

DIREITO REGULATÓRIO ECONÔMICO: QUAL O NOSSO PONTO DE PARTIDA?

Economic regulatory law: what is our starting point?

Humberto Eustáquio César Mota Filho*

Resumo: O presente artigo resgata alguns dos marcos teóricos mais relevantes para o desenvolvimento do Direito Regulatório Econômico, explicitando suas principais ambições analíticas e seus campos de aplicação. Após, busca-se identificar, a partir do ponto de partida de cada um de desses marcos teóricos, algumas possíveis contribuições de cada um deles para uma intervenção estatal mais adequada no âmbito do domínio econômico, dado o modelo do Estado regulador brasileiro.

Palavras-chave: direito regulatório econômico; análise econômica do direito; nova economia institucional; direito e desenvolvimento.

Abstract: This article rescues some of the most relevant theoretical frameworks for the development of economic regulatory law, briefly explaining its main analytical ambitions and its fields of application. Afterwards, we seek to identify, from the starting point of each of these theoretical frameworks, the possible contributions of each of them to a more adequate state intervention in the economic sphere, given the model of the Brazilian regulatory State.

Keywords: economic regulatory law; law and economics; new institutional economics; law and development.

Submissão: 23/05/2023

Aprovação: 22/06/2023

INTRODUÇÃO

A doutrina e a jurisprudência apoiam-se em modelos teóricos para validar ou não os objetivos da intervenção estatal ou privada nos mercados. Assim, é muito relevante compreender melhor alguns dos marcos teóricos mais significativos para o desenvolvimento do Direito Regulatório Econômico, quais são suas principais ambições analíticas e seus campos de aplicação. Em outras palavras, é preciso entender bem qual é o seu ponto de partida (marco teórico), para que alguém possa afirmar com mais segurança que o seu ponto de chegada é realmente possível ou factível.

* Doutor em Ciência Política (IUPERJ); mestre em Direito (UCAM); pós-graduado em Direito da Empresa e da Economia (FGV); pós-graduado em Projetos Financeiros (UERJ); bacharel em Direito (PUC/Rio).

Modelos teóricos são fundamentais para a tomada de decisões, sejam elas empresariais, administrativas ou judiciais. O Direito Regulatório também é influenciado por modelos teóricos, em especial aqueles derivados das teorias da Análise Econômica do Direito, da Nova Economia Institucional e do Direito e Desenvolvimento, por exemplo. Portanto, é essencial compreender melhor quais são as presunções, ambições analíticas e as questões às quais tais modelos se prestam a responder, para que as decisões tomadas sejam adequadamente fundamentadas.

Conhecendo mais profundamente as virtudes e as deficiências de cada modelo explicativo das questões tratadas pelo Direito Econômico, será possível ao Poder Executivo escolher melhor qual o modelo mais adequado para determinado ciclo de desenvolvimento econômico ou política pública de desenvolvimento, será mais provável que o Legislativo elabore leis melhores ao considerar as consequências econômicas estimadas dos projetos de leis em exame e, também, o Poder Judiciário terá mais fundamentos para avaliar se as ações dos governos prezam a eficiência e a economicidade pública e se os agentes econômicos abusam ou não de seu poder.

Sempre vale recordar que as potencialidades de quaisquer dos modelos utilizados, implícita ou explicitamente, pelo Direito Regulatório Econômico não significam garantia de êxito. Além de conhecer bem qual o seu ponto de partida, é preciso que os modelos sigam sendo aperfeiçoados, dada a própria dinâmica econômica e evolução institucional. Não por acaso, o estatístico britânico George Box, especialista em processos industriais, já afirmava espirituosamente que “todos os modelos são errados, mas alguns são úteis” (Spiegelhalter, 2022, p.123). A utilização de qualquer modelo deve ser feita com consciência de suas potencialidades e limitações e com o constante compromisso ético de seu aperfeiçoamento. A crítica aos modelos da Análise Econômica do Direito, da Nova Economia Institucional e do Direito e Desenvolvimento, feita neste artigo, pretende contribuir para robustecer a visão de suas respectivas potencialidades e limitações para a regulação econômica. Para se ter a correta consciência do nosso ponto de partida e se o compromisso ético com o aperfeiçoamento dos modelos está sendo respeitado, é essencial revisitar o Estado regulador brasileiro e sua Constituição Federal, bem como recordar como e por que tais modelos foram criados.

A partir do ponto de partida de cada um desses marcos teóricos, espera-se identificar as possíveis contribuições de cada um deles para uma intervenção estatal mais adequada no âmbito do domínio econômico, tendo em conta o modelo do Estado regulador brasileiro.

1 REGULAÇÃO

A regulação ou a intervenção estatal no domínio econômico tem se dado de diversas formas ao longo do tempo, na busca pela forma mais adequada de intervenção do Estado na economia. Para alguns existem modelos que são aplicáveis universalmente, independentemente da história e do estágio de desenvolvimento de um Estado, enquanto para outros seria necessário modelar os mercados, considerando-se especificamente as realidades sociais e institucionais de cada Estado (Goldin, 2016).

