33

Teoria da Regulação

Fernando Dias Menezes de Almeida

1. Introdução. 2. Reflexos da realidade econômica sobre o direito administrativo. 3. Regulação: questões terminológicas. 4. Regulamentação. 5. Regulação no ordenamento jurídico brasileiro: 5.1 Constituição Federal, art. 174 – 5.2 Constituição Federal, art. 21, XI e art. 177, § 2º, III – 5.3 Leis de criação das agências reguladoras. 6. Regulação na visão da doutrina.

1 Introdução

O propósito do presente capítulo, neste *direito administrativo econômico*, não é apresentar algo como uma "Teoria da Regulação", mas, sim, oferecer ao leitor, do ponto de vista do direito administrativo e no contexto brasileiro, algumas reflexões preliminares[1] sobre este que é um dos temas – se não o principal – que atualmente constituem vetores de evolução da doutrina administrativista no Brasil.

Se, escrevendo em fins do ano 2000, Calixto Salomão[2] registrava que "o próprio termo 'regulação' é, de resto, raramente usado, e, quando o é, geralmente é identificado à autorregulação ou desregulamentação", passados quase 12 anos, o que se verifica é uma profusão de livros, artigos e outros estudos de direito administrativo sobre o tema.

A partir dessa constatação, duas ressalvas devem ser feitas desde já.

Em primeiro lugar, como adiante se pretende ilustrar, ainda não existe na doutrina pátria amadurecimento suficiente para que se configure univocidade de sentido para o conceito de *regulação* aplicado ao direito administrativo.

---

[1] *Regulação*, nesta obra, já é objeto do capítulo intitulado "A Intervenção do Estado no Domínio Econômico" (de autoria de André Ramos Tavares, na Parte III, supra), assim como recebe aprofundamentos específicos nos dois capítulos: As Vicissitudes da Regulação Econômica Estatal: Reflexão sobre as Lições do Direito Norte-Americano em Comparação com o Direito Brasileiro, de autoria de Marcos Augusto Perez, e Regulação e Economia: Conceito e Características Contemporâneas (de autoria de Alexandre Santos de Aragão) (nesta mesma parte).

[2] Calixto Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos jurídicos, 1. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 13-14.

Em segundo lugar, bastante cautela há que se impor para que teorizar sobre regulação não ganhe características de modismo efêmero, com tendência a exagerar as virtudes "revolucionárias" e "inovadoras" do objeto estudado, em detrimento de sólidas conquistas da doutrina administrativista, nesses aproximadamente dois séculos de existência.

A investigação do fenômeno da regulação não deve partir de visão que enxerga um instituto de todo novo, rompendo com os instrumentos pelos quais o direito administrativo brasileiro já vem atuando; nem negar que haja qualquer novidade a se acrescentar na teoria administrativista.

Com efeito, *regulação* é conceito que existe há tempo, mas tradicionalmente não era concebido, pela doutrina brasileira, dentre as peças fundamentais da edificação do direito administrativo. Agora voltou à evidência, buscando os autores adaptá-lo para em torno dele construírem o tratamento jurídico da situação fática facilmente constatável de que as instituições estatais no Brasil têm alterado seu modo de agir, sobretudo em sua interface com os agentes que exploram atividades econômicas em sentido amplo.

Parece, assim, que toda ênfase que atualmente os administrativistas pátrios dão ao conceito de *regulação* vem não para preencher uma suposta lacuna do direito administrativo no plano teórico e abstrato, mas antes para atender a uma necessidade de que as instituições jurídicas acompanhem uma significativa alteração na realidade econômica brasileira.

2 Reflexos da realidade econômica sobre o direito administrativo

Este último viés merece ser explorado. Nesse sentido, entre outros possíveis elementos de análise, a mudança substancial, ao longo dos últimos 30 anos, do perfil da formação bruta do capital fixo no país (o que permite identificar a disponibilidade de capital para investimento) é um aspecto fundamental a ser considerado,[3] pois em muito esclarece a inexorável modificação da ação estatal em matéria de atividades econômicas. Numa análise de curto prazo, considerando-se dados do IBGE, a participação do Setor Público (somados os três níveis da Federação) na formação bruta do capital fixo era, em 1996, de 22% (contra 78% do Setor Privado), caindo em 2000 para 13,5% (contra 86,5% do Setor Privado). A diferença é ainda mais notável se verificados dados de fins da década de 60 do século passado, quando a participação do Setor Público era de aproximadamente 2/3, contra 1/3 do Setor Privado.

Não cabe, aqui, investigar as causas dessa modificação, nem as tendências ideológicas que a acompanham. Mas sua consequência evidente foi o abandono de um modelo de organização administrativa com base em mecanismos que permitissem a exploração de atividades econômicas e a realização de investimentos diretamente pelo Estado, ou por entidades a ele vinculadas, adotando-se, em seu lugar, um modelo que contempla instrumentos pelos quais o Estado fixa as diretrizes,[4] estimula e controla a atuação dos agentes privados.

---

[3] A análise da realidade econômica brasileira, com base nesses dados, foi extraída de conferências proferidas pelo Secretário de Ciência, Tecnologia, Desenvolvimento Econômico e Turismo do Estado de São Paulo, João Carlos de Souza Meirelles.

[4] Observados, no caso brasileiro, os limites do art. 174 da CF.

Desse modo, sobretudo na última década, é cada vez mais frequente falar-se em *instrumentos de parcerias com o Setor Privado* e em *agências reguladoras*, e cada vez menos frequente falar-se em *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* (salvo para cuidar de sua privatização).

E não apenas no capítulo da organização administrativa sentem-se os reflexos dessa nova realidade econômica sobre o direito administrativo. Isso também ocorre na dicotomia serviços públicos/atividades econômicas, largamente explorada pelos autores nacionais e acolhida na Constituição Federal (arts. 175 e 173).

De fato, a reforçar a posição dos autores que sustentam o caráter histórico da definição dos serviços públicos, verifica-se no Brasil de hoje uma tendência de transferir para o campo das atividades econômicas ações que antes se enquadravam como serviços públicos.

Exemplo característico é o da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), ao distinguir os serviços de telecomunicações entre "serviços prestados em regime público" (arts. 79 e ss.) e "serviços prestados em regime privado" (arts. 126 e ss.). Os primeiros são sujeitos ao regime de *concessão*, próprio dos serviços públicos, nos termos do art. 175 da CF. Os segundos, ao regime de *autorização*,[5] sendo, ainda, explícita a lei, em seu art. 126, no sentido de a eles se aplicarem os "princípios constitucionais da atividade econômica".

Essa alteração da qualificação jurídica de atividades – antes consideradas serviços públicos e agora enquadradas como atividades econômicas – tem, dentre outros, o evidente objetivo de delas retirar o investimento e custeio públicos, buscando atrair a participação de capitais privados.

Nesse contexto é que os administrativistas, no Brasil, revigoraram o conceito pouco prestigiado de *regulação*, buscando adaptá-lo à nova realidade, sobretudo nas áreas da economia em que o Estado tem abandonado sua intervenção direta, cedendo espaço à iniciativa privada.

Natural, portanto, que o conceito de *regulação* tenha ressurgido a partir de estudos de direito econômico, daí chegando ao direito administrativo econômico, objeto deste *Curso*.

3 Regulação: questões terminológicas

Regulação não é conceito tradicionalmente empregado no Brasil, nem nos textos normativos, nem em estudos doutrinários de direito administrativo.

