

Recebido em 09/11/2021
Aprovado em 16/12/2021

A REGULAÇÃO EM CONCEITO: A VISÃO DE UM REGULADOR

THE REGULATION IN CONCEPT: THE REGULATOR'S PERSPECTIVE

Fábio Rogério Carvalho

Advogado, Especialista em Regulação e Diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Pós-graduado em áreas de Regulação dos Serviços Públicos; Direito da Concorrência e Direito do Estado. Cursos política regulatória avançada pela George Washington University-DC. Atuou em mais de 100 projetos de PPP em rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regulação: fenômeno estatal. 2 Escolas econômicas e jurídicas na definição de regulação. 3 O conceito de regulação na vivência de um regulador. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: A regulação é um fenômeno estatal com perspectivas de ordem jurídica e econômica. Assim, os conceitos usualmente adotados pela doutrina da matéria partem de abordagens teóricas no campo das ciências econômicas ou do Direito. O presente artigo destina-se a oferecer uma perspectiva pragmática e propõe, a partir da visão empírica de um regulador, um novo conceito e a explicação de todos os elementos utilizados na definição para identificar o objeto, o objetivo, o modo de atuação, os agentes e forças que convivem no processo regulatório. O artigo apresenta a regulação como fenômeno sistêmico, multiforme e de alta complexidade consiste em instrumento legítimo e capaz de buscar a melhoria e condições de vida da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Conceito. Fenômeno Estatal. Direito. Economia.

ABSTRACT: Regulation is a state phenomenon with legal and economic perspectives. Thus, the concepts usually adopted by the academical studies departs from theoretical approaches in the field of economic sciences or law. This article aims at showing a pragmatic perspective and proposes, from the empirical point of view of a regulator, a new concept and the explanation of all the elements used in the definition to identify the object, the objective, the way of acting, the agents and forces that coexist in the regulatory process. The article presents regulation as a systemic, multiform and highly complex phenomenon, consisting of a legitimate instrument to improve society's living conditions.

KEYWORDS: Regulation. Concept. State Phenomenon. Law. Economics.

INTRODUÇÃO

O conceito da regulação tem sido muito estudado e discutido nos últimos anos no Brasil, especialmente pela doutrina jurídica administrativista e pelas cadeiras da Economia, principalmente como reflexo da adoção do “Estado Regulador” pela ordem constitucional inaugurada em 1988, conforme art. 174, da Constituição Federal. Vários e renomados autores têm se dedicado a apresentar a matéria ora sob o enfoque da teoria econômica da public choice, ora sob a teoria administrativista da regulação.

Sob outro ângulo, a partir de uma visão empírica e pragmática, proponho apresentar uma nova abordagem e um conceito para a compreensão da regulação da maneira pela qual se opera enquanto fenômeno estatal, a que se destina, e como se observam as repercussões das atuações econômicas, jurídicas e sociais necessárias a sua realização.

1. REGULAÇÃO: FENÔMENO ESTATAL

A palavra fenômeno, em seu sentido original, deriva do grego PHAINOMENON que traz a ideia “daquilo que é visto”, “o que se manifesta aos olhos”. A regulação é, de fato, aquilo que se exterioriza em regras contratuais e normas, substrato de um processo endógeno complexo, intrincado de forças e interesses.

Nessa perspectiva, pode-se também assumir que os fenômenos estatais são consequências da forma pela qual as sociedades procuraram criar mecanismos para ampliação de seu bem-estar financeiro e social.

O funcionamento das relações econômicas impulsiona a concepção das demais relações sociais que moldam a figura do Estado e, em decorrência, as relações jurídicas que serão estabelecidas.

No caso do chamado Estado Regulador, como se sabe, como consequência do fracasso do modelo liberal e do intervencionismo estatal¹, há a ocorrência da migração de atividades inicialmente prestadas pelo Estado em que se verifica a necessidade de previsão de preceitos para se estabelecer o equilíbrio entre os interesses econômicos daqueles que são prestadores do serviço delegado; os interesses sociais dos usuários; e, os interesses políticos imediatos.

O modelo regulatório, como outros fenômenos estatais associados à capacidade produtiva e de geração e acumulação de riquezas consiste em consequência, e não causa, do funcionamento estatal.