Os conhecimentos econômicos teóricos acumulados e os seus *insights* são valiosos para traçar modelos regulatórios e para a evolução dos próprios conceitos jurídicos e desenvolvimento do ramo do Direito Regulatório. Com efeito, além da contribuição específica da economia, o Direito também avançou em teorias e explicações sobre a regulação. De fato, estudiosos nos campos do Direito e da Economia têm se associado, de forma interdisciplinar, para compreender melhor o novo papel e os limites do Estado regulador e sobre como robustecer a qualidade regulatória brasileira.

Dependendo do grau de abrangência que se pretenda atribuir ao conceito, a regulação pode ser mais ou menos ampla (Jordana; Levi-Faur, 2012):

- a) Agências reguladoras - regulação como normatização - diz respeito ao regramento do exercício de atividades privadas por parte de organizações públicas (mais restritivo).
- b) Tributação, subsídios e propriedade estatal de estruturas produtivas - regulação como todas as formas de intervenção do Estado na economia e na vida privada (intermediário).
- c) Consultas e Audiências públicas - regulação como controle social de todos os tipos, inclusive informais e não-estatais (mais abrangente).

Para além da abrangência, diferentes espécies de atividades podem ser reguladas pelo Estado, variando, no entanto, o conteúdo da regulação. Fala-se muito na tripla regulação (Souto, 2000):

- a) a “regulação dos monopólios”, visando a atenuar o efeito das forças de mercado, por meio de controles de preços e da qualidade do serviço;

- b) a “regulação para a competição”, a fim de criar condições para a existência e manutenção da concorrência; e
- c) a regulação social, objetivando a universalização dos serviços.

A partir do âmbito de atuação do Estado, a proposta de reforma regulatória da OECD (1995) apresenta três categorias da atividade regulatória:

- a) Regulação Econômica – caracteriza-se pela intervenção direta nas decisões de mercado, tais como definição de preços, competição, entrada e saída de novos agentes nos mercados. Para a OECD, nessa categoria a reforma deve se propor a aumentar a eficiência econômica por meio da redução de barreiras à competição e à inovação, utilizando a desregulamentação, a privatização e fornecendo estrutura para o funcionamento e a supervisão das atividades do mercado.
- b) Regulação Social – destina-se a proteger o interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e em questões nacionais. Em muitos casos, a regulação deve atuar sobre recursos sociais que não estão sujeitos a transações de mercado, mas que, no entanto, são importantes ou mesmo imprescindíveis à produção de um bem ou serviço regulado. Segundo a OECD, cabe nesse plano da reforma aferir a necessidade de intervir em decisões relativas à provisão de bens públicos e à proteção social, reduzindo os efeitos das externalidades geradas por outros agentes sobre a sociedade.
- c) Regulação Administrativa – destina-se a estabelecer os procedimentos administrativos por meio dos quais o governo intervém nas decisões econômicas, os chamados *red-tapes*. Esses instrumentos burocráticos podem gerar impactos substanciais sobre o desempenho do setor privado. De acordo com a OECD, para evitar esse efeito, os governos devem buscar em suas reformas regulatórias eliminar as formalidades desnecessárias, simplificar aquelas que são necessárias e melhorar sua transparência e aplicação.

Mais especificamente no bojo da regulação econômica, em que pesem as suas diversas definições e seus objetivos (Di Pietro, 2009), indicativos da falta de um consenso, é possível extrair das suas variadas conceituações algumas ideias presentes na maioria delas, quais sejam: o estabelecimento de regras de conduta; controle da atividade privada pelo Estado, que equivale à ideia de polícia administrativa; finalidade pública, que seria a de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

Com base nessas ideias e elementos, a regulação econômica (Aragão, 2012) pode ser sintetizada como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público, incluído aí o funcionamento equilibrado do mercado.

Tal síntese pode ser extraída do modelo regulatório constitucional brasileiro. Vale recordar, em linhas gerais, qual seria esse modelo e se ele já traria no seu bojo todos os elementos para uma intervenção estatal adequada no âmbito do domínio econômico, ou se estaríamos diante de um ponto de partida, a ser complementado por outros modelos.

2 REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

A recente reforma do aparelho estatal brasileiro nas últimas décadas acolheu o modelo das agências regulatórias independentes para o monitoramento e disciplina de atividades econômicas setoriais como uma das modalidades dessa intervenção estatal.

A Constituição Federal de 1988 (CF) adota o modelo de organização econômica capitalista, sendo a livre iniciativa o princípio fundamental da República (art. 1º, IV) e da Ordem Econômica (art. 170, caput), garantindo-se o direito de propriedade, inclusive dos bens de produção (arts. 5º, XII e 170, II), e respeitando-se a liberdade de atividade econômica independentemente de prévia autorização, salvo nos casos previstos em lei (arts. 5º, XIII e 170, parágrafo único). O art. 173, caput, da Constituição consagra o princípio da subsidiariedade da participação do Estado na atividade econômica¹.

