



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANDRE FELIPE ALVES DA SILVA**

**MERCADO, REGULAÇÃO E CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA  
REGULAÇÃO ANTICORRUPÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA**

**NATAL / RN**

**2019**

**ANDRE FELIPE ALVES DA SILVA**

**MERCADO, REGULAÇÃO E CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA  
REGULAÇÃO ANTICORRUPÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Professor Dr. André de Souza Dantas Elali, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constituição e Garantia de Direitos.

Orientador: Prof. Dr. André de Souza Dantas Elali

**NATAL / RN  
2019**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN  
Sistema de Bibliotecas - SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Silva, André Felipe Alves da.

Mercado, Regulação e Corrupção: análise crítica da regulação anticorrupção à luz da Constituição Econômica / André Felipe Alves da Silva. - 2019.

187f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2019.

Orientador: Prof. Dr. André de Souza Dantas Elali.

1. Constituição Econômica - Dissertação. 2. Mercado - Dissertação. 3. Corrupção - Dissertação. 4. Intervenções Regulatórias - Dissertação. 5. Regulação "Anticorrupção" - Dissertação. I. Elali, André de Souza Dantas. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca do CCSA

CDU 342:346

*“Economy is the art of making the most of life”.*

George Bernard Shaw

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal analisar a problemática associada ao fenômeno da corrupção, não apenas enquanto patologia social e política formalmente repreendida por normas sancionatórias estabelecidas no direito posto, mas também como verdadeira conduta anômala assimilada pelos agentes econômicos capaz de proporcionar efeitos indesejados, que devem ser repreendidos pelo exercício da regulação estatal do mercado sob o parâmetro fundamental estabelecido pela Constituição Econômica. Sob tal enfoque, a investigação é iniciada por intermédio de um exame analítico realizado à luz da teoria sistêmica aplicada ao contexto da sociedade, pela qual se demonstra a existência de interações realizadas pelo sistema jurídico em relação aos demais subsistemas sociais, sobretudo o sistema econômico, por meio de processos de acoplamentos estruturais facilitados pela abertura operacional que caracteriza todo o macro sistema social. Aplica-se, ainda, essa mesma percepção ao funcionamento interno do sistema jurídico, em que a Constituição Positiva exerce a posição de categoria hierarquicamente superior às demais, sendo verdadeiro elemento que assegura a unidade e coerência interna de todo o sistema jurídico. Com base nessa premissa, reconhece-se que existe uma Constituição Econômica no Brasil, cujo pilar fundamental se estabelece por meio da garantia de liberdade econômica atribuída a iniciativa particular na exploração do mercado. Partindo-se desse arcabouço preliminar, constrói-se uma análise crítica acerca da real compreensão da amplitude aplicada à noção de mercado, tanto de um viés conceitual, como de um enfoque funcional, tudo no sentido de propor uma abordagem fundada na necessidade de preservação das suas estruturas para a interação entre os sistemas jurídicos e econômicos. Após estabelecida essa proposição conceitual, prossegue-se ao situar a convicção atual do Estado enquanto principal agente responsável pela regulação das relações econômicas, visando estabelecer, precipuamente, quais as condições e possibilidades em que pode acontecer tal intervenção estatal, ora enfatizando aspectos próprios do sistema econômico, ora evidenciando as conformações estabelecidas no sistema jurídico. Propõe-se, ao final, analisar como o Estado Regulador no Brasil pode realizar as intervenções regulatórias adequadas em face do fenômeno da corrupção, este identificado no âmbito das relações econômicas, a partir de um aporte jurídico-econômico, visando identificar e delimitar aqueles mecanismos institucionais capazes de compor uma “regulação anticorrupção”, para que se possa, de um lado, permitir a efetiva exploração do livre mercado pelos particulares, sem distorções ou ingerências indevidas, e, de outro lado, concretizar os objetivos e fundamentos estatuídos na Constituição Econômica.

Palavras-Chave: Constituição Econômica. Mercado. Corrupção. Intervenções Regulatórias. Regulação “Anticorrupção”.

