ‘interesse público’ que era o seu objetivo? E por que, se as comissões têm se mostrado tão ineficientes, elas permanecem ativas como partes aparentemente permanentes do governo?*”

Embora, ao final de sua pesquisa, o autor defenda que, além de fracassos, houve também vitórias, essas perguntas soam incômodas quando se sabe terem sido formuladas antes mesmo da adoção do modelo no Brasil. Sabe-se que o País foi fortemente influenciado pela experiência americana na matéria.

Nesse ponto, aliás, convém esclarecer a inadequação de uma das principais críticas à instituição de agências reguladoras no Brasil: a de que elas teriam sido inspiradas em um modelo de um país liberal. É bem verdade que, nos EUA, identifica-se um espaço de preservação da liberdade, inclusive econômica, em patamares *bem mais largos* que o Brasil e todos os demais países integrantes da América Latina. Entretanto, os EUA conheceram momentos de redução dessa liberdade em nome de uma atuação estatal mais presente *e a regulação americana decorreu exatamente desse movimento*⁷. Relembre-se que o sistema de *common law*, em que se insere aquele país, valoriza o pragmatismo, a flexibilidade, a rapidez e a formação jurisprudencial do Direito⁸. O modelo das agências constituíram, neste cenário, *uma forma coerente de o Estado*

⁷ Sobre isso, confira: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In CARDOZO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸ NAVES, Rubens. *Agências Reguladoras: Origens e Perspectivas*. In FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 123 a 134.

*se fazer presente na economia, quando as decisões políticas assim determinavam. Anote-se, inclusive, que a Constituição americana não contém qualquer previsão acerca da implementação de autoridades administrativas independentes*⁹.

Portanto, *naquele país, a regulação surgiu e se desenvolveu em cenário de opção pela intervenção estatal e de abandono, em determinados momentos históricos, da crença no mercado e nos agentes como protagonistas do desenvolvimento econômico.*

É por isso que se pode dizer que, embora o Brasil tenha se influenciado pelas agências americanas, o paradigma utilizado não carrega em si a característica de liberalização econômica. Optar por entregar a disciplina da atividade econômica a um ente integrante da Administração Pública indireta não implica, intrinsecamente, em um movimento de liberalização, antes representa a opção por outra forma de discipliná-la. Só se poderá vincular o modelo das agências a um movimento de maior liberdade econômica se à instituição delas se agregarem outros elementos que permitam afirmá-lo.

É bem verdade que, no Brasil, a passagem de um Estado empresário, prestador direto de produtos e serviços, essencialmente por intermédio de privatizações, para um estilo de intervenção em que a iniciativa privada atua prioritariamente e sob sua supervisão e disciplina poderia dar ensejo a se identificar, em tese, um movimento de recuo e, portanto, de caminhada rumo a um modelo mais liberal de economia. *Entretanto, para assim concluir, há que se analisar como o Estado se comportará na sua nova função.*

É de se registrar, no ponto, existirem também aqueles que classificam o período identificado como de instituição de um Estado Regulador no Brasil como a opção por um “meio termo” entre Estado Liberal e Social. Esses autores deixam claro a concepção de que a “nova”

⁹ Sobre o tema, confira: ARANHA, Marcio Iorio. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório. 5. ed. rev. ampl. – London : Laccademia Publishing, 2019.

realidade pretendia apenas endereçar melhor as disfunções decorrentes da atuação estatal na economia, mas não representariam abdicação, por parte Estado, de seu papel de disciplinador da atividade econômica¹⁰.

A história político-econômica brasileira revela, contudo, tendo em perspectiva os últimos vinte e cinco anos de regulação no Brasil, que não se realizou nada próximo de uma liberalização da economia com a sua adoção. Tampouco concretizou-se um “meio termo” entre Estado Liberal e Estado Social. Persistiu, no País, a realização de um Estado de Bem-Estar Social, no período compreendido a partir de meados da década de 1990 até pelo menos o ano de 2019. De fato, a intervenção estatal, *renovadamente vigorosa*, apenas se realizou sob uma outra roupagem.