Portanto, a Constituição determina que, como regra geral, o Estado se abstenha de exercer diretamente atividade econômica. Para que possa desempenhá-la, faz-se necessário que exista previsão constitucional, ou lei que determine haver relevante interesse coletivo ou necessidade relacionada à segurança nacional. A participação direta do Estado na atividade

¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

econômica, quando admitida, concretiza-se geralmente pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, para as quais a Constituição previu um regime jurídico próprio e aproximado daquele aplicável aos agentes privados, cujos princípios encontram-se estatuídos no §1º do art. 173.

Para a compreensão do novo papel do Estado face à atividade econômica, é preciso considerar os objetivos da República (art. 3º da CF) e os artigos 5º, XXIII e 170, III, da CF, que determinam que a propriedade cumprirá função social. Esses objetivos demandam uma atuação positiva do Estado na seara econômica.

Por sua vez, a livre concorrência como princípio fundador da Ordem Econômica (art. 170, IV) exige uma intervenção do Estado na prevenção e repressão do abuso do poder econômico (art. 174, §3º, CF/88). Além disso, o art. 174 da CF consolida o novo papel estatal na economia:

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.

A CF conferiu ao Estado brasileiro amplos instrumentos de intervenção indireta, como aqueles expressos nas funções de planejamento e regulação. Ao transferir algumas atividades de utilidade pública à execução privada, por meio do processo de desestatização, o Estado brasileiro não deixou de possuir profunda influência sobre a atividade econômica, mas sua tradicional participação direta, como Estado-empresário, foi substituída por uma intervenção focada na direção ou indução, agora como Estado-regulador.

Pelo art. 174 da CF, encontra-se uma previsão genérica de ordenação da economia pelo Estado, baseada no exercício do poder-dever fiscalizatório, normativo e sancionador, no qual pode ser identificado o embrião do futuro desmembramento dessas competências nos ordenamentos setoriais regulatórios, hoje personificados na figura das agências reguladoras. É preciso conhecer como desse embrião o direito regulatório econômico pode acolher os modelos econômicos mais adequados a intervenção estatal nos mercados.

Além das preocupações específicas com as falhas de mercados, entendidas como questões típicas da regulação, em geral, quando do surgimento da regulação no Brasil, o Estado sofria uma crise do financiamento das suas múltiplas funções. Diante dos objetivos e diretrizes constitucionais, foi preciso adotarem-se novas estratégias de atuação compatíveis com a escassez de recursos (Aragão, 2002).

Não obstante a lógica constitucional de atuação subsidiária do Estado, o principal objetivo técnico perseguido com a instituição de um modelo estatal regulatório foi a cessão de capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas e especializadas, as agências regulatórias. Esperava-se então que esse novo modelo regulatório fosse capaz de gerar mais credibilidade e estabilidade institucional ao Estado brasileiro na atração de investimentos privados, nacionais e estrangeiros, para financiar a infraestrutura e os serviços de utilidade pública.

Pelo exame da nossa Constituição, percebe-se que o modelo regulatório brasileiro da economia é ambicioso e aberto, ao pretender compatibilizar uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade, sem, contudo, especificar qual o caminho a ser trilhado para tanto. Portanto, em síntese, elege-se como ponto de partida um sistema de mercado constitucionalmente qualificado, que comporta, por sua abertura normativa, mais de um caminho para se realizar uma intervenção estatal adequada no âmbito do domínio econômico. Essa base constitucional permite que as normas do sistema jurídico brasileiro sejam influenciadas e influenciem modelos econômicos distintos escolhidos para buscar o equilíbrio e a função social da propriedade.

Nesse ponto, é de se notar que a busca do equilíbrio de mercado pelo Estado-regulador brasileiro deve ser dar em integração com a regulação social e administrativa, pois todas essas categorias da atividade regulatória, já previstas na proposta de reforma regulatória da OECD (1995), complementam o sistema de mercado constitucionalmente qualificado, ambicioso e aberto desse Estado-regulador. Sem a integração das categorias regulatórias social, econômica e administrativa, não é dado conceber uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade.

Em sendo assim, o Estado brasileiro deve buscar elaborar leis, promover políticas públicas e fundamentar suas decisões judiciais baseado em modelos econômicos úteis, ou seja, nosso Estado deve privilegiar modelos que se prestem à integração dessas categorias regulatórias e comportem a ambição do sistema de mercado constitucionalmente qualificado. Exemplificando, os fundamentos do Direito Econômico brasileiro que servem de base para as considerações sobre eficiência de mercado, concorrência desleal e abuso de poder econômico não podem se escorar em teorias universais, acriticamente, mas antes utilizar os modelos consagrados tendo conhecimento das suas potencialidades e limitações (consciência), aperfeiçoando suas principais ambições analíticas e ajustando seus campos de aplicação para

atender uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade (compromisso ético).

Não por acaso, os modelos econômicos são baseados em teorias e servem para responderem, por exemplo, se determinado mercado está tendendo ao equilíbrio ou se determinada regulação favorece a função social da propriedade. Modelos teóricos também são úteis para esclarecerem outras questões relevantes no âmbito da regulação, em especial: por que regular? Para se responder a essa pergunta, foram criadas as chamadas teorias da regulação. Destacamos, a seguir, algumas dessas teorias, a fim de esclarecer como elas podem contribuir para uma intervenção estatal mais adequada na economia brasileira.

