

## REGULAÇÃO ECONÔMICA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### *ECONOMIC REGULATION AS AN INSTRUMENT OF PUBLIC POLICIES: AN APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

JOSÉ RAUL CUBAS JÚNIOR<sup>1</sup>

DEMETRIUS NICHELE MACEI<sup>2</sup>

#### RESUMO

O artigo busca abordar os meios postos à disposição do Estado para desempenhar seu papel na proteção de direitos e garantias fundamentais, principalmente a relação que se pode estabelecer entre a adoção de medidas de intervenção no domínio econômico e políticas públicas. No plano da ciência jurídica são ilustradas as bases normativas da intervenção do Estado na atividade econômica, pela lente da ciência econômica são destacadas as principais críticas feitas aos modelos interventivos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica. A principal conclusão alcançada destaca que a regulação, como instituto do direito administrativo, é um dos instrumentos posto à disposição do gestor público para realização de políticas públicas de promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais, pelo que a sua abolição não se amolda aos comandos insertos no Texto Constitucional que submetem o Estado brasileiro.

**Palavras-chave:** direitos; fundamentais; políticas; públicas; intervenção.

#### ABSTRACT

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Professor de Cursos Preparatórios para Exame de Ordem e Concursos Públicos.

<sup>2</sup> Pós-doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial (2000), ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.



*The article seeks to address the means made available to the State to play its role in protecting fundamental rights and guarantees, especially the relationship that can be established between the adoption of intervention measures in the economic domain and public policies. In terms of legal science, the normative bases of State intervention in economic activity are illustrated, through the lens of economic science, the main criticisms made to intervention models are highlighted. The method used is hypothetical-deductive, with bibliographical research. The main conclusion reached highlights that regulation, as an institute of administrative law, is one of the instruments made available to the public manager to carry out public policies to promote and protect of fundamental rights and guarantees, so its abolition does not conform to the commands provided in the Constitutional Text that submits the Brazilian State.*

**Keywords:** rights; fundamental; policies; public; intervention.

## 1 INTRODUÇÃO

De um lado, como instrumentos, medidas estatais de regulação da atividade econômica e, de outro, como dever imposto ao Estado, a realização de políticas públicas que, juntas, demandam ao pesquisador lançar mão de uma análise multidisciplinar – mesmo como forma de evitar que sejam desprezados aspectos jurídicos e sociais – a revisitar os meios colocados à disposição do gestor público para a promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais encartados na Carta Política.

Em síntese, pela lente da ciência econômica, a regulação da economia é medida que pode ser adotada pelo Estado para corrigir as chamadas “falhas de mercado”, casos em quem intervém na esfera de atuação da iniciativa privada, induzindo-a [forçando-a] a agir de maneira diversa daquela que agiria se estivesse livre de qualquer ingerência estatal.

Adiante do que se pode observar pela ciência econômica, relativamente aos meios e consequências da intervenção estatal no domínio econômico, narrado ao longo da pesquisa que tem, no ponto, como referencial teórico os estudos realizados e teorias desenvolvidas por economistas membros da Escola Econômica de Chicago e, notadamente, da Escola Austríaca de Economia, a presente pesquisa busca investigar o papel da regulação estatal como um dos instrumentos de realização de políticas públicas que buscam a promoção e a proteção de direitos fundamentais e

garantias individuais e sociais encartadas na Carta Política do Estado brasileiro, qual seja a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

A problemática envolvida na pesquisa busca apresentar a regulação econômica pela lente da ciência jurídica, algumas das críticas desenvolvidas por economistas que condenam duramente a adoção de quaisquer medidas de regulação estatal, tais como aquelas desenvolvidas por Ludwig Heinrich Edler von Mises, comparando-as com os comandos encartados em nosso Texto Constitucional, de modo a responder se seria possível, em nosso Estado, abolir completamente as medidas de regulação ou se elas representam instrumentos postos à disposição do gestor de políticas públicas para a obtenção de resultado eficaz na promoção e proteção de certos direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo com revisão bibliográfica, análise de livros e artigos científicos publicados em periódicos. Já, a estrutura do presente artigo contempla divisão em cinco seções, incluindo esta introdução.

Na seção seguinte, pela lente da ciência jurídica, são traçadas as linhas gerais da intervenção do Estado no domínio econômico, as formas em que se manifestam e as justificativas para a sua adoção.

A terceira seção busca descrever a regulação econômica à luz dos postulados estabelecidos e críticas apresentadas por economistas membros da Escola Econômica de Chicago [Richard Posner e George Joseph Stigler] e da Escola Austríaca de Economia [Ludwig Heinrich Edler von Mises].