3. Regulação no Brasil

Já se afirmou a resistência forte com que as ideias de Estado Regulador foram recebidas pela expressiva maioria dos autores jurídicos no Brasil, quase sempre associada à crítica contra a redução do Estado¹¹. Inúmeros são os trabalhos em que se pode observar uma objeção contundente ao modelo – embora ele tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro de forma legítima – associando-lhe a uma opção ideológica momentaneamente vitoriosa¹².

Até a Constituição de 1988 não se pode identificar, com clareza, uma intenção deliberada de se instituir um modelo regulador de Estado, embora um ou outro episódio aparentemente indique o contrário. É o caso, por exemplo, da instituição do Banco Central do Brasil, no

¹⁰ ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5. ed. rev. ampl. – London : Laccademia Publishing, 2019.

¹¹ Confira, por exemplo, a obra seguinte, que associa o fenômeno da regulação no Brasil ao “mito do Deus mercado”: FIGUEIREDO, Marcelo. Prefácio. FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 11-16.

¹² NAVES, Rubens. *Agências Reguladoras: Origens e Perspectivas*. In FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 123 a 134.

longínquo ano de 1964. A autarquia, apesar de anteceder o modelo no país e guardar especificidades em relação às agências criadas na década de 1990, talvez possa ser identificada como um movimento pontual de instituição embrionária de um Estado Regulador no País.

Até a Constituição de 1988, o Estado brasileiro pautou-se, essencialmente, por um modelo de intervenção estatal tradicional, realizada dentro dos parâmetros clássicos decorrentes da teoria da separação de poderes: o Legislativo detém a prerrogativa primordial de elaborar as leis, e o Executivo, a prerrogativa primordial de implementar as políticas públicas, o que se fazia prioritariamente por meio da administração pública direta.

Afora um período inicial de adoção constitucional de um modelo liberal, especificamente nos Textos de 1824 e 1891 (embora o mercado brasileiro revelasse ainda bastante incipiente àquela época), as décadas de 1930 a 1980 conheceram uma fase de intervenção direta crescente do Estado na economia, inclusive por meio da criação de inúmeras empresas estatais. A intervenção se dava, portanto, de forma direta (empresas estatais) e também indireta (regulamentação das atividades econômicas). Há quem, inclusive, se refira a um processo constante de inchamento do Estado brasileiro, ao longo de muitas décadas, a qual não teria resistido à onda mundial de esvaziamento do modelo do Estado como protagonista do processo econômico¹³.

A alteração desse cenário deu-se especialmente a partir da Constituição de 1988. Seu Título VII, disciplinador da Ordem Econômica e Financeira, admitia expressamente os seguintes limites para a atuação estatal na economia: i) de forma direta, por meio de empresas, a atuação deveria ser excepcional, apenas diante de hipóteses de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173); ii) de forma indireta, como agente normativo e regulamentador da economia, admite-se a

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 87-110.

atuação sob forma de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último apenas indicativo para o setor privado (art. 174).

Na realidade, a implantação de um modelo diferente de atuar na economia, por parte do Estado, não decorreu, naquele instante, de uma vitória ideológica. Como sempre ocorre, a realidade econômica implacável ditou as mudanças de curso necessárias e que o Direito deveria cuidar de viabilizar. Crise fiscal e econômica, a necessidade de se propiciar melhor qualidade de vida para as pessoas, especialmente no que se refere ao acesso a bens e serviços, impunham a necessidade de se rever a forma de atuação estatal na economia. Nesse contexto, experiências estrangeiras indicavam um outro caminho¹⁴, em que se substituiu a administração burocrática por um modelo de administração gerencial em temas econômicos. Inspirados nessas experiências, o governo federal instituiu, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Estado. Sucessivas emendas constitucionais alteraram o Texto original de 1988 para autorizar a abertura econômica do País. Em duas delas, cuidou-se de incluir no Texto a previsão de instituição de entidades reguladoras: no art. 20, XI, admitiu-se o modelo para o mercado de telecomunicações e, no art. 177, para o setor do petróleo. Na sequência, inúmeras outras agências foram criadas, para os setores de energia elétrica, saúde suplementar, vigilância sanitária, água, aviação civil, transportes terrestres, transportes aquaviários, cinema, fundamentadas, estas últimas, no espaço interpretativo autorizado pelo texto do artigo 174 da Constituição.