Daí decorrem não apenas uma dificuldade de precisão de seu sentido como, também, consequentes confusões terminológicas.

---

[5] Que configura típico instrumento de poder de polícia, ou seja, da ação estatal disciplinadora, limitadora e controladora de atividades privadas. Aliás, a expressão "autorização" foi acrescentada pela Emenda 8/1995 ao art. 21, XI, da CF (no qual já constava "concessão"), sugerindo que os serviços de telecomunicações passaram a poder ser enquadrados tanto como serviços públicos quanto como atividades econômicas.

Um exemplo disso é a confusão, no Brasil, entre "regulação" e "regulamentação". Tais vocábulos têm a mesma etimologia. Em linguagem leiga podem ser tidos por sinônimos.[6] Mesmo em obras jurídicas não específicas sobre a matéria essa assimilação ocorre.[7]

Todavia, "regulamentação" já possui sedimentado em nosso Direito – do ponto de vista doutrinário, a partir de sólida fundamentação no direito positivo – um sentido próprio, distinto do de "regulação", que o rigor científico impõe não seja desprezado.[8]

Uma possível causa das dificuldades de entendimento pode estar no vocábulo inglês[9] *regulate*. *Regulate*, *regulatory*, *regulation* e outras derivações são termos tradicionalmente empregados no Direito norte-americano sem que, todavia, exista em inglês algo como *regulamentate*, ou *regulamentatory*, ou *regulamentation*.[10]

Nos Estados Unidos a linguagem jurídica associa tais termos – *regulate*, *regulatory*, *regulation* – às *agencies*. Vale, todavia, lembrar que as *agencies* norte-americanas significam algo diferente das recentemente intituladas "agências" no Brasil.

Entre nós, "agência" tem sido o termo reservado para designar algumas autarquias, ou mesmo fundações públicas – "agências reguladoras" e "agências executivas" –, que gozam de um regime especial.

Já nos Estados Unidos, até com base em definição do *Federal Administrative Procedure Act*, *administrative agency* significa praticamente todo órgão ou entidade (para usar termos de nosso Direito) do Poder Executivo.[11]

A doutrina norte-americana[12] classifica algumas de suas *administrative agencies* como *regulatory agencies*,[13] investidas de competência para criar prescrições normativas (*just as*

---

[6] Caldas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. 5, Rio de Janeiro, Delta, 1958, p. 4329.

[7] De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, 1. ed., v. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1963, p. 1331.

[8] Em sentido contrário, como mais adiante se vai expor, há autores que tomam "regulação" em acepção tão ampla que incluiria, como um de seus instrumentos, a "regulamentação". Sobre a diferenciação entre *regulação* e *regulamentação* como diferença de grau, v. Alexandre Santos de Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 27-30.

[9] Sobretudo pela notória influência que atualmente os Estados Unidos exercem sobre nossos modelos de administração e economia, transbordando para o campo jurídico.

[10] Observa Odete Medauar que "o vocábulo inglês *regulation*, ao ser traduzido para Línguas Latinas, como o Francês e o Português, pode adquirir conotações diversas, em virtude da diferenciação dos verbos *règler/règlementer*, de um lado, e 'regular/regulamentar', de outro" (Regulação e auto regulação, *RDA* 228/124). A mesma autora, após apontar que o verbo *regulate* é traduzido para o Português como "regular" ou, por vezes, como "regulamentar", lembra que no Direito anglo-saxônio a edição de regulamentos se expressa pelo termo *rulemaking*.

[11] O *Federal Administrative Procedure Act*, em seu Título 5, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 551, apresenta *definitions*. Uma delas é a de *agency*. Segundo esse dispositivo, "'agency' means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: (a) the Congress; (b) the Courts of the United States; (c) the Governments of the territories or possessions of the United States; (d) the Government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title; (e) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (f) courts martial and military commissions; (g) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (h) *[outras funções referidas em dispositivos da mesma lei, que esta alínea especifica]*". Texto extraído do anexo contido em Bernard Schwartz, *Administrative law*, 3. ed. (1. ed., 1991), Aspen Law & Business, p. 715-716.

[12] Bernard Schwartz, *Administrative law*, cit., 3. ed., p. 5.

[13] Ao lado das quais existem as *social welfare agencies*, investidas de competência para conceder benefícios sociais e promover o que (em analogia com a terminologia constitucional brasileira) se poderia dizer "assistência social".

legislatures do); para decidir se a lei foi violada em determinado caso concreto, tomando medidas contra os transgressores, inclusive impondo sanções (*just as prosecutors and courts do*); e para conceder direitos para o desempenho de certas atividades a determinadas pessoas – atividades que, de outro modo, não são livres aos indivíduos em geral (*as the Crown once could do*).[14]

Percebe-se, pois, que *regulate*, nos Estados Unidos, tem sentido muito abrangente. Justamente por essa abrangência, parece ser mais adequado traduzi-lo por "regular" – e não por "regulamentar" –, com as devidas ressalvas de que nosso Direito não admite, em regra, aos órgãos administrativos toda a amplitude de poder das *administrative regulatory agencies*.

Em verdade, *regulação*, nos Estados Unidos, é expressão relacionada à própria gênese do Estado, dizendo respeito à generalidade de poderes jurídicos que o Estado tem em relação aos indivíduos.[15] Nesse sentido, a teoria norte-americana da regulação guarda um claro paralelo com a evolução das bases políticas e ideológicas da organização do Estado. Considerando-se as origens liberais dos Estados Unidos, e conotando a regulação maior interferência do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos (em especial no domínio econômico), é ilustrativo notar que lá há, mesmo, quem identifique *regulação* com uma política governamental comunista.[16]

Interessante frisar, portanto – justamente para evidenciar que não faz sentido nos influenciarmos pela teoria norte-americana[17] de regulação, sem as devidas adaptações aos contextos jurídico, político, social e econômico do Brasil –, que nos Estados Unidos "regulação" surgiu em um contexto em que conotava maior presença estatal na economia, enquanto no Brasil de hoje "regulação" sugere retirada de ênfase na presença do Estado.

Daí por que – ainda neste tópico de questões terminológicas – vale ressalvar que aquilo que os norte-americanos, com mais intensidade desde o início da década de 1980 do século passado, passaram a denominar *deregulation*, querendo significar diminuição da regulação pelo Estado (o que não significa a eliminação da ação reguladora do Estado, mas sua remodelação, *v. g.*, por meio de entidades independentes, nos moldes das nossas

---

[14] A exposição baseia-se em Schwartz, conforme citado na nota 12, sendo desse autor os comentários transcritos entre parêntesis.

[15] "As Nations developed at different times in world history, governmental regulation expanded to order the increasing complexities in society. Thus, although the colonists came to America largely to escape the various regulatory controls imposed on them in their native countries, as America matured, this Nation also was destined to follow the same historical course. Societal complexity simply requires relatively comprehensive governmental regulation. Like or not, modern life demands some national, centralized control and organization: this translates into governmental regulations" (Kenneth F. Warren, *Administrative law in the political system*, Upper Saddler River (NJ), Prentice Hall, p. 125).

[16] "Since first attempts to regulate the use of private property, there have been people who opposed such regulation on the grounds that it violates Bill of Rights guarantees, specially as found in the Fourth and Fifth Amendments. To these people, private property is sacred, and as far as they are concerned, the Constitution was originally drafted to protect rights. [...]. Today, a relatively small but vocal percentage of americans even associate government regulation with Communism. It is from this extreme position that some particularly emotional protest against governmental regulation must be understood" (Kenneth F. Warren, *Administrative law in the political system*, cit., p. 132).