A quarta seção traz o cotejo entre os postulados econômicos e os direitos e garantias fundamentais contemplados na Carta Política de 1988, com destaque para o papel do Estado na promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais a partir da adoção de políticas públicas e dos instrumentos postos à disposição do gestor público para a sua realização, em especial a regulação estatal, à vista de responder se a abolição de medidas regulatórias, estatais, no Estado brasileiro, pode impactar negativamente a eficácia de determinadas políticas públicas que as tomam como instrumentos de materialização.

Ao final, na última seção, são apresentados, resumidamente, os resultados obtidos com a pesquisa e a sua conclusão.

## 2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A proteção da propriedade privada e da livre iniciativa, com fomento e incentivo da atividade econômica ao lado da preservação de direitos e garantias fundamentais revela a complexa relação cuja gestão é endereçada ao Estado.

Forte na implementação de seus objetivos o Estado pode intervir e, assim, atuar na atividade econômica com atos que buscam obstar ou reprimir a prática de atividades lesivas à sociedade e coibir excessos da iniciativa privada. A liberdade de atuação dos agentes econômicos encontra seu limite no interesse público subjacente, na proteção da coletividade, já que “os interesses coletivos representam o direito do maior número e, por isso mesmo, quando em conflito com interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria” (Meirelles, 2004. p. 572).

Dentre os meios de intervenção do Estado na economia<sup>3</sup>, com o fim de direcionar as atividades da iniciativa privada para que atendam ao interesse público envolvido, há a chamada regulação que é assim conceituada por Marçal Justen Filho (2015, p. 665):

A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos. Esse conjunto de normas chega a ser identificado como um ramo específico do direito, o direito econômico (ou o direito público da economia).

Via regulação o Estado deixa de atuar de modo direto na economia [como ocorre via empresas estatais, agindo como se empresário fosse] e se firma na posição de disciplinador, orientador, um regulador da atividade econômica desenvolvida pela iniciativa privada, mas também sobre a prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão (Aragão, 2004, p. 143; Mendes, 2002, p. 116-117).

<sup>3</sup> A intervenção do Estado, em favor do interesse público, não se opera tão somente sobre os agentes econômicos, mas também em relação a quaisquer atividades que reclamem a atenção e/ou proteção do Estado. Cita-se o limite da liberdade dos agentes econômicos já que objeto da presente pesquisa.



Como sustenta Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 26-27), até as atividades desempenhadas pelas empresas públicas ou pelo próprio Estado – quando este estiver agindo de forma direta em atividades típicas da iniciativa privada – também podem ser alvo de atos regulatórios.

A regulação estatal da economia é representada pelo conjunto de atos legislativos, administrativos, convencionais, materiais ou econômicos, abstratos ou concretos, por meio dos quais o Estado, restringindo, orientando ou induzindo a autonomia empresarial, “determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções sociais desejáveis” (Aragão, 2013, p. 40).

Justen Filho (2015, p. 664) define como característica essencial da regulação a adoção de normas e demais atos estatais, numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, para influenciar a conduta de agentes, sejam eles públicos ou privados.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003 apud França, 2010, p. 139), regulação econômica representa “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.”

Phillip Gil França (2010, p. 136) afirma que na regulação há a sobreposição da vontade do particular pela vontade do Estado, a fim de proteger a coletividade em busca do desenvolvimento do bem-estar comum.

Com olhar pela ótica do agente econômico, Moreira (1997 apud Mendes, 2002, p. 118) afirma que o fundamental “do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse regulação, isto é, se houvesse apenas regras de mercado.”

A regulação também pode ser vista como um conjunto de normas jurídicas postas à disposição do Estado e que o permitem influenciar, orientar, estimular, desestimular, direcionar, reprimir ou proibir ações da iniciativa privada e dos agentes econômicos (Guerra; Farias; Alves, 2016, p. 217-218).

Justen Filho (2015, p. 669), ao tratar do exercício do poder de polícia como meio para repressão ao abuso de faculdades privadas em favor de assegurar a ordem pública, considera as medidas de regulação como “[...] um estágio posterior



nessa evolução, em que o Estado restringe a autonomia dos particulares, visando a constrangê-los ou induzi-los a produzir as condutas reputadas como socialmente úteis ou indispensáveis”.