A expectativa era de que regulação que surgia no Brasil correspondia à opção por uma modalidade de intervenção em que prevaleceria a consensualização, a procedimentalização e a maior transparência da atuação da Administração Pública sobre a atividade econômica, em que o Estado adquiriria a concepção de mediador, árbitro,

¹⁴ Sérgio Guerra atribui a ideia de descentralização governamental, ocorrida no Brasil na década de 1990, à influência do movimento estruturado no Reino Unido, denominado *new public management* (NPM), além da influência americana. Op. Cit.

e admitia a capacidade privada de conduzir prioritariamente o fenômeno econômico. Todos esses acontecimentos indicariam, em tese, um movimento efetivo pela redução do Estado na economia. A prática regulatória do Brasil não confirmou a tese.

A primeira dificuldade encontrada consistiu em enquadrar adequadamente as novas entidades no sistema de *civil law* ao qual o Brasil se alinha. Conforme afirmado acima, o modelo de criação de entidades autônomas e especializadas, eminentemente técnicas e dotadas de autonomia em relação ao governo, surgiu em um contexto de pragmatismo e eficiência, próprio dos Estados Unidos da América e para cujos questionamentos o *common law* oferece respostas. A primeira dificuldade por aqui consistiu, exatamente, em atribuí-las funções que alargavam, para além do comumente admitido, os sistemas de freios e contrapesos do modelo de separação de poderes. Ademais, o nível de independência que o modelo permite abalava as bases da estrutura hierárquica conhecida. Como permitir o poder atribuído à agência para dar a palavra final nos recursos administrativos decorrentes de suas ações, afastando a autoridade do Ministro da pasta respectiva, por exemplo?

O principal ponto de conflito, ainda carente de solução precisa nos dias atuais, consiste no poder normativo atribuído às agências. Em tese, elas deteriam poder de disciplinar o setor a elas atribuído, observado o princípio da legalidade (*delegation with standards*), em busca de tecnicidades, eficiência. Inúmeros foram os doutrinadores que rejeitaram essa possibilidade, tendo por base exatamente o argumento da separação de poderes. Forte corrente doutrinária desenvolveu-se no sentido de que elas apenas poderiam produzir normas de efeitos internos, dirigidos à própria agência ou às normas constantes do edital de licitações, por exemplo. A função normativa primária seria precípua do Poder Legislativo e de forma extravagante pelo Chefe do Executivo. O tema foi levado diversas vezes ao Judiciário, em situações específicas em que um dos agentes do setor viu-se prejudicado pela norma produzida pela agência.

Ainda nos dias atuais não há uma definição precisa e segura sobre o tema, especialmente no Judiciário.

O primeiro grande desafio entregue ao ordenamento jurídico brasileiro, portanto, em um cenário de opção por agências reguladoras como forma de solucionar os problemas econômicos brasileiros, consistiu em sua legitimação. Observe-se que, para além das previsões expressas no caso de telecomunicações e petróleo, o Texto constitucional de fato abre espaço para a instituição de entidades reguladoras, especificamente no artigo 174, conforme se afirmou. Mas legitimar suas atividades e prerrogativas revelar-se-ia mais complexo, tendo em vista os problemas pontuais de que foram se apresentando.