3 AS TEORIAS DA REGULAÇÃO

3.1 Teoria normativa da regulação

Inicialmente se compreendia que a regulação deveria ocorrer caso se constatasse haver falhas de mercado. Este entendimento foi originalmente denominado *public interest theory* e, posteriormente, *normative analysis as a positive theory* (Viscusi *et al*, 1995).

A literatura especializada (Miller) identifica falhas de mercado como próprias de uma economia aberta e capitalista, conforme nosso modelo constitucional, e seriam, por excelência, objeto da atividade regulatória, quais sejam:

- a) poder de mercado, que permite o estabelecimento de preços acima dos níveis de concorrência perfeita;
- b) externalidades, positivas ou negativas, que são situações em que o comportamento de um indivíduo afeta outros agentes sem que isto passe pelo sistema de preços;
- c) bens públicos, para os quais o consumo será não rival e não excludente, determinando um subinvestimento na provisão do bem ou serviço;
- d) assimetria de informação, situação na qual uma das partes da transação detém um conjunto mais completo de informações do que a outra, e com isto pode agir oportunisticamente para auferir lucros.

Nessa teoria, o funcionamento eficiente dos mercados pressupõe, entre outros elementos, a existência de informação completa e simétrica sobre as condições de oferta e

demanda para todos os agentes econômicos, para que os preços de mercado possam eficientemente coordenar e alocar recursos. Assim, busca-se analisar os mercados e explicar a natureza dos problemas derivados das suas, em termos de eficiência econômica. A partir daí, prescreve-se um marco explicativo com “receitas” regulatórias, com base em presunções do funcionamento do mercado, com o intuito de responder à demanda pela correção das falhas de mercado ou das práticas anticompetitivas. Nesse sentido fala-se que é uma teoria normativa da regulação (Fagundes, 2003), no sentido de um mercado ideal a ser buscado, dentro de um espectro de mais ou menos equilíbrio de mercado.

Entretanto, esse mercado ideal, com todas as suas presunções teóricas, nunca foi identificado na realidade econômica dos Estados. Ao fazer tantas presunções, a teoria normativa ganha um grande potencial analítico para conhecer se as tendências de determinado mercado, na prática, se aproximam ou se afastam do ideal de mercado. Nesse sentido, tal modelo é útil ao Estado-regulador brasileiro na sua busca por uma economia de mercado equilibrada. Contudo, tendo em vista o compromisso ético que deve pautar a utilização de qualquer modelo teórico, o Estado-regulador brasileiro deve seguir aperfeiçoando as presunções dessa teoria para avançar nas suas políticas de defesa da concorrência, de combate ao abuso do poder econômico, de defesa do consumidor, por exemplo, sem tomar essa teoria como uma verdade absoluta, mas antes corrigindo tais presunções com os dados obtidos a partir da sua expertise regulatória.

3.2 Teoria da captura

No movimento seguinte, a teoria normativa foi reformulada (Fagundes, 2003), pois argumenta-se que a regulação originalmente voltada para corrigir falhas de mercado resultou na captura da agência reguladora, com as próprias empresas interferindo no conteúdo da regulação, de forma a desequilibrar a relação entre elas e os consumidores. Ao longo do tempo, teria sido observado que a regulação produzida pelas agências se daria em resposta à demanda dos próprios entes privados, numa espécie de captura dos reguladores pelos regulados.

Nesse modelo teórico, essa captura ocorre quando os organismos regulatórios se encontram muito próximos dos regulados, favorecendo o aumento dos riscos de interferência de interesses particulares nas decisões públicas, conseqüentemente afetando a independência e a qualidade da regulação.

A captura também pode ocorrer quando o governo atua para que a agência assumam posições que reforcem sua política para determinado setor. Além disso, existe ainda a captura

burocrática, que ocorre quando os objetivos da agência passam a refletir os interesses de seu *staff* (Fagundes, 2002).

Com tudo isso, questionaram-se os limites da independência das agências e iniciou-se um movimento para a criação de mais controles sobre o funcionamento da atividade de regulação.

O Estado-regulador brasileiro, talvez influenciado pelos achados dessa teoria, conferiu autonomia financeira e administrativa para suas agências regulatórias, além das garantias de mandatos fixos para seus diretores. Mesmo assim, a independência das agências regulatórias brasileiras ainda parece ameaçada pelos casos noticiados de nomeações de dirigentes não técnicos para seu corpo diretor e pelo substancial contingenciamento de orçamento de algumas dessas agências.

Apesar dos seus questionamentos valiosos para o aperfeiçoamento do modelo regulatório, a teoria da captura não esclarece por que determinados grupos exercem mais influência do que outros, ou como o bem-estar de diferentes grupos de interesse é melhorado com a regulação e por que pode ocorrer a regulação e a desregulação de determinadas indústrias. Portanto, outras teorias procuraram avançar a fim de esclarecer melhor o funcionamento da regulação.