1 V. GUERRA, Sérgio. In “Controle judicial dos atos regulatórios”. Ed. Lumen Juris, p. 20.

Em outras palavras, o “Estado Regulador” não pode ser entendido apenas a partir de conceitos jurídicos ou econômicos, sob pena de reduzir sua significância e amplitude. A regulação, como fenômeno estatal, precisa ser compreendida como é: exteriorização de forças econômicas e vontades sociopolíticas sob um marco jurídico estatuído que, perante a dinamicidade do mercado e as transformações das indústrias, precisa oferecer respostas eficazes para a salvaguarda do interesse público estatal.

2. ESCOLAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS NA DEFINIÇÃO DE REGULAÇÃO

Ocorre que a regulação é usualmente explicada segundo duas correntes de pensamento: a Escola Econômica e a Escola Jurídica. Em ambas existem derivações conceituais sempre arraigadas para o entendimento a partir de fundamentos econômicos ou jurídicos.

A respeito das correntes de pensamento da Economia e do Direito, a lavra do Professor Márcio Iorio Aranha resumiu com precisão e objetividade ímpares a dicotomia (ARANHA, 2015, p. 37):

A teoria econômica da *public choice* afirma, em síntese apertada, que o processo decisório da regulação é um produto necessário da troca de vantagens políticas entre representantes eleitos, grupos de interesse e agências reguladoras. Para tanto, ela parte de estudos econômicos sobre a democracia e decisão política, concluindo pela ínsita inadequação da regulação ou intervenção estatal sobre a economia como meio de alcance do interesse público.

Por outro lado, a teoria jurídico-institucional da regulação parte da própria natureza e razão de ser do processo decisório das agências reguladoras ou órgãos reguladores: trata-se, portanto, do estudo processual da manifestação do poder administrativo, algo, aliás, central para a análise do fenômeno regulatório. Daí poder-se dizer que se trata de uma teoria processual administrativa da regulação ou teoria do processo administrativo regulatório. Ela se preocupa com a dimensão processual do fenômeno regulatório em sua justificativa funcional de autonomia do processo de tomada de decisões regulatórias. Exatamente ao defender a consequência jurídica de autonomia decisória das estruturas regulatórias via disciplina jurídica do processo administrativo pertinente, a teoria processual administrativa da regulação nega o fundamento básico da teoria da *public choice*, qual seja, a dependência da tríade congressistas-grupos de interesse – regulador.

Ainda, segundo a escola jurídica subsiste a Teoria Social da Regulação. Mais uma vez, pela clareza, vale a lição do Professor Iorio Aranha nos seguintes termos (ARANHA, 2015, pg. 40):

A diferença de fundo entre a teoria processual administrativa da regulação e a teoria social da regulação está em que, embora ambas advoguem a insuficiência da análise econômica centrada na potencialização dos interesses dos atores privados envolvidos em um mercado regulado, a primeira delas preocupa-se com a dimensão processual de tomada de decisão regulatória, afirmando a possibilidade de decisões regulatórias em prol do interesse público via constrições procedimentais, enquanto a segunda delas concentra-se na dimensão substantiva da regulação, ou seja, no conteúdo da disciplina regulatória voltada à concretização de efeitos.

Tais correntes de pensamento são representativas das dimensões jurídicas processual e substantiva da regulação, mas não esgotam as descrições e explicações jurídicas da regulação. Nem todas as teorias jurídicas de regulação são facilmente enquadráveis como exclusivamente substantivas ou processuais, mas são identificáveis por suas características prevalentes.

Assim, na tentativa de oferecer uma conceituação nova a respeito do fenômeno estatal da Regulação, não se pode vislumbrar seu alcance exclusivamente a partir do prisma da Economia e nem apenas conforme os olhos do operador do Direito. Não há que se falar corrente conceitual mais acertada, mas em perspectiva conceitual pela qual poder-se-ia melhor definir para compreender a atuação de tal fenômeno.

Talvez por isso, atualmente, há tendência acadêmica a não mais procurar definir ou conceituar a regulação, tendo em vista a sua complexidade e extensão, mas muito mais em verificar o seu funcionamento, como a atividade regulatória erra ou acerta nos mercados sobre os quais incide.

3. O CONCEITO DE REGULAÇÃO NA VIVÊNCIA DE UM REGULADOR

Como mencionado, a regulação é, sobretudo, um acontecimento estatal. E assim, como é típico da fenomenologia, a descrição da atividade regulatória é sempre uma opção teórica por determinado ângulo de visão. E como se sabe, a compreensão de algo, a partir de apenas um ângulo, sempre resulta em reducionismo da inteireza do que se pretende explicar.