Ao longo dos 25 anos de prática do modelo no Brasil, muitos desafios se apresentaram. Eles podem ser sumarizados nas seguintes constatações:

1. em muitas oportunidades, as agências tiveram sua independência e autonomia colocadas à prova;
2. em diversos episódios alegou-se excesso regulamentador por parte delas;
3. a efetiva autonomia orçamentária e financeira muitas vezes não se confirmou;
4. nem sempre a escolha dos diretores e conselheiros das agências atendeu às exigências indispensáveis para o trabalho adequado e imparcial - episódios de demora na indicação de nomes atrapalharam o cronograma das entidades, nomes sem atendimento a requisito técnico foram indicados, muitas vezes decorrentes de indicação política;
5. por vezes, iniciativas do Executivo ou do Legislativo surpreenderam as agências com inversão de propósito de tecnicismo;
6. a prática regulatória muitas vezes desconsiderou aspectos concorrenciais que ela deveria observar;

7. identificou-se um excesso de regulamentação apto a desestimular o investimento privado, mas, sobretudo, alegou-se ausência de evidências seguras ou empíricas da capacidade de determinados regulamentos de alcançar a finalidade desejada.

Entre os consumeristas, advoga-se a incapacidade das entidades de atender às suas expectativas de melhoria de bem-estar. De forma geral, eles reclamam da ausência de efetiva participação social nos processos decisórios das agências. Como forma de correção de rumos nesse ponto, indicam, por exemplo, ajustes da seguinte ordem: “(a) existência de canais institucionalizados e condições para a participação dos consumidores; (b) transparência de atos, procedimentos e processos decisórios; (c) acesso à informação e resultados das ações dos órgãos; e (d) divulgação do órgão e mecanismos de contatos para os consumidores”¹⁵.

Há que se sublinhar, no ponto, que as maiores críticas aos resultados obtidos nos EUA quanto à opção regulatória recaem exatamente na falência do modelo quando realizado *ao modo comando e controle*. Seus críticos põem em dúvida esse método como eficaz quando se tem uma definição unilateral de estratégias de controle a milhares de empresas e indivíduos, em um país grande, diversificado em termos de geografia, costumes, capacidades financeiras estaduais¹⁶.

¹⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes (Coord.). Agências reguladoras e a tutela dos consumidores. Série Pensando o Direito n. 21/2010. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Brasília: Ministério da Justiça. 2010. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/21pensando_direito.pdf

Observe-se que a posição prevalecente na jurisprudência é de que somente há relação de consumo nas hipóteses de serviços públicos *uti singuli*, ou seja, aqueles prestados de forma divisível e remunerados por tarifa ou preço público, além de se exigir a existência, no caso concreto, de um “consumidor” nos termos definidos pelo Código. Sobre isso: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Código de Defesa do Consumidor e serviços públicos: balanço e perspectivas. Revista de Direito do Consumidor, vol. 104, ano 25, p. 65-98. São Paulo: Ed. RT, mar-abril 2016.

¹⁶ SUSTEIN, Cass R. *Paradoxes of the Regulatory State*, 57 University of Chicago Law Review 407 (1990).

Tudo indica que, no Brasil, o movimento estatal de intervenção na economia adotado a partir de 1988, passando a priorizar a forma indireta (regulação) sobre a direta (empresas estatais e regulamentação), não representou um abandono da mão pesada sobre a atividade econômica e infirmou a utilização do modelo como forma de afastamento do Estado do fenômeno econômico ou abertura ao protagonismo privado. A regulação ao modo “comando e controle” mostrou seus resultados. Adotou-se, portanto, no país, o modelo americano exatamente no ponto em que ele apresenta fragilidades.

De fato, mesmo no país considerado o paradigma do Estado Regulador, o modelo encontra-se em questionamento. E não se tratam de críticas originárias exclusivamente de pensadores liberais, especialmente tendo em conta que lá, a regulação surgiu como movimento de avanço do Estado sobre o domínio econômico. Se liberais o fazem, estudiosos mais afetos à temática da intervenção estatal na economia também têm reconhecido as falhas do modelo. É o caso de Cass Sustein, por exemplo, que aponta “paradoxos do Estado Regulador”, sobretudo nos casos em que seus custos superam seus benefícios ou em que a regulação tem consequências adversas indesejadas, muitas vezes piorando a situação que visava melhorar¹⁷. Estes, claramente, rejeitam a ideia de abandono da opção pela regulação, defendendo, todavia, a necessidade de seu aprimoramento.