E a atuação do Estado no domínio econômico não se encerra na adoção de medidas de regulação econômica adstritas às atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras. Ao contrário, o exercício do poder de polícia administrativa do Estado, assim como a adoção de outros instrumentos pela própria Administração Pública Direta são exemplos de medidas de intervenção que superam a ideia minimalista de que a regulação econômica se limita ao trabalho desenvolvido pelas agências reguladoras:

As regulações estatais da economia são dotadas de grande multifacetariedade. O seu dinamismo e a forma com que os mais diversos instrumentos de regulação e intervenção do Estado se sucederam ao longo do tempo, não foi um processo substitutivo, mas acumulativo. Em outras palavras, o surgimento de novos mecanismos regulatórios da economia em cada fase da história político-econômica do Estado não causou o fim dos instrumentos característicos das fases anteriores, com os quais passaram a conviver e mesmo a se mesclar (Aragão, 2004, p. 117).

Relativamente ao exercício do poder de polícia, Aragão (2004, p. 118) assevera: “O mesmo se diga do poder de polícia que, malgrado as grandes mudanças pelas quais vem passando, persiste como um dos principais instrumentos de conformação das atividades econômicas privadas ao interesse público.”

Em outras palavras, a intervenção do Estado no domínio econômico, por meio da regulação, não se limita ao papel desenvolvido pelas agências reguladoras, mas engloba todas as medidas adotadas pelo poder público que, direta ou indiretamente, forcem os donos dos meios de produção a agir de maneira diversa daquela que agiriam na ausência da imposição estatal.

Contudo, também a investigação dos meios de intervenção econômica somente pela lente da ciência jurídica não permite identificar as circunstâncias que lhes motiva, as consequências que se esperam dos atos de intervenção/regulação e, tão pouco, seus efeitos colaterais e adversos. Sobre o tema Carlos Ari Sundfeld (2002, p. 17):

Os economistas têm uma fascinante qualidade: sabem avaliar os problemas por equações e unidades mensuráveis, objetivas. Mas ponderar os transtornos e as facilidades em uma precisa relação de números é algo muito



estranho para o homem do Direito. [...]. É o raciocínio econômico que mais influi na escolha das novas políticas, nas medidas para enfrentar as crises, no planejamento estratégico do Estado [...]. Pouco a pouco, os homens jurídicos nos acostumamos com os raciocínios econômicos. Por inspiração de estudos norte-americanos, difunde-se a análise econômica do Direito, que ganha espaço entre os adeptos. Em paralelo, o Estado aprofunda, modifica e sofisticada suas ações de regulação econômica, concebendo novos mecanismos e criando órgãos e instituições específicos.

Como referido, a proteção da propriedade privada e da livre iniciativa, com fomento da atividade econômica ao lado da preservação e promoção de direitos e garantias fundamentais é relação cuja complexa gestão é endereçada ao Estado. Nesse sentido a atuação do Estado no domínio econômico, porque lhe é da essência a existência de objetivos sociais a alcançar, identifica-se com a própria noção de políticas públicas que também “perpassam pelo campo social, político e jurídico” (Bitencourt; Reck, 2018, p. 29), cuja relação não pode ser compreendida apenas pela lente da ciência jurídica limitada aos textos de direito positivo. Ao contrário, reclama, ao menos, um olhar que também lhe pode emprestar a ótica da economia.

### 3 CIÊNCIA ECONÔMICA E MEDIDAS DE REGULAÇÃO

Partindo de premissas gerais [consideradas em razão da extensão do tema] é possível afirmar que a regulação econômica seria adotada, principalmente, em três situações<sup>4</sup>: i) regular monopólios; ii) regular a concorrência; e, iii) regular os serviços públicos (Aragão, 2013, p. 27).

Na primeira, a regulação tem o papel de evitar, em mercados de competição mínima ou inviável, que agentes econômicos lesem a economia popular, o que justificaria a adoção de medidas como controle de preços, da qualidade dos produtos e dos serviços.

Para a segunda, situação em que não existem monopólios, o objetivo da regulação é garantir a livre concorrência.

Na terceira, os atos regulatórios buscam assegurar que os serviços públicos fiquem ao alcance de todos os cidadãos, com preço justo e de boa qualidade.

<sup>4</sup> Premissas gerais fundadas no entendimento primário de que a regulação econômica seria adotada para corrigir falhas de mercado.



A regulação da atividade econômica pelo Estado, tanto para conter falhas de mercado, que “consistem em discrepâncias em relação ao ideal de um mercado competitivo” (Silva e Meireles, 2010, p. 645), como para direcionar atividades em favor de políticas públicas, também estão sujeitas à falhas, denominadas “falhas de governo” ou “falhas regulatórias”.