O porquê reside no fato de que a proposição pela apresentação da regulação está segundo o sentido teleológico, ou seja, há de se buscar um

conceito que represente tal fenômeno, não apenas partir de seus elementos essenciais, mas com ênfase no que se espera da regulação.

Para que o Estado cria estruturas e mecanismos destinados a disciplinar mercados em que não consegue atuar? O que, afinal, busca a regulação? O que se espera com a edição de marcos regulatórios? Qual o objetivo da atuação estatal ao elaborar e interpretar cláusulas contratuais de serviços públicos delegados a entes privados?

Enfrentar tais questões permite a proposição de um conceito de regulação. Assim, pelos olhos do regulador que sou, compreendo tal fenômeno nos seguintes termos:

A regulação é o conjunto de mecanismos econômicos, jurídicos e técnicos empreendidos pelo Estado para permitir e moderar a realização de atividades ou prestação de serviços que interessam à sociedade mediante a definição de obrigações, o estabelecimento de garantias e a previsibilidade aos agentes econômicos executores e que se opera em sistema de forças e interesses tutelados por atores políticos, econômicos e sociais.

Todo conceito é composto por elementos que revelam o que se pretendeu explicar a partir daquela concepção oferecida ao exame e à análise.

Passo, adiante, a segmentar os elementos conceituais que apresentamos para, em prestígio da didática, explicar a proposta.

O primeiro elemento conceitual diz como a atividade da regulação se manifesta. Volta-se ao caráter executório, como se opera, como se realiza a regulação: **“conjunto de mecanismos econômicos, jurídicos e técnicos empreendidos pelo Estado”**.

Entendo por **“conjunto de mecanismos econômicos, jurídicos e técnicos”** o repertório de meios, os instrumentos de que o regulador se utiliza para a realização de sua atividade. Há que se dizer que não existe caráter classificatório dos mecanismos, mas de sua coexistência sistêmica na atuação regulatória.

Tome-se por exemplo a elaboração de uma norma regulatória destinada a disciplinar os mecanismos de entrada e saída de agentes em um mercado regulado, como, por exemplo, estabelecimento de critérios para admissão de um autorizatário na prestação de serviço. Na edição de um ato dessa natureza deverão ser ponderados aspectos econômicos, jurídicos e técnicos simultaneamente. Com relação a aspectos econômicos, por exemplo, deve-se ponderar a definição de existência (ou não) de barreiras de entrada ou saída para os agentes econômicos, de modo a determinar atendimento ao mercado relevante sem permitir exercício de poder de mercado e prejuízos aos usuários dos serviços, ou mesmo quais exigências de caráter econômico serão demandadas dos agentes regulados para

preservar a qualidade do serviço público. No que se refere aos aspectos jurídicos, há a necessidade da identificação do ato jurídico adequado dentre os previstos para outorgar ao particular o exercício daquela atividade, bem como os dispositivos regulatórios aplicáveis à relação segundo o marco legal existente. Relativamente aos aspectos técnicos, por exemplo, há que se estabelecer quais são as características necessárias para oferecer adequadas condições de segurança necessárias à realização da correlata atividade.

Toda questão regulatória deve ser compreendida segundo tal lógica de coexistência de elementos econômicos, técnicos e jurídicos, sob pena de edição de normativos “míopes” ou enviesados, potencialmente prejudiciais ao mercado. Se falhos no aspecto econômico, podem ser danosos aos usuários, aos agentes regulados e à sociedade. Se inadequados em seus elementos legais, passíveis de nulidades no campo jurídico. Se defeituosos tecnicamente, sujeitos a criar mau funcionamento dos serviços. Pior, se simultaneamente defectivos em todos os seus elementos, serão incapazes de atender a sociedade, imporão desequilíbrios econômicos e exigirão sustação legal, o que caracterizaria completo desastre do ponto de vista da efetividade regulatória e da credibilidade da entidade regulatória.

A verdadeira beleza da atividade regulatória reside, portanto, na necessidade de equilíbrio constante entre os meios. Um bom regulador não pode ser apenas economista, nem tão somente um brilhante engenheiro ou, muito mesmo, um mirífico jurista. Precisa, para o exercício adequada de sua função pública, a harmonização desses conhecimentos em prol da sociedade.