A proposta de reforma do Estado Regulador já não é tão recente em outras jurisdições. A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), desde a década de 1990, tem promovido discussões e publicações voltadas para a temática da regulação eficiente, que atente para os altos custos desnecessários que a

¹⁷ São esses os “paradoxos” identificados por Sustein: “*Paradox 1: Overregulation Produces Underregulation. Paradox 2: Stringent Regulation of New Risks Can Increase Aggregate Risk Levels. Paradox 3: To Require the Best Available Technology is to Retard Technological Development. Paradox 4: Redistributive Regulation Harms Those at the Bottom of the Socioeconomic Ladder. Paradox 5: Disclosure Requirements May Make People Less Informed. Paradox 6: Independent Agencies are not Independent.*” Id. Ibidem.

regulação mal feita pode gerar à iniciativa privada e à sociedade¹⁸. Instrumentos como a Análise de Impacto Regulatório (AIR) passaram a ser estimulados. A busca por uma *melhor regulação* passou a dar o tom dos debates.

Há quem se refira a um movimento em favor de uma “Nova Governança”, expressão ainda sem um conceito acabado. Essa corresponderia à tentativa de encontrar novas soluções regulatórias capazes de superar as deficiências da tradicional regulação estatal, especialmente aquela que se dá pela forma de comando e controle¹⁹. São identificados e sugeridos, nesse cenário, mecanismos que buscam flexibilizar a rigidez da unilateralidade na condução da intervenção estatal, tais como a realização de consultas e audiências públicas, o engajamento dos regulados no processo de construção normativa, a criação de *sandboxes* regulatórios, entre outros.

Julia Black, professora da *London School of Economics*, identifica, na contemporaneidade, uma fase que denomina de “Estado Pós-Regulatório”²⁰, em que a regulação se dá de forma policêntrica, emanada de múltiplos agentes, e em que se resgata a participação privada no encaminhamento da economia e de sua própria disciplina. Reacender-se-ia, nesse contexto, a proposta de *autorregulação* como solução mais eficiente ou, ao menos, em um cenário de cooperação com o Estado, a *corregulação*. Nas palavras de Black, “*a autorregulação não é apenas uma opção de que a Administração Pública pode se valer, mas um fato inescapável da vida. A regulação da autorregulação constitui o novo*

¹⁸ RAGAZZO, Carlos. *Coordenação efetiva e sistematização. Novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). Brasília: AJUFE, 2019.

¹⁹ FERRARI, Isabela. *Nova Governança. Insights para o aprimoramento da regulação estatal*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). Brasília: AJUFE, 2019, p. 97-116.

²⁰ BLACK, Julia. *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World*. *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146.

desafio. Mas a determinação é de que os Estados regulem a autorregulação em um modelo ‘pós-regulatório’.

Está posta novamente a discussão sobre o caráter ideologicamente “liberal” da regulação, agora, no cenário “pós-regulatório”.²¹ É que admitir a participação direta dos agentes privados na disciplina da atividade econômica representaria, na opinião de alguns, um retorno do “*laissez faire*”. O que não se reconhece escancaradamente, entretanto, e que deveria sê-lo, é que, mais uma vez, os fatos e a realidade contundente revelam a incapacidade e a ineficiência estatal para a disciplina da atividade econômica realizada de forma unilateral e coercitiva. A mudança da forma de intervenção estatal na economia ocorrida no Brasil pós-1988, desacompanhada de uma efetiva abertura para o protagonismo privado, revelaram-se, aqui como fora, insatisfatórias quanto aos seus resultados.

E é nesse contexto que se identifica, paulatinamente, no Brasil, uma preocupação com o aprimoramento da regulação. Uma ação nesse sentido revelou-se ainda no ano de 2007. Refere-se, especificamente, ao PRO-REG, Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, criado pelo Decreto n. 6.062/2007²².

Bem mais recentemente, a partir do ano de 2019, o movimento nesse sentido se acentuou. Com atraso de algumas décadas em relação à reavaliação que o modelo vem conhecendo em outras jurisdições, o País promoveu, ao longo do ano referido, uma sequência de alterações legais hábeis a renová-lo.