Para tratar da regulação pela lente da ciência econômica, na esteira do que se propõe a presente pesquisa, três teorias merecem destaque: i) Teoria do Interesse Público; ii) Teoria da Captura; e, iii) Teoria Econômica da Regulação.

A Teoria do Interesse Público<sup>5</sup> se funda, resumidamente, na obrigação do Estado em agir para maximizar o bem-estar social, coibindo a concentração de mercado monopolista que atuaria em desfavor do consumidor ou da própria concorrência.

A Teoria da Captura, que teve como um dos seus principais precursores e formuladores o economista Richard Posner, membro da Escola Econômica de Chicago, destaca o desvirtuamento do papel da regulação, na medida em que o agente regulador sucumbe ao poder econômico da iniciativa privada, sendo por esta capturado. A regulação governamental passaria a atuar em favor e benefício do agente econômico e, portanto, a regulação não estaria vinculada às “falhas de mercado”, mas adstrita à necessidade de regular determinada atividade econômica a critério e demanda do agente regulado (Cubas Jr, 2018, p. 394).

Forte na ideia de que a regulação econômica não tinha o objetivo singular de corrigir as “falhas de mercado” [e considerando as medidas concretas adotadas pelo Estado], George Joseph Stigler, também economista membro da Escola Econômica de Chicago, avançou nos estudos do tema e desenvolveu a chamada Teoria da Regulação (1971)<sup>6</sup>.

Fundado na premissa de que o recurso primário do Estado é o poder, que pode inclusive ser utilizado para a imposição de medidas regulatórias, Stigler fez duas suposições: i) um grupo de interesse pode convencer o Estado a usar o poder da

<sup>5</sup> Também chamada de Teoria Normativa Positiva.

<sup>6</sup> A Teoria Econômica da Regulação é uma vertente da Teoria da Captura, que destaca o desvirtuamento do papel da regulação na medida em que o agente regulador sucumbe ao poder econômico da iniciativa privada e é por esta capturado. A regulação governamental passaria a atuar em favor e benefício do agente regulado. Assim, a regulação não estaria vinculada às chamadas “falhas de mercado”, mas à necessidade de regular determinada atividade econômica ao critério e demanda do agente regulado.





coerção em favor desse mesmo grupo; e, ii) os agentes são racionais no sentido de escolher as ações que revelam potencial para maximizar seus resultados.

Em quaisquer dos casos a regulação econômica teria como objetivo responder às demandas dos grupos de interesse e seria um meio de redistribuição da riqueza, via Estado, de outras partes da sociedade para esse mesmo grupo de interesse, de tal sorte que não haveria uma genuína preocupação com o interesse público que deve nortear a atuação estatal.

Políticas de regulação estatal que acabam por intervir na economia “não surgem com a proposta de resolver falhas de mercado, mas sim para gerar favorecimento a grupos organizados através de transferências de renda, tendo como contrapartida a composição destes grupos como base política apoiadora” (Silva, 2010, p. 15-16).

Também a Escola Austríaca de Economia se debruçou sobre o tema da regulação econômica, como ilustra o trabalho desenvolvido pelo economista Ludwig Heinrich Edler von Mises em sua obra denominada “Uma Crítica ao Intervencionismo” (2010, p. 18)<sup>7</sup>, na qual afirma:

Quando ainda não se conhecia a economia, e o homem ignorava que os preços das mercadorias não podem ser ‘estabelecidos’ arbitrariamente, por serem rigorosamente determinados pela situação do mercado, os governos procuravam, por mecanismos de controle, regular a vida econômica. Foi a economia clássica que revelou que todas essas intervenções no funcionamento do mercado nunca conseguem atingir os objetivos que as autoridades almejam.

Para Mises a intervenção do Estado é prejudicial, independentemente da forma em que se manifesta. A fim de traçar uma linha de raciocínio, ao longo de seus estudos Mises formulou questionamentos e buscou respondê-los, tais como: i) quais as consequências das intervenções na propriedade privada?; e, ii) é possível alcançar o resultado almejado com as intervenções? (Cubas Jr, 2019, p. 216).

Primeiramente, Mises (2010, p. 20-21) apontou a visível distinção entre as ações estatais, separando no rol das medidas adotadas pelo Estado aquelas que de fato representam intervenção:

---

<sup>7</sup> Ludwig Heinrich Edler von Mises publicou, no início da década de 1920, ensaios dos estudos realizados sobre o tema. Posteriormente, em 1929, os textos foram reunidos e publicados como livro por Gustav Fischer. A obra citada trata da reunião dos referidos ensaios.