3.3 Teoria econômica da regulação

As premissas da teoria econômica da regulação elaborada por Stigler (1975) geraram prognósticos sobre quais indústrias seriam reguladas e como isto se daria. Essas premissas podem ser assim sintetizadas:

- a) O Estado é a fonte básica do poder de coerção;
- b) Qualquer grupo de interesse que tenha capacidade de convencer o Estado a usar seu poder de coerção em seu benefício irá melhorar seu bem-estar;
- c) Agentes econômicos são racionais no sentido de escolher ações que são maximizadoras de utilidade;
- d) A regulação vem em resposta às demandas de grupos de interesse que estão buscando maximizar seus benefícios.

Stigler (1975) esquematizou a regulação como um mercado em que políticos “ofertam”, e os interesses organizados “demandam” política regulatória, e elaborou mecanismos explicativos que revelam por que os interesses organizados das empresas tendem a prevalecer no processo político:

- a) os custos da organização, que incidem de forma difusa sobre os consumidores e seus benefícios, são alocados de forma concentrada, favorecendo as empresas; e
- b) os custos de informação são menores para as empresas e maiores para os consumidores.

Ao desenvolverem a perspectiva da teoria econômica da regulação, Stigler e Peltzman (Viscusi *et al*, 1995) formularam respostas para muitas das perguntas existentes sobre a regulação das atividades empresariais, ao afirmarem que:

- a) a regulação redistribui riqueza;
- b) a conduta dos políticos é guiada pelo desejo de permanecerem no poder, estando implícito que a regulação é criada para maximizar o suporte político;
- c) grupos de interesse competem oferecendo suporte político em troca de regulação favorável.

Tendo em conta os achados da teoria econômica da regulação, o Estado-regulador brasileiro deve se concentrar em diminuir os custos da organização de grupos políticos minoritários ou daqueles sem voz no debate regulatório e em reduzir os custos da informação utilizada para a elaboração das políticas regulatórias, a fim de contrabalançar a grande influência dos grupos empresariais sobre tais políticas e de democratizar mais o debate sobre quais são as melhores escolhas regulatórias para atender ao interesse público. De certa forma, o Estado brasileiro já está investindo nessa direção, ao dar publicidade a sua agenda regulatória, ao incentivar a realização de mais audiências e consultas públicas sobre a agenda e o estoque regulatório das agências e ao admitir que as contribuições advindas desse debate mais amplo sejam utilizadas para a melhoria da qualidade regulatória. Todavia, ainda é preciso avançar muito em direção a um debate regulatório mais transparente e democrático no Brasil.

Ao finalizar o resgate dessas teorias econômicas, resta claro como os conhecimentos econômicos teóricos acumulados e os seus *insights* são valiosos para traçar modelos regulatórios e para a evolução dos próprios conceitos jurídicos e desenvolvimento do ramo do

Direito Regulatório. Com efeito, além da contribuição específica da economia, o Direito também avançou em teorias e explicações sobre a regulação. De fato, estudiosos nos campos do Direito e da Economia têm se associado, de forma interdisciplinar, para compreender melhor o novo papel e os limites do Estado regulador e suas consequências no mundo empresarial e jurídico. Então, é válido revisar agora as principais teorias e conclusões conjuntas desses campos do conhecimento, a fim de robustecer nosso entendimento sobre como melhorar a qualidade regulatória brasileira.

4 DIREITO E ECONOMIA

Identificam-se outros modelos mais especificamente ligados aos campos do Direito e da Economia, especificamente voltados à regulação, numa perspectiva interdisciplinar levada a efeito seja pelo método da Análise Econômica do Direito, seja pela Nova Economia Institucional ou pela lente do Direito e Desenvolvimento (Cunha, 2018):

- a) Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*) – poder analítico focado no nível micro das relações econômicas, aplica o método econômico convencional para analisar normas e instituições jurídicas (Escola de Chicago);
- b) Nova Economia Institucional (Economia dos Custos de Transação) – poder analítico voltado para a esfera da governança, para problemas de estruturação de regimes e agências reguladoras e ponderações sobre custos de transação;
- c) Direito e Desenvolvimento – poder analítico focado no nível macro das relações econômicas, enfatiza a importância dos programas de desenvolvimento envolverem trocas e mútuo aprendizado.

4.1 Análise Econômica do Direito (Law & Economics)

O modelo de Análise Econômica do Direito se aproxima da Teoria Normativa da Regulação, em especial na sua preocupação em responder às falhas de mercado; desse modo, esse modelo também compartilha tanto as potencialidades quanto as deficiências apontadas para aquela Teoria.

A interpretação quanto aos efeitos das normas ganha papel de destaque na busca específica de eficiência econômica *stricto sensu*. Permite a generalização dos padrões de comportamentos dos indivíduos que responderiam ao comportamento dos preços no mercado e

ajustariam suas expectativas e alocações de recursos de maneira eficiente, por meio da interação entre compradores e vendedores, num tipo de modelo de equilíbrio geral, que assume as seguintes hipóteses:

- a) perfeita informação – agentes detêm todas as informações relevantes;
- b) número suficientemente grande de compradores e vendedores, de maneira que nenhum deles pode, individualmente, afetar o mercado (os preços são dados);
- c) os produtos são homogêneos;
- d) há livre mobilidade de recursos, sem impedimento à alocação de recursos onde for mais vantajoso;
- e) os mercados são completos, pois há mercado para qualquer produto ou serviço que se queira.