É o caso, por exemplo, da Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, que representa o marco legal das agências reguladoras no Brasil. Desde

²¹ Confira, a propósito, a resistência dos autores em uma proposta que resgate o *laissez faire*: CAFAGGI, Fabrizio e RENDA, Andrea. *Public and Private Regulation. Mapping the Labyrinth*. CEPS Working Document, No. 370, September 2012.

²² RAGAZZO, Carlos. *Coordenação efetiva e sistematização. Novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). Brasília: AJUFE, 2019.

a implantação do modelo no País, cada agência reguladora contava com a sua própria lei, e seus limites e escopos de atuação encontravam-se nela estabelecidos. Isso ocasionava um cenário de falta de normalização e alinhamento geral do modelo. A Lei teve a importância de solucionar esse ponto. Ademais, ela incorporou diversos mecanismos “pós-regulatórios” de aprimoramento do modelo. É o caso da obrigatoriedade de instituição de planejamento estratégico, da determinação de apresentação de análises de impacto regulatórios (AIRs), da existência de Ouvidoria, da exigência de que suas decisões sejam obrigatoriamente públicas e colegiadas, da indicação de realização de consultas e audiências públicas, entre outros²³. Embora ainda haja quem entenda remanescer muito a se fazer a fim de tornar o modelo de fato transparente, eficiente e efetivo, é inevitável reconhecer a relevância do alinhamento empreendido entre todas elas pela instituição de um regime que a todas se aplique²⁴.

À essa Lei veio se somar, em 20 de setembro de 2019, a Lei da Liberdade Econômica (LLE). Ao instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecer garantias da livre iniciativa, a LLE constitui o marco jurídico da liberdade econômica no Brasil. Em seu artigo 4º, institui o dever da Administração Pública de evitar o *abuso do poder regulatório* e elenca situações em que isso se verifica, entre elas a criação de reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrente; a redação de enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; a exigência de especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado, entre outras. Resgatar o direito fundamental à liberdade econômica revela-se

²³ Sobre os reflexos da Lei na disciplina do consumidor, confira: MAFFINI, Rafael; CARVALHO, Luciana Luso de. Nota sobre a Lei 13.848/2019 – Lei das agências reguladoras e a defesa do consumidor. Primeiras impressões. Revista Direito do Consumidor, vol. 124, ano 28, p. 453-461. São Paulo: Ed. RT, jul-ago 2019.

²⁴ GUERRA, Sergio e SALINAS, Natasha. Lei das Agências Reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória. Jota, 08.10.2019. In: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019>

importante no cenário global de retomar ao protagonismo à iniciativa privada na condução da atividade econômica.

Carlos Ari Sundfeld, já há alguns anos, denunciava no Brasil a tendência constante “*de considerar compatíveis com o direito à liberdade econômica níveis cada vez maiores de regulação, legal ou administrativa, com instrumentos cada vez mais variados e potentes.*” Em sua opinião, o direito constitucional à liberdade econômica não representou uma barreira muito forte ao aumento da regulação das atividades privadas²⁵. Tem razão o Professor. A novel disciplina jurídica do direito constitucional à livre iniciativa, propiciada pela LLE, reacende o valor que ele encerra e autoriza uma guinada interpretativa do ordenamento jurídico. Isso não é pouco. *O movimento legitima definitivamente a própria alternativa de regulação da atividade econômica que conte com a atuação ativa dos agentes privados.*

Essa Lei vem recebendo regulamentações pontuais. É o caso do Decreto n. 10.229, de 05 de fevereiro de 2020, que trata do “direito de desenvolver, executar, operar ou comercializar produto ou serviço em desacordo com a norma técnica desatualizada”. Segundo seu texto, na hipótese de uma norma técnica, emanada de uma agência reguladora, estar desatualizada em relação a outros organismos reguladores mundiais, o agente privado poderá obter o direito de se orientar por essas normas internacionais. Tais normas consistiram especificamente naquelas provenientes da Organização Internacional de Normalização (ISO), da Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC), da Comissão do *Codex Alimentarius*, da União Internacional de Telecomunicações (UIT) e da Organização Internacional de Metrologia Legal (OIML).