Com a expressão “**empreendidos pelo Estado**”, o objetivo é o de tornar claro que a atividade regulatória é, antes de tudo, uma atividade de interesse do Estado, de caráter permanente, de olhar voltado para o futuro e não apenas para conjunturas favoráveis ou desfavoráveis à adoção de determinadas medidas, por vezes incompreendidas e impopulares para a população ou mesmo acanhadas por interesses políticos, portanto de Governo, de ideologia reinante. A escolha da palavra “empreendidos”, também derivada do verbo empreender, não é por acaso. A atividade regulatória, assim como a ação de “empreender” exige atividade proativa, de antevisão, interpretação da realidade e certa assunção de riscos na tomada de decisões, que tutelam interesses indisponíveis da sociedade. Razão pela qual prudência e arrojo devem ser balanceados.

O conceito proposto segue com a inclusão do elemento finalístico da regulação, pelo qual entendemos que essa atividade empreendida pelo Estado tem como escopo “**permitir e moderar a realização de atividades que interessam à sociedade**”.

A palavra “**permitir**” foi escolhida para definir a relação que se estabelece entre o Estado e o ente privado que recebe a delegação da atividade pública (concessionário, permissionário ou autorizatário). O verbo permitir encerra três noções principais: consentir, não se opor ou ceder o lugar a alguém ou algo.

São exatamente essas as principais situações de manifestação regulatória. Em algumas situações, o Estado anui com a realização de uma atividade pelo agente privado, mas que por alguma natureza de interesse público depende de concordância com a realização. Trata-se de consentimento regulatório, tipicamente manifesta por meio do instituto da autorização. O particular, para poder explorar a atividade econômica em que há interesse público, mediato ou imediato, precisa de aval do Estado para o seu livre exercício.

Com proximidade ao sentido anterior, em outras atividades sobre a qual incide a regulação, a manifestação estatal é no sentido de não objeção, uma espécie de nihil obstat conferido pelo Estado para o desempenho daquela atividade. O instituto para tais situações jurídicas é também o da autorização, todavia com menor nível de exigências ou “regras de entrada” para o desempenho da atividade. Em tais hipóteses a manifestação estatal consiste em reconhecimento de que aquela atividade proposta pode ser executada sem maiores embaraços de ordem burocrática.

Muito embora, as duas situações sejam muito assemelhadas e geralmente previstas por meio do instituto da autorização, existe uma diferença técnica sutil entre as duas situações que consideramos ser relevante pontuar. Como é típico dos institutos que dependem de autorização, o interesse do particular é preponderante ao interesse público na realização da atividade e o que as difere é a intensidade da vontade do particular com relação à celebração de tal negócio jurídico. Nas hipóteses de “não objeção” o interesse do particular é evidentemente mais forte do que nas situações que dependem de “consentimento”. A diferença não é apenas de cunho teórico, na medida em que existem rigores e níveis de obrigações diferentes para procedimento de obtenção de autorização. Deverá o regulador ponderar o nível adequado de exigências para deferimento das pretensões, modulando o interesse estatal no monitoramento ou conhecimento que se pretenda da atividade autorizada.

O balizador do nível de exigências para a autorização da exploração de atividades como essas deverá ser a preponderância de interesse.

Quanto maior o interesse do agente privado pela execução dos serviços, casos de “não objeção”, menor deverá ser o estabelecimento de regras de entrada e burocracia para o funcionamento. Nesse sentido, quando o interesse privado na realização daquela atividade possuir intensidade significativa, a modulação das regras deverá seguir, de maneira

proporcional, o ponto necessário ao estímulo da atividade e controle estatal do que for apenas essencial ao seu funcionamento

O terceiro sentido do “permitir” usado no conceito traz a ideia de “dar ocasião a”, “ceder o lugar” materializando-se nos mecanismos de delegação de serviços ou exercício de atividades em nome do Estado promovidas por meio dos clássicos institutos da concessão e permissão, assim previstos pela Lei nº 8.987/95, ou autorização.

Nesses casos a noção está muito bem empregada, o que ocorre tipicamente nas atividades sob regime de regulação é exatamente o fato de que uma atividade de interesse estatal passe a ser desempenhada pelo agente privado, que substitui a Administração na executoriedade, remanescendo a titularidade com o Poder Público.