A socialização parcial dos meios de produção não nos parece ser intervenção. O conceito de intervenção pressupõe que a propriedade privada não é abolida, que continua existindo de fato, não é uma mera denominação. A nacionalização de uma estrada de ferro não é uma intervenção, mas o decreto que manda uma empresa reduzir as taxas de frete além do que ela pretendia é uma intervenção. As medidas governamentais que lançam mão de recursos de mercado — isto é, que procuram influenciar a demanda e a oferta através de alterações dos fatores de mercado — não estão incluídas nesse conceito de intervenção. Se o governo comprar leite no mercado, a fim de vendê-lo bem barato para mães necessitadas, ou, mesmo, a fim de distribuí-lo de graça, ou se o governo subsidiar instituições educacionais, não há intervenção. [...]. Entretanto, a imposição de preços máximos para o leite significa intervenção.

Assentada as distinções, Mises formulou o conceito de intervenção no sentido de que seria ela uma norma restritiva expedida por um órgão governamental “que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam” (2010, p. 22).

Em outras palavras, quaisquer medidas estatais que não importem no estabelecimento de comandos normativos [tendo como destinatários os donos dos meios de produção], aptas a determinar que o particular conduza suas atividades de maneira diversa daquela que faria na ausência da norma, não são consideradas medidas de regulação da economia.

Na regulação o Estado não substitui a propriedade privada dos meios de produção pela apropriação Estatal destes meios. A regulação [norma restritiva] não é o que ocorre no esquema socialista, no qual os meios de produção já pertencem ao Estado.

Os “meios de produção” representam todos os bens, inclusive aqueles que estão em estoque, acabados, mas que ainda não chegaram ao consumidor. Com essa ideia Mises defende a existência de dois conjuntos de regras que distinguem as intervenções [regulação]: a) aquele que importa em redução ou impede a produção ou mesmo a comercialização, denominado grupo de “restrições de produção”; e, b) aquele que atua no controle de preços, denominado grupo de “interferência na estrutura de preços”.

No primeiro grupo quaisquer restrições de produção prejudicam diretamente a própria produção e reduzem a produtividade da mão-de-obra (Mises, 2010, p. 22-23); no segundo, as ações isoladas do Estado não conseguem atingir os objetivos almejados pelos responsáveis pela interferência, impondo que se adotem cada vez mais mecanismos de intervenção.



Como ilustra o autor, o mero tabelamento de preços impõe o desaparecimento dos produtos do mercado, na medida em que o fornecedor de bens duráveis tende a guardá-lo para venda futura e em condições que lhes sejam mais favoráveis [quando o controle for suspenso]. A par disso, para evitar o desabastecimento, o Estado lançaria mão de outras medidas, tais como racionamento e ordens de liberação de estoque. Ocorre que, se a produção não é mais interessante para a iniciativa privada, porque operaria em prejuízo, seria reduzida ou interrompida e a medida de liberação compulsória do estoque rapidamente se mostraria ineficiente, demandando, novamente, outras medidas, tais como forçar a produção e controlar os preços das matérias primas, dos produtos semiacabados e inclusive dos salários. Desta forma, para garantia de êxito da primeira medida intervencionista do Estado, outras medidas deveriam ser adotadas e assim sucessivamente. Como afirma Mises (2010, p. 26), nada na cadeia de produção poderia fugir à intervenção e “não há outra escolha: ou o governo abandona a interferência restritiva nas forças de mercado, ou assume o controle total da produção e da distribuição. Ou o capitalismo ou o socialismo; não há meio-termo.”

Para o Mises, basear o sistema econômico no intervencionismo é ilógico e inadequado e, assim, as opções seriam abolir todas as restrições ou expandi-las<sup>8</sup>, opção que demandaria a formação de um sistema de governo em que este tomaria todas as decisões econômicas, em sentido amplo e irrestrito, sendo “de fato um sistema socialista no qual, da propriedade privada, restará no máximo o nome” (Mises, 2010, p. 61).

Em síntese, para Mises (2010, p. 23), porquanto “o governo não é capaz de tornar o homem mais rico, mas pode empobrecê-lo”, quaisquer medidas estatais que importem na regulação da atividade econômica desenvolvida pela iniciativa privada devem ser abolidas.

#### 4 REGULAÇÃO ECONÔMICA, POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

<sup>8</sup> Ao optar por restrições o cidadão também estaria optando pela expansão das restrições, pois o sucesso da primeira dependeria do estabelecimento da segunda e assim sucessivamente.