A iniciativa não ficou indene de críticas. Entre elas, afirmou-se que a ideia subjacente ao Decreto sustenta-se na crença de serem as normas internacionais mais legítimas e coerentes. Sustenta-se também que o

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In GUERRA, Sergio (Org). Regulação no Brasil : uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

modelo teria sido desenhado de forma a gerar fortes pressões sobre os órgãos reguladores do país²⁶. A verdade é que o Decreto pode se enquadrar na classificação denominada de *rerregulação*, diretamente associada à ideia de desregulação. *A rerregulação representa precisamente a substituição de normas obsoletas ou inadequadas por outras, atualizadas, e produzidas com a participação da sociedade civil*²⁷.

Outras iniciativas legislativas pontuais de revisão e maior abertura à iniciativa privada também podem ser identificadas. A mais significativa delas talvez possa ser identificada como a abertura do mercado de aviação civil brasileira ao capital estrangeiro, propiciado pela Lei n. 13.842, de 17 de junho de 2019. Essa alteração tem o condão de representar uma reviravolta na atuação da agência reguladora do setor, a ANAC e, sobretudo, na competitividade do mercado em questão.

Por fim, e não menos importante, há que se registrar as diversas iniciativas do governo federal, a partir de 2019, de fomento à *autorregulação* ou à *corregulação*. No âmbito das telecomunicações, as principais empresas atuantes no setor instituíram, via *autorregulação*, um portal para solucionar a situação de consumidores que não desejam receber ofertas de produtos e serviços. A iniciativa foi acompanhada à distância, mas de forma receptiva, pelos órgãos federais. Tudo indica que a ação deverá se tornar mais abrangente. No âmbito do Ministério da Justiça, noticia-se a intenção de se instituir um guia de *autorregulação* do comércio eletrônico, especificamente pelo Conselho Nacional de Combate à Pirataria. Dentro das atribuições do Banco Central do Brasil, busca-se instituir uma disciplina do *Open Banking* que se valerá de *autorregulação* para fins de garantir a interoperabilidade e padronização de sistemas. Essas duas últimas ações aparentemente terão a qualidade

²⁶ SALINAS, Natasha e GOMES, Lucas Thevenard. O Estado regulador sob revisão: possíveis impactos do Decreto 10.229/20. Jota, 08.02.2020. In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-estado-regulador-sob-revisao-possiveis-impactos-do-decreto-10-219-20-08022020>

²⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In CARDOZO, José Eduardo Martins et al. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.

de *autorregulação regulada*. A atuação da Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça (SENACON), por sua vez, tem deliberadamente feito a opção por medidas de *autorregulação e correção*. Para melhor disciplinar os empréstimos consignados, por exemplo, a SENACON adotou recentemente uma solução de *correção*²⁸.

4. Conclusão

Defensores das teorias liberais são muitas vezes inadequadamente rotulados como defensores de um Estado inexistente. Nada mais injusto. Não é essa a proposta de Adam Smith, um dos principais teóricos do modelo. Milton Friedman, por sua vez, atribui ao Estado diversas funções e textualmente afirma que o liberal coerente não é anárquico²⁹.

Entretanto, Friedman também assevera que, em um Estado liberal, as funções deste estão delimitadas com clareza. Embora houvesse uma expectativa de que movimento estatal nos últimos 30 anos em seu papel de interventor no domínio econômico representasse um recuo, a realidade nos informa que ele não abriu mão, todavia, de seu protagonismo. O Estado manteve sua presença forte e coercitiva, crescente e sufocantemente enraizada no mercado. A tese do afastamento não se revelou na prática. Não houve período de *liberalização econômica* no Brasil com o advento do Estado Regulador. Tampouco a Constituição de 1988 instituiu um Estado Liberal no Brasil. Roberto Campos estava correto quando afirmava não ter a onda liberalizante que atingiu o mundo ocidental na segunda metade do séc. XX alcançado o Brasil³⁰.