Daí a diferença principal dos sentidos de “consentimento” ou “não objeção”, dos casos de permissão, concessão ou autorização de serviço público, quando o Estado oferece o seu lugar de executor ao particular, uma vez que as atividades objeto de tais negócios jurídicos são de preponderante interesse estatal ou coletivo e não do particular prestados do serviço ou executor do empreendimento.

Várias seriam as possibilidades aqui elencáveis, dentre elas destacamos: as concessões de rodovias, ferrovias, aeroportos, portos organizados, dentre outros.

O outro verbo escolhido, que revela como o Estado promover a regulação foi “**moderar**”. O sentido aqui atribuído é que a atividade regulatória não pode ser intervencionista, por definição. Uma vez que a atividade ou empreendimento foi permitida ao agente privado, resta ao Poder Público, por meio dos instrumentos técnicos, jurídicos e econômicos que já discutimos acompanhar, avaliar, normatizar e fiscalizar o desempenho. Todavia, deve pautar sua atuação com prudência e comedimento, sob pena de estabelecer estruturas e burocracias maiores que as ideais ao bom funcionamento da atividade e, assim, acabar por consistir em mais um elemento de custo na execução da atividade econômica ou na prestação do serviço delegado.

Por esse motivo e pelas modificações que a atividade regulatória impõe aos mercados regulados, não se pode tomar decisões de afogadilho ou apenas baseadas em conjunturas, antes, é preciso ponderação, moderação e, quando necessário, austeridade no exercício de suas funções. Esse comportamento, que sempre foi desejável se considerarmos as boas práticas regulatórias, passou a ser exigido legalmente após as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas pela Lei nº 13.655/18, bem como com a nova Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/19).

Forçoso dizer que não se modera aquilo que não se conhece, motivo pelo qual a regulação deve buscar de maneira incessante a atualização intelectual de seu corpo técnico e tecnológica de seus aparatos, para que com suficiente gestão de conhecimento do mercado que regula esteja apta a tomar as melhores decisões aos desafios que forem apresentados.

Seguindo na explicação de conceito proposto abordamos agora a expressão **“realização de atividades que interessam à sociedade mediante a definição de obrigações, o estabelecimento de garantias e a previsibilidade aos agentes econômicos executores”**.

Ao dizer “as atividades que interessam à sociedade”, o conceito propõe a maior abrangência possível aos empreendimentos, tais como a execução de obras, a manutenção e ampliação de infraestrutura, a prestação de serviços de interesse mediato ou imediato da sociedade, dentre outros possíveis.

Tais atividades têm sempre a sociedade como destinatária, na condição de usuária (ainda que potencial) ou beneficiária da execução por agente privado, do qual se deve esperar e exigir agilidade e competência específicas para o objeto.

A relação estabelecida entre o Poder Público Regulador e o agente privado dependerá da existência de ato negocial – contrato ou termo de autorização – que estabeleça direitos, obrigações e responsabilidades pela execução das atividades ao longo do período definido.

Tal documento é o elemento formal necessário para o estabelecimento legal da relação, daí sua importância fundamental no estudo da regulação.

Todo ajuste ou contrato é uma materialização de incertezas, quanto maiores e mais difusos os interesses das partes envolvidas em contrato, mais complexo e importante o instrumento que disciplinará a regência dessa relação.

Ocorre que, geralmente, a prestação de serviços públicos (ou de interesse público) e a realização de obras e empreendimentos de custos elevadíssimos por meio particulares atuando em nome do Estado em contratos de longa duração são caracterizados por maior grau de incerteza. E incerteza tem preço.

Aliás, a doutrina econômica a partir do consagrado Teorema de Coase, procurou explicar o fenômeno. Tomaremos aqui as palavras de dissertação de mestrado de Marcelo Guarany (GUARANY, 2010):

Em todas as relações econômicas, estão presentes custos derivados da própria natureza da relação. Se não existissem custos na manutenção e negociação dos direitos de propriedade, os agentes, na sua interação, sempre chegariam a um resultado eficiente. Contudo, diante da

existência desses custos, pode ser que não se chegue a um resultado eficiente, sendo cabível ao Direito o papel de alocar os direitos de propriedade entre os agentes de forma a minimizar os efeitos dos custos de transação sobre as suas decisões.

De fato, por meio de suas ideias, Coase demonstrou para economistas e advogados que, num mundo baseado em trocas por acordos, são os custos e benefícios de cada acordo que vão nortear as decisões dos agentes. Assim, inseriu a ideia dos custos de transação na Economia e levou ao reconhecimento do Direito como determinante para os resultados econômicos.