Como se vê nas teorias econômicas resumidas, em especial da leitura feita por Mises sobre o papel do Estado na economia, pela lente da ciência econômica [Escolas Econômicas Liberais] há forte condenação das medidas regulatórias adotadas pelo poder público. Seja porque não exprimem o interesse público almejado e nem alcançam os resultados esperados, seja porque os entes envolvidos nos processos de regulação sucumbem ao poder econômico.

Contudo, à luz da nossa Carta Política de 1988, seria possível ao Estado brasileiro abolir a adoção de medidas de regulação econômica sem prejudicar a proteção de direitos e garantias fundamentais insertos no Texto Constitucional?

Pode haver conexão entre atuação do Estado no domínio econômico [que ao longo do texto fora referida como regulação], direitos fundamentais e políticas públicas no Estado brasileiro?

Conforme Bitencourt e Reck (2018, p. 37), “as políticas públicas participam da tríade competência, direito fundamental e políticas públicas. Só há direitos fundamentais quando existem políticas públicas”.

Relativamente aos direitos fundamentais e relações privadas no contexto brasileiro, Daniel Sarmiento (2008, p. 237) afirma não haver dúvida de “que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência.”

Também o artigo 173 da Constituição Federal determina que o Estado, como agente normativo e regulador, tem o dever de fiscalizar, orientar, incentivar e planejar a atividade econômica.

Referida obrigação do Estado brasileiro vem descrita desde o Preâmbulo da Carta Política, que não por outro motivo encartou a instituição do Estado Democrático fundado em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Equivale dizer, a realidade brasileira, à luz dos comandos constitucionais, determina a adoção de medidas regulatórias da economia [atividade econômica] não apenas para coibir práticas concorrenciais lesivas, internalizar externalidades, entre outras justificativas apontadas pelas teorias anteriormente tratadas:

[...] a atuação regulatória do Estado se norteia não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, conforme ensinamentos ditados pela Teoria do Interesse Público, mas admite a possibilidade de intervenção

destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. Assim, o mercado não possui a prerrogativa de estabelecer todos os fins a serem realizados na atividade econômica. É neste ponto que entra o papel do Estado regulador brasileiro na regulação econômica setorial, pois o Estado intervém diferentemente na economia não apenas para eliminar os defeitos oriundos e típicos do mercado, muito menos o Estado se modificou para propor um ambiente mais favorável exclusivamente para as indústrias e empresas que controlam o setor (Teoria da Captura), mas o Estado se transformou também para atender aos anseios do mundo globalizado no qual inelutavelmente o Brasil se insere, devendo utilizar as melhores ferramentas para nele se afirmar e se desenvolver, propiciando, assim, melhor prestação de suas atribuições conferidas, tais como a efetivação e proteção dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA; MENDONÇA e XAVIER, 2008, p. 54)

Conforme Sarmiento (2008, p. 264), “um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa humana contra o poder”. E o mesmo autor adverte: “existem inúmeros outros polos de poder além do Estado, que podem oprimir o indivíduo” (Sarmiento, 2008, p. 264).

Frente ao poder econômico e a necessidade de garantia da plena concretização dos objetivos em que se funda o Estado brasileiro, “a regulação econômica se alia fortemente ao espírito da proteção e efetivação dos direitos fundamentais” (Oliveira; Mendonça; Xavier, 2008, p. 55).

Diante da ordem constitucional vigente, conforme anotam Oswalter de Andrade Sena Segundo e Vladimir da Rocha França (2008, p. 117), seja por meio das agências reguladoras ou pela Administração Pública Direita, exige-se do “Estado uma postura ainda atuante e intervencionista, muitas vezes com atuação direta na economia, o que não poderia ser diferente, em razão da Carta Magna que ainda está em vigência no Brasil.”

A atuação intervencionista do Estado, mediante adoção de medidas de regulação da atividade econômica, forte na busca pela garantia plena dos direitos fundamentais, não apenas encontra amparo na Carta Política como por ela se vê compelido:

[...] ao falarmos de proteção dos direitos fundamentais em meio à atuação do Estado Regulador, estamos falando da proteção do consumidor ante o empresariado detentor de poder econômico; estamos falando do cidadão que tem o direito a um meio ambiente sadio e limpo, ainda que o desenvolvimento econômico seja, por outro lado, um direito constitucionalmente garantido. (Queiroz; Mendonça, 2008, p. 129)

Além da proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais, a adoção de medidas estatais de intervenção deve guardar consonância com os objetivos da





nação, eleitos igualmente pelo constituinte. Nesse sentido, Cabral e França (2008, p. 222) afirmam que: “O Estado brasileiro, justamente por ser social de direitos fundamentais, tem por fim a mudança da realidade social.”