Tendo isso em mente, as agências reguladoras brasileiras podem se utilizar da Análise Econômica do Direito para estimar os prováveis comportamentos dos indivíduos de um determinado mercado a diferentes cenários de preços e ponderar qual é o cenário econômico mais eficiente para tal mercado, a partir de um modelo de equilíbrio geral de preços. Com isso, as agências brasileiras têm uma ferramenta para avaliar a adequação das tarifas cobradas pelos serviços regulados e a necessidade de ajustes em seus valores.

A Análise Econômica do Direito ainda pode servir para modelar quais incentivos ou penalidades seriam mais adequados para regular um determinado mercado, a partir do exame prévio dos prováveis comportamentos dos seus vendedores e compradores aos estímulos econômicos dados. Entretanto, como na prática as hipóteses desse modelo não se provam sempre verdadeiras, as conclusões advindas do seu uso devem ser avaliadas com cautela para uma regulação mais adequada dos mercados. Portanto, vale reformular algumas das hipóteses desse modelo, para sua melhor serventia aos propósitos dos reguladores brasileiros, em especial quando elas se revelarem muito distantes da nossa realidade.

4.2 Nova Economia Institucional (NEI)

A Nova Economia Institucional (NEI) avança a partir dos limites da visão econômica convencional, retira o foco da economia como ciência da escolha e passa a considerá-la uma ciência do contrato, ao reconhecer a importância das instituições formais e informais e incorporá-las em sua análise.

Instituições dizem respeito às regras legitimamente instituídas e socialmente enraizadas. Assim, existiriam diferentes arranjos ou matrizes institucionais que propiciariam resultados de coordenação e organização tão ou mais eficazes que o mercado. A combinação e a intensidade desses elementos determinam o volume dos custos de transação (Williamson, 2005).

Dado que todos os contratos são incompletos, em razão da racionalidade limitada, as transações apresentam custos. Surgem, então, duas perguntas fundamentais: que riscos devem ser aceitos? E como eles podem ser mitigados?

Os delimitadores dos custos de transação estão vinculados a elementos que estão fora da abordagem econômica convencional (Fiani, 2011):

- a) racionalidade limitada dos agentes;
- b) incerteza e complexidade dos cenários econômicos;
- c) possibilidades de comportamentos oportunistas individuais;
- d) especificidade dos ativos econômicos.

Diante disso, é preciso avaliar o tipo de estrutura de governança mais adequado para lidar com eles e propiciar a maior coordenação e o menor conflito entre os agentes envolvidos.

Valendo-se dos *insights* da Nova Economia Institucional, podemos nos questionar se os arranjos institucionais existentes no Estado brasileiro favorecem uma regulação de qualidade e como ela pode ser melhorada. Assim, como já abordado na Teoria econômica da regulação, a NEI pode ser uma ferramenta válida para reduzir custos de transação e custos de informação, seja pela edição de novas leis ou pela reforma das nossas agências regulatórias e seus procedimentos internos, em busca de menos burocracia e mais transparência. Nesse sentido, os instrumentos de Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) e Análise de Resultado Regulatório (“ARR”)², presentes no ordenamento jurídico regulatório brasileiro, parecem promissores.

² O lançamento pelo Governo Federal das “Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório” e do “Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório” (2018) sugerem uma tendência estatal de buscar instrumentos técnicos para a melhoria das informações e da qualidade da atuação regulatória. Nesse ponto, vale destacar dois desses instrumentos: A Análise de Impacto Regulatório (AIR), instrumento de avaliação empírica e *ex ante* dos custos e benefícios de uma regulação, pode ser definida como um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e; a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) é um instrumento de avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados originalmente pretendidos, bem como demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação.

A NEI permite uma nova compreensão dos papéis do Estado e do mercado na ordem econômica das sociedades democráticas: tanto reguladores quanto regulados não detêm todas as informações e, por mais bem elaborados que fossem os planejamentos estatais, a complexidade das variáveis sociais e econômicas dos mercados regulados exigia uma análise prévia dos possíveis impactos de novas regulações, com a melhor estimativa das variáveis disponíveis (Mota Filho, 2020). Equivale dizer, por melhor que seja o planejamento central ou descentralizado, numa perspectiva mais pragmática, nem o Estado nem o mercado são instituições oniscientes e infalíveis. Como os cenários econômicos apresentam um caráter mutável e dinâmico, a medição dos potenciais efeitos dos atos regulatórios tende a gerar mais segurança jurídica ao evitar os impactos ilegais e trazer mais esperanças de estabilidade institucional, favorecendo o conhecimento dos impactos esperados e tornando-os mais previsíveis.