(...)

Como consequência desses argumentos, ganham relevância as instituições e as organizações, bem como os arranjos e arcabouços institucionais existentes na sociedade, que podem gerar maiores ou menores “custos de transação”. Instituições podem ser conceituadas como as regras do jogo, formais ou informais, que definem como serão as relações entre as organizações, que, por sua vez, são compostas por grupos de indivíduos que possuem o mesmo objetivo comum, como firmas, órgãos reguladores, partidos políticos etc.

De fato, não apenas os instrumentos contratuais e regulatórios, mas toda a atividade regulatória não pode esquecer que os custos de transação são sempre repassados aos usuários ou à sociedade, gerando ineficiências desnecessárias.

Por esse motivo, fica fácil compreender o nível de complexidade da estruturação de projetos e a responsabilidade que requer a produção dos editais, contratos, aditivos e normativos regulatórios.

Por paradoxal que seja, a incerteza é a certeza dos contratos de longa duração, sendo, portanto, fundamental que o espírito colaborativo e convergente prepondere na relação particular-público que é estabelecida pela delegação e que deverá imperar para fins de regulação. Tal fato, no campo teórico, foi compreendido pela chamada Teoria dos Contratos Relacionais.

Segundo a Teoria e em apertada síntese, em relações jurídicas caracterizadas pela dinamicidade e a impossibilidade de previsibilidade objetiva das obrigações contratuais decorrentes da relação e que serão assumidas pelas partes durante a vigência da avença é essencial o estabelecimento de relação de confiança e segurança entre as partes para

bom funcionamento do contrato, admitindo-se adoção de cláusulas em aberto e elegibilidade de mecanismos de resolução de contendas.

Dito isso, a última parte desse trecho do conceito o “**o estabelecimento de garantias e a previsibilidade aos agentes econômicos executores**”, revela que a finalidade especial da Regulação é a estabilidade das relações jurídicas que serão estatuídas, ou seja, a Proteção à Confiança.

A necessidade de previsibilidade remete ao Princípio da Segurança Jurídica, não apenas um princípio jurídico, mas um dos mais importantes sustentáculos sobre o qual se assenta o Estado de Direito. Pois traz em sua concepção o cerne de garantidor da paz social, na medida em que possibilita a todos os submetidos ao Estado saber o modo pelo qual serão tratadas as relações sociais.

Há que se dizer que o Princípio da Segurança Jurídica é um “meta-princípio”, dos quais princípios jurídicos, inclusive o Princípio da Legalidade, são decorrências. Observe-se, neste entendimento, que o arcabouço normativo, fonte da legalidade, existe apenas e tão-somente porque os indivíduos, renunciando às suas liberdades individuais para a resolução de seus conflitos, elegem que o Estado, por meio de suas leis, possa substituir com maior vantagem o juízo particular e manter a necessária paz social.

É inegável que a necessidade de segurança e previsibilidade influencie todas as relações humanas nos mais diversos campos.

No panorama econômico não é diferente. Especialmente em tempos de economia globalizada, com facilidade na circulação de riquezas em nível mundial, o corolário ganha ainda maior importância por fomentar a eficiência econômica e atrair investimentos internacionais para um país. Bem a propósito, o magistrado britânico TOM BINGHAM, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em sua obra “*The Rule of Law*”, trata de forma muito clara acerca da necessidade de a Lei (aqui compreendida em sentido amplo) ser clara e previsível e, principalmente, sua capacidade de atrair ou afugentar capital estrangeiro: “*the third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties’ rights and obligations were vague or undecided.*”²

Com incremento de investimento há aumento da produtividade; geração de empregos; formação de classes com maior capacidade de compra; aquecimento de mercado interno; melhoria das condições sociais e de vida da população e, até mesmo, estabilidade, vez que não haveria interesse

2 BINGHAM, Tom. *In The Rule of Law*. Ed. Penguin. P. 38.

político em modificação deste cenário, permitindo um círculo virtuoso de benefícios.

A regulação, em outras palavras, também se destina a tutelar a segurança jurídica em favor dos benefícios que gera para a economia e o bem-estar social.

Resta, do conceito proposto, a necessidade de referência ao locus em que ocorre a regulação, o que é proposto no seguinte trecho: “(...) **que se opera em sistema de forças e interesses tutelados por atores políticos, econômicos, institucionais e sociais**”.