[17] Por certo a principal influência que hoje se exerce sobre a teoria entre nós desenvolvida. Isso se afirma sem que se ignore, por outro lado, que a matéria vem recebendo relevante desenvolvimento em países europeus, em seu contexto nacional e, sobretudo, no contexto da União Europeia.

agências reguladoras), corresponde mais ao significado atual de *regulação* no Brasil,[18] em que pese a ter gerado entre nós a tradução "desregulação".

Associadas com a *desregulação*, duas outras ideias surgiram: *re-regulação* e *autorregulação*. Estas podem ser vistas como instrumentos de desregulação.

A *re-regulação*, nas palavras de Justen Filho, "significa a defesa da substituição das regras inadequadas por outras, mais compatíveis com a nova realidade social e tecnológica, menos onerosas para a sociedade em seu conjunto e produzidas segundo parâmetros de participação da sociedade civil".[19]

A *autorregulação*, por sua vez, seria a regulação privada, ou seja, a regulação de determinado setor da sociedade (em especial, da economia), não pelo Estado, mas por ente ou entes privados. Não se trata – bem ressaltam Albrecht e Pérez[20] –, como a expressão poderia fazer supor, de *regulação interna*, de definição de padrões de conduta pelo próprio destinatário da norma (algo como "autonomia" de cada indivíduo). Cuida-se, sim, da regulação produzida por entes privados e voltada à ação de outros entes privados.[21]

4 Regulamentação

Buscando uma aproximação de um sentido de *regulação* adequado à realidade jurídico-institucional brasileira, é conveniente principiar pela análise do sentido de *regulamentação* – como já dito, conceito tradicional em nosso Direito –, justamente para distingui-lo do de *regulação*.

Regulamentação, no Brasil, é espécie de ação estatal, envolvendo exercício do poder normativo, de caráter geral e abstrato, inerente à Administração, de competência privativa própria[22] do Presidente da República.[23]

---

[18] Nesse sentido, v. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 6. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 131. Sobre o tema da *desregulação* entre nós, v., também: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, 3. ed., São Paulo, Atlas, 1999, p.140 ss; Calixto Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, cit., 1. ed., p. 21 ss.; Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, 1. ed., São Paulo, Dialética, 2002, p. 42 ss; e estudos da autoria de Carolina Theodoro da Silva Mota (Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade), Carolina Gabas Stuchi (Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública), Danielle Hanna Rached (Desregulação e telecomunicações), Luís Fernando Massoneto ((Des)Regulação: em busca do senso perdido) e Vinicius Marques de Carvalho (Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos), in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.), *Direito Regulatório, Temas polêmicos*, 1. ed., Belo Horizonte, Fórum, 2003.

[19] Marçal Justen Filho, O direito das agências reguladoras independentes, cit., 1. ed., p. 45.

[20] Sofia Mentz Albrecht, Auto-regulação: exemplos internacionais, e Diego Selhane Pérez, "Auto-regulação: aspectos gerais", ambos in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.), *Direito regulatório, temas polêmicos*, cit., 1. ed.

[21] São exemplos de autorregulação aquela realizada, no Brasil, pelas Bolsas de Valores, pelo CONAR ou por conselhos profissionais (cf. Bruno Dário Werneck, A auto-regulação da atividade econômica no Brasil, e Eduardo Tomasevicius Filho, A auto-regulação profissional no Brasil, ambos in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.), *Direito regulatório, temas polêmicos*, cit., 1. ed.). Experiências internacionais são analisadas por Albrecht no trabalho citado na nota anterior, como o da *International organization for standardization* (ISO). Sobre o tema, v., ainda, Odete Medauar, Regulação e auto-regulação, *RDA* 228/127-128, e (em Portugal) Vital Moreira, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, Almedina, 1997.

[22] "O poder de regulamentar não deriva de delegação legislativa" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2. ed., t. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 312).

[23] Ou, conforme o caso, simetricamente, dos chefes do Poder Executivo dos demais entes da Federação.

O poder regulamentar, frise-se, é caso específico do poder normativo da Administração. Ainda que no *regulamento* – resultado do exercício do poder regulamentar –, dado seu caráter de norma geral e abstrata, se possa vislumbrar um caráter materialmente legislativo,[24] trata-se de ato do Poder Executivo.[25]

Cuida-se de ato normativo infralegal, vinculado à lei e nela fundamentando sua validade.[26] O regulamento, diferentemente da lei, não cria direito novo, não cria direitos e obrigações aos indivíduos, não pode "inovar no Direito já existente".[27]

Nas palavras de Bandeira de Mello, *regulamento* é o "ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à *execução de lei* cuja aplicação demande atuação da Administração Pública".[28]

Esse, todavia, não é o único sentido de *regulamento*, como ato normativo próprio do chefe de Poder Executivo. Esse é o dito *regulamento de execução*.

Além do *regulamento de execução*, há no Brasil regulamentos que não têm por objeto a execução de lei. São regulamentos que sequer dependem da existência de lei sobre a matéria, podendo-se dizer *regulamentos independentes*.[29] São casos de regulamentos sobre organização da própria Administração (exemplo: CF, art. 84, VI, com a redação dada pela Emenda 32/2001); ou sobre matérias que dizem respeito a direitos e obrigações dos indivíduos, excepcionalmente indicadas pela Constituição (exemplo: CF, art. 84, IX, c/c os arts. 136-139; art. 84, X, c/c os arts. 34-36).

O sentido de "regulamento" diz respeito a conteúdo. A forma típica, no Brasil, de que se reveste o regulamento é o decreto.[30]

---

[24] Caio Tácito, Lei e regulamento, *Temas de direito público*, v. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 477.

[25] Sobre a distinção entre *função normativa* e *função legislativa*, sendo esta uma parcela daquela, v. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., 9. ed., p. 240 ss.

[26] Note-se que essa análise é adequada ao Direito brasileiro. Outros Estados, notoriamente a França, dão a "regulamento" sentido diverso. Com efeito, a Constituição Francesa (cf. arts. 34 e 37) distingue matérias a serem disciplinadas por regulamentos (ditos autônomos, por prescindir-se de lei) e por leis. Como esclarecem Jean Rivero e Jean Waline, "nas matérias exclusivamente regulamentares o Governo exerce uma liberdade limitada somente pela Constituição e pelos princípios gerais do Direito" (*Droit administratif*, 15. ed., Paris, Dalloz, 1994, p. 64 – traduzi).

[27] Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1976, p. 163. Daí ser o regulamento dito ato *secundário* ou *derivado*, enquanto a lei é ato *primário* ou *originário*.

[28] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 317.

[29] Parece mais adequada a expressão "independentes", para não se confundir com o *regulamento autônomo*, que é o modo pelo qual se usa designar o regulamento do Direito Francês (cf. supra, nota 26). Frise-se também, pelo motivo que mais abaixo se vai expor, que convém designar o *regulamento* como *independente*, e não o *decreto* (forma de que se reveste o regulamento), pois o que se quer ressaltar é a "independência" do conteúdo (e não da forma) do ato em relação à lei. Sobre o tema, com variações de sistematização e terminologia, v.: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 86-89 e 222; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 160-163; e Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., 6. ed., p. 250-254.