Considerando os objetivos expressos no Texto Constitucional, entre eles garantir o desenvolvimento nacional, construir uma sociedade livre, justa e solidária, os mesmos autores arrematam: “o Estado brasileiro possui fins a alcançar. Assim, qualquer desvio que leve a fins distintos daqueles previstos na Carta Magna implica ilegitimidade” (Cabral; França, 2008, p. 222).

Na modernidade, o exame das medidas de intervenção estatal na economia – considerando as regulatórias – apenas pela lente da ciência econômica, portanto sem considerar o papel a ser desempenhado pelo Estado para o pleno cumprimento dos comandos e valores insertos na Carta Política, mostra-se factível unicamente no plano da abstração teórica (Cubas Jr, 2023, p. 304), já que os conceitos de Estado e Economia “estão intimamente ligados tanto em seu conteúdo quanto em sua finalidade. Falar em Estado é falar em gerenciamento de recursos públicos em prol do bem comum” (Queiroz; Mendonça, 2008, p. 121).

E se a atuação do Estado no domínio econômico não se encerra na adoção de medidas de regulação econômica adstritas às atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras [como tratado anteriormente], também as políticas públicas – porque têm na ação administrativa do Estado seu instrumento de materialização – se articulam numa gama complexa de institutos de direito administrativo para sua realização, inclusive de atos de regulação: “As políticas públicas utilizarão de fomento (bolsas, convênios), serviços públicos, poder de polícia, obras públicas, regulação, entre outros institutos de direito administrativo” (Bitencourt; Reck, 2018, p. 33).

A regulação – como instituto de direito administrativo – também representa um instrumento posto à disposição do gestor público para a realização de políticas públicas. Neste sentido, condenar e abolir a adoção de medidas regulatórias pode representar limitação instrumental à concretização de certas políticas públicas. Como advertem Bitencourt e Reck (2018, p. 41), existem certos direitos fundamentais, como a saúde, que só podem ser protegidos e efetivados mediante a adoção conjunta de medidas estatais, como a prestação de serviços públicos de saúde, combinada com a adoção de medidas regulatórias e exercício do poder de polícia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do Estado na atividade econômica e social, direta ou indiretamente, é tema que inquieta juristas e economistas. A investigação científica da atividade do Estado transcende os campos do direito e impõe um olhar multidisciplinar da matéria, principalmente quando se observa que medidas de regulação econômica representam instrumentos de realização de políticas públicas de promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais.

O Estado, pelos mais variados meios, institui medidas regulatórias que, na prática, forçam a iniciativa privada, os donos dos meios de produção, a agirem de maneira diversa daquela que agiriam na ausência de regulação.

A despeito dos propósitos maiores das medidas de intervenção, postos pelo Texto Constitucional e tratados ao longo do artigo, os economistas Richard Posner e George Joseph Stigler [da Escola Econômica de Chicago], assim como Ludwig Heinrich Edler von Mises [Escola Austríaca de Economia], são favoráveis ao chamado “liberalismo econômico”.

Referidos economistas tecem duras críticas às medidas de regulação adotadas pelo Estado, seja porque elas não conseguem imprimir, minimamente, o interesse público que pretendem proteger, ou porque os agentes reguladores acabam trabalhando em favor dos interesses do ente regulado, de maneira que medidas regulatórias são “comercializadas” para a obtenção de apoio político e, assim, tendem a favorecer os chamados “grupos de interesse”.

As críticas postas pela ciência econômica, precisamente das Escolas Econômicas liberais, sinteticamente descritas no curso da pesquisa e limitadas ao pensamento desenvolvido pelos economistas supracitados, conduziu o presente artigo para a análise da regulação econômica à luz dos comandos insertos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente daqueles relativos à promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais, via realização de políticas públicas.

Sem olvidar possíveis benefícios econômicos e sociais que podem advir de modelos econômicos totalmente liberais, cujos efeitos não são alvo de análise no presente artigo, porque fogem ao seu objeto, a pesquisa aborda as obrigações



impostas ao Estado brasileiro para a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais tendo nas medidas regulatórias um dos instrumentos de realização de políticas públicas.

A conclusão que se extrai permite afirmar que, a despeito das críticas econômicas aos modelos econômicos interventivos, a abolição de medidas regulatórias precisa ser cautelosamente analisada à luz das políticas públicas que necessariamente as tomam como instrumento de realização.