Para a compreensão de um fenômeno é sempre necessário identificar o cenário em que se opera e as quais as forças se sujeita. A regulação também é assim. Só poderá ser compreendida a partir da identificação do *framework*.

A compreensão desses *frameworks* advém das lições de Elinor Ostrom e que, em doutrina pátria, são muito bem explicadas por Natália Resende Andrade Ávila, que assim registrou (ÁVILA, 2021):

Frameworks, por seu turno, identificam os elementos, e as relações gerais entre eles, que precisam ser considerados para uma análise institucional, bem como organizam avaliações diagnósticas e prescritivas, fornecendo um conjunto amplo de variáveis no âmbito de exames de arranjos institucionais (Ostrom, 2011). Outrossim, segundo a aludida autora, *frameworks* fornecem uma linguagem teórica que pode ser usada para comparar teorias, fazendo com que os elementos referentes a uma estrutura ajudem a gerar questões que necessitam ser abordadas quando de uma análise.

(...)

O desenvolvimento de *frameworks* é uma atividade central no estudo, por exemplo, de sistemas socioecológicos (SESs), pois fornecem aos estudiosos de diferentes origens linguagens comuns para comparar e construir a teoria entre os casos (Ostrom, 2009).

Geralmente, o propósito de desenvolver um *framework* é facilitar a troca de argumentos sobre o domínio do conhecimento por meio de uma descrição clara e inequívoca dos conceitos em questão e de seus relacionamentos. No domínio dos SESs, por exemplo, isso significa que um *framework* deve apoiar a formulação e comparação de hipóteses, modelos e teorias. Um *framework* SESs visa, assim, fornecer o conjunto mais geral de conceitos que se supõe serem aplicáveis a todo o domínio

dos SESs (Ostrom, 2005). Embora isso não signifique que um *framework* seja livre de teoria, o objetivo de seu desenvolvimento é permanecer o mais neutro possível para permitir a representação de diferentes teorias dentro da estrutura (Hinkle, 2014).

A ideia de *frameworks* toma por empréstimo a noção de “sistema de forças” das Ciências da Natureza. Como sabido, o conceito de força está na ação ou influência capaz de modificar o estado de algo. E, ainda, as forças podem ter direções, sentidos, intensidades e pontos de aplicação diferentes. Quando sobre um mesmo objeto, atuam simultaneamente um conjunto de forças, temos o chamado “sistema de forças”.

Assim, *mutatis mutandis*, a regulação se opera em coexistência de forças premidas por atores políticos, econômicos e sociais. Não estamos a discutir a legitimidade de tais forças, mas a reconhecer que elas ocorrem e atuam na atividade regulatória.

Na atuação das forças exercidas por agentes políticos temos os detentores de mandatos eletivos e que, se por um lado detém a representatividade social, por outro tutelam interesses, por vezes, transitórios em razão da necessidade de oferecer respostas periódicas e de curto prazo ao eleitorado.

A força dos agentes políticos acaba se operando principalmente de três maneiras: na definição dos gestores, na influência no processo de tomada de decisão e na pressão por adoção de medidas de interesses difusos. Não se pretende anatematizar ou mesmo conferir reprovabilidade a tal realidade, o que nos importa é reconhecer academicamente que há essa ocorrência e que deve o regulador saber lidar com essa realidade.

Sob a força dos atores econômicos temos os concessionários, permissionários, autorizatários, acionistas, fundos de investimentos, bancos, seguradoras, entidades associativas, usuários monopsonistas ou com elevado poder de mercado e demais grupos econômicos que atuam no sentido de compelir a regulação a observar seus pontos de vistas. A capacidade financeira de tais agentes permite, para além da tensão decisória, a disponibilidade de contratação dos melhores profissionais aptos a construir e advogar em favor das teses mais benéficas perante os órgãos reguladores. É preciso reconhecer que a regulação, em certa medida, acaba mimetizando o legítimo processo democrático de construção que se vê no Poder Legislativo.

Em recente livro intitulado “*Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*”, os autores Cass Sunstein e Adrian Vermeule sustentam que “[i]f we are concerned with democracy, freedom, or the general welfare, there is a great deal to be said for, not against, the modern administrative state.

In contemporary government, federal and state agencies are arguably products of democratic will (acknowledging the role of self-interested private groups).³

Nesse sentido, ganha maior importância a adoção e implementação de medidas dos reguladores para obrigar a implementação de políticas e práticas de *compliance* às empresas reguladas como medida de mitigação de abusos, além das próprias regras de governança no âmbito da Agência Reguladora.