[30] Nesse sentido: Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 127. Adotada essa ideia, há que se entender que a CF, no seu art. 84, IV, não contém um texto com rigor técnico ao se referir a "expedir decretos e regulamentos" para fiel execução de leis. Ora, decretos e regulamentos, no sentido de atos destinados à fiel execução de leis, não são conceitos oponíveis, nem paralelos. Na verdade, interpenetram-se: decreto é a forma do ato; regulamento, seu conteúdo.

Porém, deve-se ressaltar que há decretos cujo conteúdo não tem caráter normativo geral, criando disposições concretas para destinatários individuais (exemplos: criação de comissão ou grupo de trabalho para fim específico na Administração; declaração de utilidade pública de uma área para fim de desapropriação). Estes, em que pese a serem atos do chefe de Poder Executivo, não se enquadram entre os regulamentos, sendo atos materialmente administrativos.[31]

Em suma, pela sistematização ora adotada:

a) *Regulamento*, no Brasil, tem o sentido de ato normativo, de caráter geral e abstrato, de competência do Chefe de Poder Executivo.

b) *Regulamento* pode ser "de execução" ou "independente".

c) *Regulamento* diz respeito à identificação do ato por seu conteúdo; a forma desse ato é o decreto.

d) Entretanto, nem todo decreto corresponde a um conteúdo de regulamento: é o caso dos decretos com disposições concretas e alcance individual.

E este, pois, o sentido de *regulamentação*, no Brasil: disciplina normativa via regulamento.

5 Regulação no ordenamento jurídico brasileiro

Fixada a noção de *regulamentação*, qual seria, então, um sentido de *regulação* adequado ao Direito brasileiro?

5.1 Constituição Federal, art. 174

Iniciando-se pela análise da CF, verifica-se que seu art. 174 prevê expressamente um caso em que se aplica a noção de *regulação*: "Art. 174. Como agente normativo e *regulador* da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (grifamos).

Do dispositivo citado, duas ideias principais decorrem.

Em primeiro lugar, a Constituição distinguiu os adjetivos "normativo" e "regulador". *Regulamentação*, como visto, é tipicamente exercício de poder normativo. *Regulação*, por sua vez, prescinde desse aspecto.[32] Por outro lado, parece razoável sustentar que a regulação – mesmo nesse caso disciplinado pelo art. 174 – possa se revestir de um caráter

---

[31] Que se podem igualmente dizer "normativos", mas não no sentido de norma geral, e sim no de norma individual (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, v. II, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1962, p. 87).

[32] Reitere-se a ressalva de que, em um sentido kelseniano, até mesmo atos individuais, como uma decisão administrativa, um contrato ou uma sentença judicial, podem ser considerados normas jurídicas.

normativo. Pode se revestir, mas não se trata de característica essencial. De todo modo, não um "normativo" que se confunda com "legislativo" ou com "regulamentar".[33]

Sob tal ponto de vista, esse dispositivo constitucional, ao empregar "normativo" ao lado de "regulador", deixou os sentidos de "legislativo" e "regulamentar" incluídos no "normativo", mas não vedou que o "regulador" possa incluir outro sentido de "normativo": infralegal e, eventualmente (cf. infra, item 5.2, parte final), infrarregulamentar.

Em segundo lugar, a Constituição definiu funções atribuídas ao Estado como "agente normativo e regulador da atividade econômica": fiscalização, incentivo e planejamento.

Outra questão que se extrai desse art. 174 refere-se ao sentido que deve ser dado à expressão "atividade econômica".

Nesse ponto, interessante adotar a sistematização de Eros Grau,[34] ao identificar "atividade econômica em sentido amplo" como um gênero, que comporta as espécies "atividade econômica em sentido estrito" e "serviços públicos".

Lembra o citado autor que a prestação de serviços públicos, que "está voltada à satisfação de necessidades", "envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*". E, em seguida: "*Serviço público* [...] é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao Setor Público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o Setor Privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão" (grifos no original).

Já atividade econômica em sentido estrito é aquela desenvolvida, via de regra, pela iniciativa privada, excepcionalmente pelo Estado, mas sempre pelo regime privado, nos termos do art. 173 da CF.

Retornando à questão proposta, há elementos no texto do art. 174 que permitem concluir que se refira à atividade econômica em sentido amplo.

Com efeito, a atuação do Estado como agente normativo e regulador, desempenhando as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, diz respeito à generalidade de suas ações. Como bem observa Eros Grau,[35] em reforço a essa conclusão, o próprio texto constitucional, ao cuidar do planejamento, faz referência ao Setor Público (para o qual é determinante) e ao Setor Privado (para o qual é indicativo).

5.2 Constituição Federal, art. 21, XI e art. 177, § 2º, III

Outros dois pontos em que o texto constitucional emprega um termo derivado de "regulação" são os seguintes:

> "Art. 21. Compete à União: [...] XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão *regulador* e outros aspectos institucionais."

---

[33] Sobre outras posições doutrinárias, v. infra, item 6.

[34] Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988*: interpretação e crítica, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 103 ss.

[35] Idem, p. 109.

> Art. 177. Constituem monopólio da União:[36] [...].
>
> [...].
>
> § 2º A lei a que se refere o § 1º[37] disporá sobre: [...] III – a estrutura e atribuições do órgão *regulador* do monopólio da União" (grifos nossos).

Tais órgãos reguladores, previstos nos dispositivos acima transcritos, vieram a ser criados, respectivamente, pelas Leis 9.472/1997 e 9.478/1997: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Nessa situação, três questões básicas têm sido apresentadas aos estudiosos do Direito:

a) Se apenas esses dois órgãos reguladores foram mencionados pela Constituição, outros poderiam licitamente ter sido criados (como efetivamente foram criadas várias outras agências reguladoras)?

b) Se a Constituição refere-se a "órgãos", poderiam ter sido criadas autarquias?

c) A adjetivação constitucional desses órgãos como "reguladores" teria significado atribuição mais ampla de poder normativo a eles?

Considerando-se que o tema das agências reguladoras é tratado especificamente em outra parte deste livro, cumpre, aqui, abordar essas questões na estrita medida do que interessa para se alcançar um possível sentido de regulação.

Quanto à primeira questão, o fato de apenas dois casos de órgãos reguladores terem sido mencionados expressamente na Constituição não pode levar a uma interpretação restritiva, no sentido de que apenas aqueles dois possam existir.

Em primeiro lugar – e esse não é o principal argumento –, se quisesse efetivamente ser restritiva, a Constituição teria sido expressa. Nada há no texto desses ou de outros dispositivos que permita a leitura restritiva. Aliás, essas duas menções a órgãos reguladores foram introduzidas por emendas, sugerindo que, em face de uma nova realidade, quis a Constituição estimular o legislador a criar as referidas agências.

Em segundo lugar, há que se considerar que a Constituição, ao fixar as competências dos entes da Federação (*v. g.*, arts. 21, 22, 23, 24 e 30, entre outros dispositivos esparsos), menciona a função ou atividade a ser desempenhada, sem nada dizer quanto aos instrumentos de que deva o Estado se valer, em termos de organização administrativa.

Quanto a essa organização, a Constituição apenas prevê, no art. 37, a existência da Administração direta e indireta, especificando nos incisos XIX e XX desse artigo as formalidades para criação das pessoas da Administração indireta.

Por outras palavras, ao estabelecer a Constituição que o Estado[38] têm competência para executar determinado serviço ou atividade, via de regra (salvo eventual previsão expressa), fica a critério dele fazê-lo diretamente ou por meio de uma pessoa da Administração indireta que venha a ser criada para tal fim.