4.3 Direito e Desenvolvimento

A vertente analítica do Direito e Desenvolvimento é mais recente e seus marcos são mais fluidos, graças ao caráter igualmente fluido do conceito de desenvolvimento e pode ser mais bem compreendido se nos concentrarmos na sua finalidade. Essa corrente busca explicar as práticas daqueles que procuram modificar sistemas legais em nome do desenvolvimento, para responder: como pode o Direito resolver ou atenuar o problema do desenvolvimento? (Prado, 2010).

- a) “Direito no/para o Desenvolvimento” - o Direito se insere de forma instrumental para o desenvolvimento, servindo para modelos de desenvolvimento diferentes e até rivais, como o neoliberal e o desenvolvimentista;
- b) “Direito como Desenvolvimento”. o desenvolvimento assume caráter próprio, sendo o Direito não somente instrumental. O desenvolvimento é visto como liberdade, isto é, como o processo de empoderamento dos indivíduos para que eles detenham meios suficientes para poderem, livremente, gerenciar suas próprias vidas e escolhas (Sen, 1999).

Se a análise do *Law & Economics* avalia as consequências dos incentivos para assegurar a eficiência econômica, a vertente do Direito e Desenvolvimento investiga como

alinhar estruturas jurídicas e normas quanto aos propósitos de desenvolvimento. Num processo de engenharia reversa, “se deve começar das políticas e programas, descrevendo as funções associadas a elas e, daí, analisando se o Direito contribuiu ou poderia vir a contribuir para essas funções. Nesse sentido, o Direito deve passar a assumir quatro novos papéis” (Trubek *et al.*, 2013), especialmente para contribuir para o alcance de metas de desenvolvimento:

- a) Assegurar flexibilidade – facilitar experimentação, feedback, inovação e novas formas de governança;
- b) Estimular atuação orquestrada entre Estado e sociedade – facilitar articulação horizontal e vertical e a compreensão mútua;
- c) Estruturar sinergias – impulsionar associações público-privadas;
- d) Garantir legitimidade e menos autoritarismo– assegurar transparência e participação.

4.4 Contribuições interdisciplinares

Seguindo-se o compromisso ético segundo o qual as abordagens teóricas devem sempre ser alimentadas pelos aperfeiçoamentos das análises empíricas (e vice-versa), é válido resgatar o debate entre a concepção positivista e a noção pragmática acerca da nossa capacidade de observar a realidade, para iluminar nosso entendimento sobre os problemas regulatórios.

Para os positivistas, a complexidade da regulação pode ser compreendida pela soma total das nossas observações, de forma completa e definitiva (Lejano, 2006). Assim, problemas regulatórios como a concentração de mercado terão sempre uma mesma solução certa e apropriada, desde que saibamos chegar a ela através da observação científica rigorosa dos dados, com o aparecimento da razão pública revelada. Significa dizer, precisamos encontrar as teorias, os métodos e os instrumentos corretos para descobrir qual a verdadeira solução para o problema do monopólio, melhorar a qualidade regulatória e, uma vez encontrada a receita, reproduzi-la em todos os ordenamentos jurídicos.

Já pela noção pragmática de Peirce (1905), só podemos entender questões complexas como os problemas regulatórios de forma parcial, sem aspirar a chegar a uma verdade definitiva sobre o tema. Portanto, pela perspectiva pragmática, estaremos sempre empenhados em buscar a melhor solução possível, dada a nossa compreensão sempre incompleta dos problemas regulatórios e, assim, enfrentar o problema do monopólio, por exemplo, com as experiências e as informações disponíveis ao nosso alcance, por meio de argumentações razoáveis sobre os

efeitos práticos da concentração de mercado. Nessa linha, o pragmatismo alcança a formação de uma razão pública provisória. Desse modo, em vez de buscar as teorias certas, o foco pragmático aponta para o uso das teorias que permitam aplicações mais efetivas e que incorporem o contexto, tomando o estado da arte do conhecimento (Dewey, 1925).

Pelo exame de alguns dos *insights* dos modelos teóricos que informam o Direito Regulatório Econômico, entende-se que não há como se falar, em termos absolutos, em modelo teórico mais apropriado *per se* para uma análise de impacto ou resultado regulatório ou para uma intervenção geral no domínio econômico brasileiro. Essa constatação se dá uma vez que somente a partir da definição de um problema regulatório será possível deduzir qual o foco analítico mais apropriado a ser adotado *in casu* (ambições analíticas) e então escolher conscientemente aquele modelo cujos campos de aplicação sejam adequados para se alcançar os objetivos constitucionalmente qualificados da ordem econômica brasileira (compromisso ético).

Tendo em conta as teorias e marcos analíticos interdisciplinares revisados e o foco pragmático, é possível avançar com melhores intervenções nos mercados ao escolher os modelos úteis para nossa ordem econômica constitucional (nosso ponto de partida) e ao prover, ao menos, a razão pública provisória, a qual irá indicar a qualidade regulatória das nossas decisões (nosso ponto de chegada) ao confirmar ou não as predições das teorias e dos modelos. Somente a partir daí terá sentido afirmar que uma determinada intervenção estatal nos mercados é mais adequada do que outra.