A adoção de medidas de integridade, transparência e redução de hipóteses de fraude e corrupção permite que as empresas possam reforçar seus compromissos com os valores éticos e objetivos institucionais e, primordialmente, com o cumprimento do marco legal e regulatório.

A promoção e implementação efetiva de políticas de transparência, prestação de contas e regramento de condutas permitiriam que os atores econômicos utilizassem sua capacidade de influenciar o processo decisório segundo regras e padrões aceitáveis, possibilitando, assim, maior credibilidade no público interno e externo, além de potencializar a atração de novos investimentos oriundos de parceiros internacionais.

Dentre os chamados “atores institucionais” estão o conjunto de órgãos e representantes das estruturas estatais atuantes nos processos regulatórios. A identificação pormenorizada seria motivo de outra discussão específica, pode-se, exemplificativamente, enumerar: as Magistraturas, os membros dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais; os Tribunais de Contas; os Governos Estaduais e Municipais; os órgãos ambientais, as autoridades policiais, dentre outras. Entes que exercem controles prévios, concomitantes ou posteriores a atuação e tornam ainda mais intrincado o exercício de forças.

O debate quanto à delimitação e à autocontenção dessas instituições tem sido objeto de diversas discussões doutrinárias, de sorte que, para o presente artigo, é apenas relevante reconhecer que a atuação legítima e compromissada com o resultado em esforço conjunto e convergente traz evoluções ao processo regulatório. No entanto, a ocorrência concomitante de tantos interesses – ainda que legítimos – tornam o processo da regulação muito mais árduo e demorado.

Resta, por fim, referenciar as forças exercidas pelos atores sociais. Como se sabe, infelizmente não há no Brasil uma cultura efetiva de participação da sociedade em processos decisórios promovidos pela Administração Pública.

Ainda assim, existem mecanismos em todas as Agências Reguladoras que possibilitam a participação social desde a construção das ideias até a implementação da norma, tais como Tomadas de Subsídios, Reuniões Participativas, Agendas Regulatórias, Consultas e Audiência Públicas.

3 SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. In *“Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State”*. Ed. The Belknap Press of Harvard University Press. P. 143.

Geralmente grupos minoritários representativos da sociedade são mais bem organizados e, por conseguinte, aqueles que melhor estruturam a sua participação. No entanto, por muitas vezes tais representações defendem pontos de vista direcionados não à coletividade, mas ao atendimento de interesses pontuais e próprios. Mas não se pode ignorar que esses grupos representativos também podem exercer valiosa função de controle sobre eventuais abusos por parte do regulador, na medida em que estão mais afetos à regulação setorial.

Cabe, na boa prática, que os reguladores estejam atentos a essa situação e busquem rotineiramente fomentar a cultura regulatória para permitir o conhecimento da sociedade de sua atuação e assim aprimorar o debate e não direcionar as ações regulatórias a apenas algumas das vozes sociais, lembrando-se sempre que cuidam de um patrimônio maior e pertencente a toda a coletividade.

A contribuição ao enumerar tais agentes é reconhecer a coexistência das forças imprimidas no fenômeno regulatório.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, a partir da discussão aqui proposta, os fenômenos estatais, dentre os quais a regulação, decorrem de como a sociedade se organiza em busca do bem-estar financeiro e social. Quanto mais complexas as relações que se estabelecem nessa busca, mais complexas serão as medidas que o Estado terá de utilizar para garantir o funcionamento e a manutenção do sistema.

Como se vê, a regulação é sistêmica e multiforme, sua materialização é um substrato, uma resultante das forças sobre as quais se sujeita na produção e utilização dos mecanismos regulatórios pelos quais se manifesta.

O conceito proposto faz perceber o quanto a regulação é atividade de alto grau de complexidade, que impõe elevada responsabilidade e é capaz de promover grandes transformações econômicas e sociais.

E, por isso, eis aí seu maior desafio e beleza: equilibrar e ser equilibrada na busca do interesse perene do Estado e da melhoria das condições de vida da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Laccademia Publishing Limited – London, United Kingdom. 2015. 2ª ed.

ÁVILA, Natália Resende Andrade. *Novos Desafios Regulatórios das Concessões*. Editora FGV – Rio de Janeiro, 2021.