---

[36] Seguem-se incisos relativos a petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos e minérios e minerais nucleares.

[37] O § 1º refere-se a lei que estabeleça as condições nas quais a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização de atividades relacionadas a petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

[38] "Estado", aqui, em sentido genérico, de ente da Federação: União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Ora, o art. 174 é um exemplo de atribuição de competência ao Estado, como agente regulador da atividade econômica em sentido amplo.

Portanto, independentemente da previsão dos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, o Estado poderia desempenhar as funções inerentes a essa competência de modo direto ou criando entidades da Administração indireta. Isso responde à primeira questão.

Quanto à segunda questão acima formulada, com a resposta à primeira questão resta evidente que o Estado poderia ter criado autarquias, mesmo quando a Constituição tenha se referido a "órgãos".

Essa questão prende-se a uma leitura meramente literal do texto constitucional, associada a um conceito restritivo de "órgão" no direito administrativo. Isso porque a tradição de nossos administrativistas é empregar "órgão" para designar as unidades de atribuição de função, dentro da estrutura administrativa, que não são dotadas de personalidade jurídica, agindo assim em nome do todo que integram (exemplo: um Ministério como órgão da pessoa União).

Todavia, nada impede que "órgão" receba um sentido mais amplo,[39] a partir da Teoria Geral do Direito, podendo englobar mesmo os entes personificados que agem pelo Estado.

Mas nem é preciso chegar a esse argumento – de órgãos em sentido amplo – para que não se vislumbrem óbices à criação de autarquias em lugar de órgãos, se admitida a lógica da resposta dada à primeira questão acima.

E, quanto à terceira questão, esta se mostra bastante mais complexa. Da mera menção do adjetivo "regulador" pelo texto constitucional não se pode concluir que o órgão assim adjetivado goze de ampla competência normativa, nem, em sentido oposto, que não goze de nenhuma.

Como já visto, de um lado, *regulação* não se confunde com *regulamentação*. De outro lado, uma parcela de função normativa está incluída na regulação.

O principal parâmetro para essa resposta é o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da CF. Sendo assim, qualquer exceção a ele deve decorrer expressamente do texto constitucional (como no caso dos exemplos acima mencionados, de regulamentos independentes).[40]

Aliás, essa mesma questão (da extensão do poder normativo) apresenta-se em relação a outras agências reguladoras que não a ANATEL e a ANP.

E não parece que a menção expressa dos dois órgãos reguladores na Constituição dê à ANATEL e à ANP parcela maior de poder normativo que às demais agências.

Isso porque, pelos argumentos que acima vêm sendo desenvolvidos, em primeiro lugar, a função reguladora das agências não necessariamente decorre de expressa previsão constitucional (basta a previsão do art. 174 e a possibilidade de que o Estado exerça sua

---

[39] Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, cit., v. I, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1962.

[40] Sobre o tema, que também é abordado no estudo deste livro referente às agências reguladoras, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.), *Direito regulatório, temas polêmicos*, cit., 1. ed., p. 27-60.

função reguladora de modo direto ou por entes da Administração indireta); e, em segundo lugar, a simples menção de dois órgãos "reguladores" não tem a consequência de gerar exceção à plena incidência do princípio da legalidade.

Sendo assim, às agências reguladoras – como, de resto, ao Estado em geral, enquanto ente regulador – cabe um poder normativo que não se confunde com o legislativo, nem com o regulamentar.

Em relação ao Legislativo, o poder normativo regulador é subordinado, por força do princípio da legalidade.

Já a relação do poder normativo regulador com o regulamentar não é necessariamente de hierarquia. Trata-se antes de uma questão de definição de competências. Na situação em que couber regulamento, a atividade reguladora será a ele subordinada. Na situação em que não couber, a atividade reguladora será exercida nos seus próprios limites, em face da legalidade – ou seja, atuando sem violar a diretriz constitucional de que apenas a lei pode criar diretos e obrigações aos indivíduos. Exemplos dessa atuação seriam a edição de atos que disciplinem assuntos internos da própria entidade reguladora ou a explicitação de conceitos e a definição de parâmetros técnicos na área específica de sua atuação.

Encerrando este tópico, pode-se, portanto, apresentar como delineamento da parcela de poder normativo inerente à regulação competência para: (a) tratar de assuntos *interna corporis* do órgão regulador; (b) explicitar conceitos e definir parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada; e (c) editar atos infralegais e – nos casos em que couber regulamento[41] – infrarregulamentares visando a disciplinar detalhes de sua atividade, concretizando, assim, a previsão de normas superiores.

5.3 *Leis de criação das agências reguladoras*

Ainda que, como já ressaltado, a atividade reguladora do Estado possa ser exercida pela Administração direta ou por entes descentralizados de natureza autárquica (como, aliás, já acontecia desde o início do século XX),[42] vale, a fim de complementar esta breve análise da regulação no ordenamento jurídico brasileiro, concentrar atenção sobre as recentes leis federais de criação das ditas agências reguladoras.

São elas: (a) Lei 9.427/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; (b) Lei 9.472/1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; (c) Lei 9.478/1997, que criou a Agência Nacional de Petróleo – ANP; (d) Lei 9.782/1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (hoje denominada ANVISA, por força da Medida Provisória 2.190-34, de 23-8-2001); (e) Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; (f) Lei 9.984/2000, que criou a Agência Nacional de Águas – ANA; (g) Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Trans-

---

41 "Regulamento", aqui, entendido no sentido mencionado no item 4, supra.

42 Maria Sylvia Zanella Di Pietro dá exemplos (em alguns casos baseando-se em Manoel Gonçalves Ferreira Filho): Comissariado da Alimentação Pública (1918), Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), Instituto do Açúcar e do Álcool (1933), Instituto Nacional do Mate (1938), Instituto Nacional do Sal (1940), Instituto Nacional do Pinho (1941), Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Comissão de Valores Mobiliários (*Direito administrativo*, cit., 14. ed., p. 402).

portes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; (h) Medida Provisória 2.228-1/2001, que criou a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

Com efeito, dessas leis pode-se extrair um sentido contemporâneo de "regulação", como atividade da Administração – sintetize-se, aqui, o exposto nos itens 5.1 e 5.2, supra:

a) *Regulação* importa exercício de poder normativo, contemplando: (i) edição de normas para tratar de assuntos *interna corporis* do órgão regulador; (ii) edição de normas para explicitar conceitos e definir parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada; e (iii) edição de normas infralegais e – nos casos em que couber regulamento – infrarregulamentares visando a disciplinar detalhes de sua atividade, concretizando, assim, a previsão de normas superiores.

b) *Regulação* importa, ainda (para frisar a previsão específica do art. 174 da CF), seja pela edição de normas, como acima descrito, ou de atos de mera execução,[43] as funções de: (i) planejamento; (ii) incentivo (fomento); e (iii) fiscalização (controle).

E tais funções se exercem tanto sobre serviços públicos (ex.: ANEEL, ANATEL)[44] como sobre atividades econômicas em sentido estrito (ex.: ANVISA, dantes denominada ANVS, ANS).