Pela compressão dos incentivos do agente racional, da Análise Econômica do Direito, as agências têm uma ferramenta específica para buscar eficiência econômica *stricto sensu*. Pela NEI, as agências reguladoras autônomas e arcabouços legais que prescrevem direitos e responsabilidades a agentes econômicos, podem reduzir custos de transação e de informação. Já a vertente do Direito e Desenvolvimento pode auxiliar na melhor adequação das normas regulatórias à agenda de desenvolvimento e agregar mais legitimidade na interação entre os agentes econômicos e atores sociais (Cunha, 2018).

Contudo, muitas escolhas e decisões têm um custo social. Exclusivamente dentro da lógica de equilíbrio de mercado não é possível absorver outras preocupações relativas à promoção da equidade, redistribuição de renda, ampliação da cidadania e à democratização das políticas nos mercados regulados. Os modelos econômicos e o Direito Regulatório devem valorizar não só o mercado, mas também o papel das instituições políticas e jurídicas, sem

condicionar a política e o direito à economia. É preciso vincular as instituições regulatórias com as instituições democráticas (Cruz, 2009).

Assim, é válido explorar uma moldura analítica que aporte à regulação tanto os objetivos de eficiência econômica e estabilidade institucional quanto a necessária flexibilidade que processos de desenvolvimento requerem, com base na interdisciplinaridade do Direito e da Economia. Esse caminho parece ser mais promissor para se atingir as diretrizes da Constituição brasileira de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do ponto de partida da ordem econômica constitucional brasileira e dos modelos teóricos mais significativos para o Direito Regulatório, este artigo aponta algumas possíveis contribuições para uma intervenção estatal mais adequada no âmbito do domínio econômico.

Dado o modelo constitucional econômico ambicioso e aberto, ao pretender compatibilizar uma economia de mercado equilibrada com a função social da propriedade, é possível ao Estado regulador brasileiro escolher diferentes teorias econômicas para fundamentar suas intervenções no âmbito do domínio econômico.

O Estado brasileiro deve buscar elaborar leis, promover políticas públicas e fundamentar suas decisões judiciais baseado em modelos econômicos úteis, sem se basear em teorias, acriticamente, mas antes servindo-se dos modelos consagrados, tendo *consciência* das suas potencialidades e limitações, aperfeiçoando suas principais ambições analíticas e ajustando seus campos de aplicação com as correções devidas.

Não há como se falar, em termos absolutos, em modelo teórico mais apropriado *per se* para uma intervenção mais apropriada no domínio econômico brasileiro. Somente a partir da definição de um problema regulatório será possível deduzir qual o foco analítico mais apropriado a ser adotado *in casu* e então escolher conscientemente aquele modelo cujos campos de aplicação sejam adequados para se alcançar os objetivos constitucionalmente qualificados da ordem econômica nacional.

Assim, pela Análise Econômica do Direito, as agências têm uma ferramenta específica para buscar eficiência econômica *stricto sensu*. Pela Nova Economia Institucional, as agências reguladoras podem reduzir custos de transação e de informação dos mercados. Já pela vertente

do Direito e Desenvolvimento, o Estado regulador pode elaborar políticas públicas mais consistentes e legítimas.

Os modelos econômicos e o Direito Regulatório devem valorizar não só o mercado, mas também o papel das instituições políticas e jurídicas, sem condicionar a política e o direito à economia. É preciso vincular as instituições regulatórias com as instituições democráticas. Esse caminho parece ser mais promissor para se atingir as diretrizes da Constituição brasileira de 1988.

Reformas e ajustes nos modelos teóricos já existentes e mesmo a criação de novas teorias, unindo Direito e Economia, poderão robustecer ainda mais nossa compreensão sobre quais são os melhores caminhos para regular economicamente nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo (org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. pp. 53 a 86.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FAGUNDES, Jorge. Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso Copesul. *In*: MATTOS, César (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2003, p. 223-240.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da captura do regulador de serviços públicos. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2011.

GOLDIN, Ian. **The pursuit of development: economic growth, social change and ideas**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. **The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance**. [s.l.]:Edward Elgar Publishing, 2004.

MILLER, Gary J. **Managerial Dilemmas**: The political economy of hierarchy. [s.l.]: Cambridge University Press, [s.d.].

OECD. **Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation**. Paris, 1995.

PRADO, Mariana Mota. Qué es ‘Derecho y Desarrollo’? **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 11, n. 1, 2010.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 33, p.153, jul./2000.

SPIEGELHALTER, David. **A arte da estatística**: como aprender a partir dos dados. Tradução: George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022. p. 123.

STIGLER, George J. **The citizen and the state**: essays on regulation. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

TRUBEK, David M. *et al.* (Ed.). **Law and the new developmental state**: the Brazilian experience in Latin American context. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; JT, Joseph E. Harrington. **Economics of regulation and antitrust**. London: The MIT Press, 1995.

WILLIAMSON, Óliver. (2005). The Economics of Governance. **American Economic Review**, v.95, n.2, p.1-18, maio 2005.