Medidas regulatórias, embora revelem atos de intervenção econômica na esfera de liberdade da iniciativa privada, em certos casos podem representar mecanismos indispensáveis ao resultado eficaz de políticas públicas, cujas execuções planejadas para proteção, salvaguarda e promoção de direitos fundamentais, individuais e sociais, são obrigações impostas ao Estado e assentadas desde o Preâmbulo da Constituição Federal.

Pela perspectiva dos direitos fundamentais a regulação econômica é instrumento de políticas públicas. Embora isso, a conclusão alcançada não representa a defesa da regulação estatal indiscriminada da atividade econômica, mas indica que o instituto – por integrar o rol dos meios de execução de políticas públicas – não pode ser ignorado, sob pena de reduzir mecanismos de proteção e promoção de direitos e garantias fundamentais cuja observância submete o gestor público e, de resto, o próprio Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Categorias de análise e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. *In*: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018. p. 28-43

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 5 set. 2024.

CABRAL, Indhira de Almeida; FRANÇA, Vladimir da Rocha. A utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais. *In*: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 207-232.

CUBAS JR, José Raul. Intervenção Estatal na Atividade Econômica: A regulação na ótica da escola austríaca de economia. **Revista Percurso** (UNICURITIBA), Curitiba, vol. 4, p. 384-403, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3179/371371711> Acesso em: 5 set. 2024.

CUBAS JR, José Raul. Intervenção Estatal na Atividade Econômica: A regulação sob a ótica da economia e os direitos fundamentais. **Revista Percurso** (UNICURITIBA), Curitiba, vol. 1, p. 205-225, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3426/371371856> Acesso em: 5 set. 2024.

CUBAS JR, José Raul. Regulação Estatal e Liberdade Econômica: O papel do Estado na proteção de direitos e garantias fundamentais. *In*: CALDERON, Nei; GARCEL, Adriane; VORONIUK, Cláudia Regina (coord.). **Coletânea Responsabilidade Social da Empresa**: estudos em homenagem ao professor Francisco Cardozo Oliveira. Campinas/SP: Lacier, 2023, p. 288-311.

FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle a Administração Pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GUERRA, Gustavo Rabay; FARIAS, Carlos Frederico Nóbrega; ALVES, Renato Ramalho. Regulação Setorial no Brasil e Teoria da Captura de Agências: Lineamentos Históricos, Concepção e Desafios para um Modelo Regulatório Independente. **Revista Jurídica** (UNICURITIBA), Curitiba, v. 43, p. 216-233, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1829> Acesso em: 5 set. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização por Eurico de Andrade Azevedo. et al. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e as Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99-139.



MISES, Ludwig Heinrich Edler von. **Uma crítica ao intervencionismo**. Tradução de Arlette Franco. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/critica.pdf> Acesso em: 5 set. 2024.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 41-89. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=abf24b8c-5407-34f0-749c-90727dc2c9a9&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=abf24b8c-5407-34f0-749c-90727dc2c9a9&groupId=252038) Acesso em: 5 set. 2024.

QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O Papel do Estado Regulador na Concretização dos Direitos Fundamentais. In: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 121-150. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=abf24b8c-5407-34f0-749c-90727dc2c9a9&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=abf24b8c-5407-34f0-749c-90727dc2c9a9&groupId=252038) Acesso em 5 set. 2024.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

SENA SEGUNDO, Oswalter de Andrade; ROCHA FRANÇA, Vladimir da. Estado Regulador e Estado Empresário: coexistência e possibilidades. In: MENDONÇA, Fabiano André De Souza; ROCHA FRANÇA, Vladimir da; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 91-120. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=abf24b8c-5407-34f0-749c-90727dc2c9a9&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=abf24b8c-5407-34f0-749c-90727dc2c9a9&groupId=252038) Acesso em: 5 set. 2024.

SILVA, Helom Oliveira da. **Os Sistemas Financeiros e a Evolução das Regras de Supervisão Bancária**. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Desenvolvimento Regional e Gestão de Empreendimentos Locais) – Universidade Federal de Sergipe – UFS. Sergipe. 2010. Disponível em: [https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4575/1/HELOM\\_OLIVEIRA\\_SILVA.pdf](https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4575/1/HELOM_OLIVEIRA_SILVA.pdf) Acesso em: 5 set. 2024.

SILVA E MEIRELLES, Dimária. **Teorias de mercado e regulação: por que os mercados e o governo falham?** Cadernos EBAPE.BR (FGV), v. 8, p. 644-660, 2010. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5179/3913](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5179/3913) Acesso em: 5 set. 2024.





SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17-8.