Exemplifique-se: (a) edição de normas *interna corporis*: Lei 9.472/1997, art. 18, XXVII, aprovação de regimento interno; (b) edição de normas para explicitar conceitos ou definir parâmetros técnicos: Lei 9.961/2000, art. 4º, IX, normatização dos conceitos de *doença* e *lesão preexistentes*; Lei 9.782/1999, art. 7º, IV, estabelecimento de normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos etc.; (c) edição de normas de disciplina infralegal e infrarregulamentar[45] da atividade regulada, sejam serviços públicos – Lei 9.472/1997, art. 18, IV, expedição de normas quanto a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público –, sejam atividades econômicas – Lei 9.961/2000, estabelecimento de normas para ressarcimento ao SUS; Lei 9.472/1997, art. 18, X, expedição de normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; (d) planejamento: Lei 9.472/1997, art. 18, II e III, aprovação do plano geral de outorgas e do plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público; (e) incentivo: Lei 9.478/1997, art. 8º, X, estímulo à pesquisa e à adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento do petróleo; Medida Provisória 2.228-1/2001, art. 7º, V, regulação do fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; (f) fiscalização: Lei 9.961/2000, art. 4º, XXIII, fiscalização das atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde; Lei 9.984/2000, art. 4º, V, fiscalização dos usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União – e seus vários desdobramentos, como cobrança de taxa de fiscalização – Lei 9.782/1999, art. 7º, VI – e aplicação de sanções – Lei 9.961/2000, art. 4º, XXX, aplicação de penalidades pelo descumprimento da Lei 9.656/1998 e de sua regulamentação.

---

[43] Cf. supra, notas 31 e 32.

[44] No que diz respeito aos serviços prestados em regime público.

[45] Note-se, por exemplo, que a Lei 9.427/1996, art. 3º, I, refere-se à competência da ANEEL para expedir "atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995". "Regulamentar" entra nessa proposição não no sentido técnico acima exposto (cf. item 4).

6 Regulação na visão da doutrina

Essa rápida análise do tratamento da regulação pelo ordenamento jurídico brasileiro reforça a ideia, já apresentada no início deste capítulo, de que o conceito de *regulação*, em que pese a não expressar, em essência, uma novidade teórica, vem recebendo novo tratamento, de modo a contribuir para a disciplina jurídica de uma nova realidade econômica.[46]

Por outras palavras, os instrumentos e as funções inerentes à regulação já eram há tempo previstos no direito administrativo e abordados pelos administrativistas. Apresenta-se, agora, a regulação sob um novo enfoque, a partir do qual toda essa matéria caminha para receber outra sistematização. Essa a tarefa a que os doutrinadores se têm dedicado.

Tratando-se de tendência muito recente no Brasil, é ainda prematuro afirmar que haja uma teoria já consolidada a respeito.[47]

Nesse sentido, mostra-se interessante analisar alguns trabalhos produzidos sobre o tema. A exposição que a seguir será feita[48] tem o intuito de oferecer ao leitor uma

---

[46] Desse modo, relaciona-se a regulação a dois movimentos do Estado: um de redução de sua atuação direta em matéria de serviços públicos e de sua intervenção direta explorando atividades econômicas; outro, de sua intervenção indireta em relação a atividades econômicas em sentido amplo, zelando pela observância dos princípios da ordem econômica. Nesse mesmo sentido, v. as ponderações de Calixto Salomão na nota 48 (infra), ao cuidar dos fenômenos da redução da intervenção direta do Estado na economia e do crescimento do movimento da concentração econômica. Oportuna também a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto: "A retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar, uma redução do intervencionismo estatal. Muito ao revés. Tanto entre nós como em vários exemplos que podemos colher da experiência europeia, nota-se que à retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica correspondeu um crescimento da intervenção (indireta) estatal sobre esta atividade específica" (A nova regulação estatal e as agências independentes, in Carlos Ari Sundfeld (Org.), *Direito administrativo econômico*, 1. ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 74).

[47] De todo modo, os autores têm buscado dar ao tema algum sentido específico. Com efeito, conceber "regulação", em um eventual sentido amplo, que se aproximasse da noção de ordenação das atividades humanas, no campo econômico e no campo social, mostrar-se-ia uma postura cientificamente imprópria, pois não permitiria identificar com precisão o fenômeno em questão, confundindo-o com o próprio Direito (nesse sentido, o Estado como um todo, em suas tradicionais funções legislativa, executiva e jurisdicional, faria regulação). Mesmo que se quisesse, numa linha análoga, associar o conceito de *regulação* não às funções do Estado como um todo, mas às funções inerentes à Administração Pública, persistiria a mesma crítica, pois, nesse caso, a regulação não seria confundida com o Direito, mas com o Direito administrativo. Por outro lado, em uma perspectiva filosófica, verifique-se a análise de Pérez, com base nos conceitos de *kosmos* e *taxis* de Hayek: ordem espontânea de organização *vs.* ordem deliberadamente criada (Diego Selhane Pérez, Auto-regulação: aspectos gerais, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.), *Direito regulatório, temas polêmicos*, cit., 1. ed., p. 608-609).

[48] Baseada, sobretudo, em autores que trataram do tema sob o enfoque do Direito administrativo. De outro lado, conforme já assinalado, vale lembrar que a Teoria da Regulação encontra forte acolhida na economia e no direito econômico, como, no Brasil, bem ilustra a obra de Calixto Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, cit., 1. ed., 2001. Esse autor de início esclarece que "a acepção que se pretende atribuir ao termo 'regulação', a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia" (p. 15). Mais adiante, prossegue: "No campo econômico, a utilização do conceito de *regulação* é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento da concentração econômica. Ambos os aspectos serão desenvolvidos ao longo deste trabalho. A título de introdução, é importante apenas chamar atenção para a linha tênue que separa antitruste e regulação em tempos de concentração econômica. A experiência histórica mostra

ilustração de outros modos (alguns eventualmente divergentes – entre si e em relação ao ponto de vista apresentado nos itens anteriores deste capítulo –, outros consonantes, e complementares, em muitos aspectos) de vislumbrar e sistematizar o fenômeno da regulação no Brasil. Vale também como sugestão de fontes bibliográficas para aprofundamentos específicos.[49]

Medauar principia sua análise identificando o movimento "tanto nos países desenvolvidos como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o Setor Privado entes estatais ou atividades até então realizadas pelo Estado".[50] A partir daí, o direito público passou a incorporar em seu vocabulário novos termos, ou a dar novas conotações a palavras já existentes.

Nesse contexto, a autora apresenta vários conceitos possíveis de *regulação* na literatura estrangeira e brasileira, oferecendo, por fim, sua visão, no sentido de que "a regulação, no atual contexto, abrange: a edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento; a atribuição de habilitações (por exemplo: autorização, permissão, concessão); a imposição de sanções; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, por exemplo: consulta pública; audiência pública; celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento). Não se inclui necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor, mas seria viável a contribuição das agências para tanto, com a participação de representantes de todos os segmentos envolvidos".

Vale destacar a ênfase que a autora dá a novos mecanismos, que entende incluídos na atividade de regulação, ligados à mediação de conflitos. Isso se insere em uma tendência, já apontada em outra obra sua,[51] de uma alteração na relação entre Administração e administrados, caracterizando o que se poderia dizer "democracia administrativa". Trata-se do desenvolvimento de mecanismos que tragam transparência às atividades da Administração e nelas garantam a participação dos administrados (agregando sua colaboração e trazendo para o seio da Administração uma pluralidade de pontos de vista), com especial ênfase na processualização (com as garantias inerentes ao devido processo legal) dos procedimentos administrativos.

Num sentido mais amplo, pode-se dizer que se cuida da substituição, nas práticas da Administração, de mecanismos de império por mecanismos de consenso.

Essa perspectiva, que relaciona *regulação* com *democratização*, é enfatizada por Moreira Neto[52] em obra que leva como subtítulo "A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático".