Se os resultados obtidos fossem alvissareiros, apesar do Estado grande, essas discussões sobre o seu tamanho que hoje se apresentam

²⁸ Entrevista Luciano Timm : <https://www.oconsumerista.com.br/2019/12/decreto-sac-lgpd-procons-senacon/>

²⁹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade* . LTC Editora. Edição do Kindle.

³⁰ CAMPOS, Roberto. *A Constituição contra o Brasil* . LVM Editora. Edição do Kindle.

no País não precisariam ocorrer. Tampouco faria sentido a instituição de uma nova fase da disciplina da atividade econômica, em que se resgatam valores da liberdade econômica e se redesenha o modelo regulatório.

O aspecto mais relevante da história contemporânea da reconfiguração do Estado interventor no Brasil decorre da constatação de que *o que levou a essa mudança de curso não foi o desenvolvimento teórico ou a vitória dos defensores de um modelo liberal, mas a experiência contundente*. Mais correto é afirmar que a experiência contundente e seus resultados frustrantes têm conduzido ao crescente interesse e ressurgimento de uma mentalidade liberal de recuo do Estado do fenômeno econômico.

E é por isso que se estranha as críticas direcionadas à nova etapa da disciplina regulação do Brasil. Ela nada mais representa que uma correção de rumos, absolutamente necessária e legítima.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In CARDOZO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.\

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5. ed. rev. ampl. – London : Laccademia Publishing, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 87-110.

BLACK, Julia. *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory'*. *WorldCurrent Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146.

CAFAGGI, Fabrizio e RENDA, Andrea. *Public and Private Regulation. Mapping the Labyrinth*. CEPS Working Document, No. 370, September 2012.

CAMPOS, Roberto. *A Constituição contra o Brasil*. LVM Editora. Edição do Kindle.

FERRARI, Isabela. *Nova Governança. Insights para o aprimoramento da regulação estatal*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). Brasília: AJUFE, 2019, p. 97-116.

FIGUEIREDO, Marcelo. Prefácio. FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 11-16.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. LTC Editora. Edição do Kindle.

GUERRA, Sergio. *Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira*. In GUERRA, Sergio (Org). *Regulação no Brasil : uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GUERRA, Sergio e SALINAS, Natasha. *Lei das Agências Reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória*. Jota, 08.10.2019. In: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019>

JORDANA, Jacint e LEVI-FAUR, David. *The politics of regulation in the age of governance*. In Jacint Jordana & David Levi-Faur (ed.), *The Politics of Regulation*, chapter 1, Edward Elgar Publishing, 2004.

MAFFINI, Rafael; CARVALHO, Luciana Luso de. *Nota sobre a Lei 13.848/2019 – Lei das agências reguladoras e a defesa do consumidor*. Primeiras impressões. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 124, ano 28, p. 453-461. São Paulo: Ed. RT, jul-ago 2019.

NAVES, Rubens. *Agências Reguladoras: Origens e Perspectivas*. In FIGUEIREDO, Marcelo (Org). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 123 a 134.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Código de Defesa do Consumidor e serviços públicos: balanço e perspectivas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, ano 25, p. 65-98. São Paulo: Ed. RT, mar-abril 2016.

RAGAZZO, Carlos. *Coordenação efetiva e sistematização. Novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil*. In MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (Orgs.). Brasília: AJUFE, 2019.

SALINAS, Natasha e GOMES, Lucas Thevenard. O Estado regulador sob revisão: possíveis impactos do Decreto 10.229/20. *Jota*, 08.02.2020. In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-estado-regulador-sob-revisao-possiveis-impactos-do-decreto-10-219-20-08022020>

SODRÉ, Marcelo Gomes (Coord.). *Agências reguladoras e a tutela dos consumidores*. Série Pensando o Direito n. 21/2010. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Brasília: Ministério da Justiça. 2010. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/21pensando_direito.pdf

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*. In GUERRA, Sergio (Org). *Regulação no Brasil : uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

SUSTEIN, Cass R. *Paradoxes of the Regulatory State*, 57 *University of Chicago Law Review* 407 (1990).