---

a dificuldade de controle do comportamento dos monopólios seja pelas vias regulatórias tradicionais (controle de preços), seja pelas vias de direito antitruste tradicionais (controle dos comportamentos anticoncorrenciais). Impõe-se, então, a atenuação da linha divisória entre regulação e antitruste. Na verdade, é de rigor uma regulação mais incisiva do ponto de vista concorrencial, que inclua seus princípios e reforce sua aplicação, fazendo frente às necessidades específicas da regulação de situações de concentração de poder econômico" (p. 15-16).

[49] Recomenda-se efetivamente a consulta à bibliografia citada, ressalvando-se desde já ser isso necessário para uma correta e completa compreensão do pensamento de cada autor, que não pode ser fiel e plenamente transmitido nas referências quase telegráficas exigidas pelas dimensões deste capítulo.

[50] Odete Medauar, Regulação e auto-regulação, *RDA* 228/123-128.

[51] Odete Medauar, *Direito administrativo em evolução*, 1. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 204 ss.

[52] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, 1. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003. Quanto ao título, o autor esclarece entender que "direito regulatório" não constitui um ramo científico do Direito (não deixando de partir de princípios e conceitos próprios da matriz do direito administrativo), mas um ramo didático, "um conjunto temático estudado em destaque por conveniência expositiva" (p. 12).

A análise que o autor faz culmina, de modo prospectivo, com a afirmação da regulação como "uma *realidade juspolítica irreversível* em todo o mundo, embora ainda persista certa perplexidade nos países que seguem a tradição jurídica da Europa Continental, como é o caso do Brasil". E continua: "Em todos esses países, em diversos graus, processa-se uma grande mutação no direito público em direção a um conceito pós-positivista e flexível do jurismo, na linha da criação de um *direito de juristas*, como o denominam os alemães. Neste contexto, *a regulação tampouco é um conceito acabado*, mas ainda um *conceito em construção*, mas que, de tão carregado de conteúdo inovativo, já prenuncia a emergência de um novo modelo de Estado e quiçá de uma nova concepção do Direito, que terão amplas condições de amadurecer neste século, certamente na linha da *democracia material*, da *consensualidade*, da *subsidiariedade* e da *participação*, entre outros vetores evolutivos envolvidos no processo"[53] (grifos no original).

Ao longo da obra o autor expõe sua visão sobre os fundamentos econômicos, políticos e jurídicos da regulação, entendendo por *função reguladora* a atividade dos "subsistemas de harmonização", buscando, "em certos setores críticos da convivência social e econômica", o "máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da *flexibilidade negocial privada* com o *rigor da coercitividade estatal*"[54] (grifos no original).

Para ele, a função reguladora é um "*híbrido de atribuições de variada natureza*: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras"[55] (grifos no original), valendo-se "basicamente de um *complexo* de funções clássicas *administrativas*,[56] *normativas*[57] e *judicantes*,[58] nela variando apenas o *método decisório*"[59] (grifos no original).

Numa diversa linha de análise, Di Pietro[60] esclarece, de início, que a regulação pode "incidir sobre qualquer objeto social, como a família, a educação, a saúde, o trabalho", mas

---

[53] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, cit., 1. ed., p. 208-209. Um pouco mais adiante da passagem acima citada, o autor conclui sua obra com "uma reflexão final: está-se, sem dúvida, diante de um impulso modernizante das instituições de governo, e quem quer que tema a modernidade poderá estar se condenando à obsolescência; mas maior cautela, porém, há de se ter com os que, embora com acrescidas responsabilidades, quando sucumbem ao cultivo da neofobia, não só se condenam a si próprios à mediocridade, como arrastam os que a eles buscam como fonte de conhecimento. Por óbvio, não se pretende dizer com isso que o moderno seja sempre o melhor, como, muito menos, que se deva repudiar o assentado, apenas por ser velho. Mas como o homem, embora sem ser perfeito, é perfectível, e este dado a História abundantemente o confirma, há que se dar, ao menos, um crédito de confiança aos avanços que ela própria nos vai propondo. Outra atitude não será mais que receoso e míope conservadorismo, ainda que travestido de um pretendidamente iluminado, mas nada mais que retórico, progressismo" (p. 216-217).

[54] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, cit., 1. ed., p. 107.

[55] Idem, ibidem.

[56] Especifica o autor: no ordenamento econômico e no social, a polícia administrativa, os serviços públicos, o fomento público, o planejamento e a gestão (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, cit., 1. ed., p. 108).

[57] No caso, com efeitos "introversos" quanto aos órgãos administrativos ou "extroversos" em matérias deslegalizadas (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, cit., 1. ed., p. 109).

[58] Com características não jurisdicionais: conciliação, mediação e arbitragem.

[59] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, cit., 1. ed., p. 108.

[60] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.), *Direito regulatório, temas polêmicos*, cit., 1. ed., p. 27-60. A mesma autora estuda o tema da regulação em seu *Parcerias na administração pública*, cit., 3. ed., 1999.

"é no âmbito da economia estatal que ela vem sendo utilizada mais frequentemente no Direito Brasileiro".[61] Daí falar-se em *regulação social* e *regulação econômica*, esta última definida pela autora como "o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado".[62]

Prossegue ressaltando que "a regulação não é atividade nova. O vocábulo é que é novo no âmbito do direito administrativo. [...]. Para usar uma linguagem própria do direito administrativo brasileiro, pode-se afirmar, sem receio de errar, que, dentre as atividades administrativas a cargo do Estado (serviço público, fomento, polícia e intervenção), a atividade regulatória abrange as três últimas, a saber, a polícia, o fomento e a intervenção no domínio econômico".[63] Continua a autora esclarecendo seu ponto de vista no sentido de como regulação se enquadra no conceito de poder de polícia (ainda que se haja alterado a forma de seu exercício) e como se insere na atividade de intervenção.

Por fim, desenvolve fundamental análise dos limites que a função reguladora, em especial das agências, encontra no princípio da legalidade. Bem ilustrativo de sua análise é o seguinte trecho: "Confundindo-se as atividades estatais de polícia e intervenção, de um lado, e de regulação, de outro, a questão dos limites impostos pelo princípio da legalidade em nada se alterou. Seja utilizando-se a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, seja utilizando-se o vocábulo 'regulação', os limites da atividade, no que diz respeito ao estabelecimento de regras de conduta aos particulares, são exatamente os mesmos. E têm que ser fixados em função do sistema hierárquico organizado internamente na Constituição. Pode-se alterar a terminologia, para uniformizá-la e torná-la útil em época de globalização, mas não há como fugir ao ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado."[64]

Sundfeld,[65] por sua vez, aborda a regulação em sua interface com os serviços públicos. Situando sua análise no contexto de uma sociedade cada dia "mais e mais complexa" – que exige um "*gerenciamento*" constante por parte do Estado em áreas como controle sobre o poder econômico para evitar concentração empresarial, democratização do acesso a serviços como os de telecomunicações, proteção do consumidor[66] –, aponta os limites do Poder Legislativo para disciplinar atividades que exigem normatização capaz de ser atualizada continuamente, bem como do Poder Judiciário para dirimir conflitos coletivos ou individualizados no âmbito de setores que têm alto grau de tecnicidade específica (não bastando que se entenda de Direito), e mesmo de órgãos administrativos para realizar um controle adequado (prévio, em especial) das atividades em questão. Daí afirma: "É por isso que surgiram as agências reguladoras. Elas nasceram porque a sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades, fazendo esse 'gerenciamento' que referi."[67]

E prossegue: "Para designar sinteticamente tudo o que fazem as entidades mencionadas, passou-se a falar, com um certo sotaque inglês, de *regulação*. O conceito exato dessa

---

[61] Idem, p. 28.

[62] Idem, p. 29.

[63] Idem, p. 34.

[64] Idem, p. 36.

[65] Carlos Ari Sundfeld, Introdução às agências reguladoras, in Carlos Ari Sundfeld (Org.), *Direito administrativo econômico*, cit., 1. ed., 2ª tir., p. 17-38.

[66] Idem, p. 29.

[67] Idem, p. 30.

figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação. Contudo, para além dos detalhes, o seu surgimento tem, para os publicistas, um interesse doutrinário não desprezível: o de oferecer um caminho que supere o impasse causado pela inutilidade, a essa altura, do velho conceito de *serviço público*"[68] (grifos no original).

Insere, portanto, o autor, a regulação no contexto da "reestruturação dos serviços de titularidade estatal"[69] e consequente necessidade do Estado de não perder o "poder de influir na prestação" dos serviços estatais privatizados, nem restar indiferente à "concentração empresarial excessiva" ("nesses campos em que se exerce um extraordinário poder econômico") e não deixar de zelar pelos usuários e pelos excluídos.[70]

Justen Filho,[71] ao cuidar do tema da regulação, sistematiza sua análise a partir de uma perspectiva histórica: "Não seria incorreto afirmar que Estado Regulador é a síntese de um processo histórico muito significativo."[72] Nessa linha, após relacionar o "Estado Regulador", enquanto organização institucional, às concepções do Estado de Direito, com o reconhecimento da "supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política",[73] o autor analisa o modelo do Estado-Providência e seu sucesso, bem como sua derrocada: "A crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu a perspectivas de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares."[74]

O Estado Regulador incorpora, nesse sentido, a "concepção da subsidiariedade": "Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre-iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais."[75]

Outro aspecto destacado da análise de Justen Filho[76] é o que diz respeito às duas "ondas regulatórias": primeiro, a regulação exclusivamente econômica (caracterizada "como marcante intervenção estatal destinada a suprir as deficiências e as insuficiências

---

[68] Idem, p. 31-32.

[69] Pondera o autor que os "entes de regulação nada têm de específicos à *common law*. [...]. A regulação é, isso, sim, característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica" (Carlos Ari Sundfeld, Introdução às agências reguladoras, in Carlos Ari Sundfeld (Org.), *Direito administrativo econômico*, cit., 1. ed., 2ª tir., p. 23).

[70] Carlos Ari Sundfeld, Introdução às agências reguladoras, in Carlos Ari Sundfeld (Org.), *Direito administrativo econômico*, cit., 1. ed., 2ª tir., p. 34.

[71] Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., 1. ed., 2002 (em especial, v. o Capítulo I, "A Concepção de um Estado Regulador").

[72] Idem, p. 15.

[73] Idem, p. 16.

[74] Idem, p. 20.

[75] Idem, p. 21.

[76] Ressalte-se aqui, mais uma vez – e não apenas em relação à obra ora analisada –, que o intuito desta parte deste capítulo é apenas demonstrar ao leitor um panorama da diversidade de modos de sistematização que a matéria recebe entre doutrinadores pátrios. Não se tem a pretensão de transmitir, em breves linhas, toda a profundidade dos estudos dos especialistas no tema. Sendo assim, reitera-se ser fundamental a consulta às obras citadas para uma adequada compreensão de seu alcance.

do mercado");[77] depois, a regulação social ("Constatou-se que o mercado, ainda que em funcionamento perfeito, pode conduzir à não realização de certos fins de interesse comum. A tais questões já eram sensíveis mesmo os enfoques mais tradicionais, que reputavam cabível a intervenção estatal orientada a assegurar a redistribuição de rendas e a produzir consumo obrigatório de certos serviços – educação, por exemplo." E, no contexto de redução da atuação estatal direta, "verificou-se que a realização de inúmeros outros fins, de natureza sócio-política, também deveria ser tomada em vista pela regulação"[78]).

A perspectiva histórica também está presente na obra de Aragão.[79] Após desenvolver análise sobre a regulação estatal da economia, culminando com a proposta de um conceito – "regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis"[80] –, o autor oferece uma retrospectiva histórica da regulação estatal da economia, desde o feudalismo até os tempos de globalização e "pós-modernismo" jurídico.

Aragão, antes de passar ao estudo dos ordenamentos setoriais (com base na Teoria Ordenamental de Santi Romano e de Giannini) e das agências reguladoras, ainda desenvolve as principais características que vê na regulação estatal contemporânea, abordando temas como a instrumentalização das normas de direito público e a flexibilização da atuação da Administração; a permeabilidade do Direito, com a penetração, em seu âmbito, de noções técnicas próprias de outros subsistemas sociais, em especial da Economia; os novos mecanismos de legitimação em face da administrativização da regulação (em face da preponderância da Administração em relação ao Legislativo no Estado contemporâneo); a consensualização no direito administrativo.

Marcos Juruena, a seu turno, aborda o tema da regulação enfatizando, como seu diferencial, ser informada por parâmetros técnicos: "A função de executar a vontade da lei – administrar – tem nela implícitas as funções tradicionais do administrador, quais seja, a normativa, a hierárquica, a sancionatória e a discricionária. O que se pretende neste estudo é sistematizar a *função regulatória*, que incorpora cada uma dessas, delas se distinguindo por ser orientada por critérios técnicos e não políticos"[81] (grifos no original).

Quanto ao surgimento do Estado Regulador, posiciona-se o autor: "O surgimento do Estado Regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo de *atividade administrativa* em função do *princípio da subsidiariedade* e da crise do Estado de Bem-Estar, incapaz de produzir o bem de *todos* com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares"[82] (grifos no original).

---

77 Marçal Justen Filho, O direito das agências reguladoras independentes, cit., 1. ed., p. 31.

78 Idem, p. 38.

79 Alexandre Santos de Aragão, Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico, cit., 1. ed., 2002.

80 Idem, p. 37.

81 Marcos Juruena Villela Souto, *Direito administrativo regulatório*, 1. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 23.

82 Idem, p. 31-32.

E, em outra passagem, segue o autor: "A atividade administrativa assumiu um forte impacto sobre as atividades de interesse geral; dada a impossibilidade de o Estado satisfazer a todas as necessidades públicas, resta-lhe orientar e acompanhar como essas necessidades serão atendidas pelo agentes privados. Esse o espírito da regulação, que não se confunde com a formulação das políticas públicas." Para o autor, o agente político eleito "formula a política pública que, para atender ao interesse geral, deve ser executada com *eficiência*", cabendo, no momento subsequente, à atividade regulatória expedir "diretrizes para a eficiente implementação da política pública sufragada" – "esse o limite da função regulatória, traduzindo em comandos técnicos a orientação normativa, executiva ou judicante, para a implementação de uma política pública".[83]

Visto esse panorama doutrinário, no Brasil, acerca da regulação, percebe-se que efetivamente se está contemplando um fenômeno em plena evolução, captado em ângulos diversos por seus observadores, e ainda não passível de ser objeto de conclusões definitivas.

É preciso, portanto, com humildade científica, que oportunamente se volte ao tema.

---

[83] Idem, p. 37.