## ABSTRACT

The main objective of the present research is to analyze the problem associated with the phenomenon of corruption, not only as a social and political pathology formally reprimanded by enforcement rules established in the law, but also as a true anomalous behavior assimilated by the economic agents capable of providing undesirable effects, that should be reprimanded for the exercise of state regulation in the market under the fundamental parameter established by the Economic Constitution. From this perspective, the investigation is initiated through an analytical examination based on the systemic theory applied to the context of society, which shows the existence of interactions performed by the legal system in relation to other social subsystems, especially the economic system. through structural coupling processes facilitated by the operational openness that characterizes the whole macro social system. This same perception applies to the internal functioning of the legal system, in which the Positive Constitution exercises the position of hierarchically superior category to the others, being a true element that ensures the unity and internal coherence of the whole legal system. Based on this premise, it is recognized that there is an Economic Constitution in Brazil, whose fundamental pillar is established through the guarantee of economic freedom attributed to the private initiative in the exploration of the market. Based on this preliminary framework, a critical analysis is constructed about the real comprehension of the amplitude applied to the notion of market, both from a conceptual bias and from a functional approach, all in the sense of proposing an analysis based on the need for preservation of their structures for the interaction between the legal and economic systems. Once this conceptual proposition has been established, the current conviction of the state as the main agent responsible for the regulation of economic relations is continued, aiming to establish, precipitously, the conditions and possibilities under which such state intervention can take place, sometimes emphasizing aspects specific to the system, sometimes evidencing the conformations established in the legal system. In the end, it is proposed to analyze how the Regulatory State in Brazil can make the appropriate regulatory interventions on the corruption phenomenon identified in the context of economic relations, based on a juridical-economic contribution, aiming to establish those institutional mechanisms capable of composing a “Anti-corruption Regulation”, so that, on the one hand, it allows the effective exploration of the free market by individuals, without under distortions or interference, and, on the other hand, fulfills the objectives and foundations laid down in the Economic Constitution.

Keywords: Economic Constitution. Marketplace. Corruption. Regulatory Interventions. Anti-Corruption Regulation.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
1.1. TEMA PROPOSTO E PROBLEMATIZAÇÃO DA TEMÁTICA: .....	9
1.2. METODOLOGIA E PLANO DE TRABALHO:.....	12
<b>2. DA ORDEM JURÍDICA À CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: ESTADO, ORDEM JURÍDICA E LIBERDADE ECONÔMICA .....</b>	<b>14</b>
2.1. REFERENCIALIDADE ENTRE OS SISTEMAS: DA AUTOPOEISE À ALOPOEISE DO DIREITO, ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E DIREITO E ECONOMIA.....	16
2.2. DA SISTEMATICIDADE DO DIREITO: A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POSITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	22
2.3. EXISTE UMA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA? O ARCABOUÇO NORMATIVO-INSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	28
2.4. DA FACTICIDADE À LEGITIMAÇÃO: A LIBERDADE COMO PILAR FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA.....	36
<b>3. ENTENDENDO A COMPLEXIDADE DO MERCADO SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: DA PERSPECTIVA ECONÔMICA À DISCIPLINA JURÍDICA .....</b>	<b>42</b>
3.1. UM ENFOQUE CONCEITUAL SOBRE A NOÇÃO DE MERCADO: .....	45
3.2. A FUNCIONALIDADE DOS MERCADOS: RELAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E MERCADO .....	50
3.3. DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS MERCADOS: O AMBIENTE INSTITUCIONAL, OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O DESEMPENHO DAS ESTRUTURAS ESTABELECIDAS PELO MERCADO .....	57
<b>4. DOS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA REGULAÇÃO ESTATAL DO MERCADO: A INTERVENÇÃO ESTATAL SOB O VIÉS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA .....</b>	<b>65</b>
4.1. O PODER REGULATÓRIO DO ESTADO E SUA RELAÇÃO COM O MERCADO: A FORMAÇÃO DO ESTADO REGULADOR E SUA INTEGRAÇÃO À CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA .....	67
4.2. A JUSTIFICAÇÃO ECONÔMICA DA REGULAÇÃO: A ABORDAGEM ECONÔMICA TRADICIONAL E AS FALHAS DE MERCADO .....	73
4.3. A REGULAÇÃO ESTATAL COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: O DESENHO INSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO ESTATAL SOB O ENFOQUE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA .....	86
<b>4.3.1. O panorama: as políticas de liberalização (desregulação e desestatização) no cenário econômico da atualidade e a formação do Estado Regulador do Brasil.....</b>	<b>89</b>

<b>4.3.2. A teorização jurídica da regulação econômica: da atuação estatal à intervenção estatal no domínio das relações econômicas.....</b>	<b>95</b>
<b>4.3.3. Os mecanismos institucionais e a noção de regulação estatal: a intervenção estatal em sentido estrito e a intervenção regulatória. A abrangência sobre os espaços do mercado .....</b>	<b>104</b>
<b>4.3.4. O desenho institucional à luz da Constituição Econômica: a autonomia e os limites da intervenção regulatória.....</b>	<b>107</b>
<b>4.4. A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA REGULATÓRIA: A TEORIA ECONÔMICA DA REGULAÇÃO, O RISCO DE CAPTURA E AS FALHAS DE GOVERNO.....</b>	<b>112</b>
<b>4.4.1. A abordagem econômica da regulação e a corrupção enquanto desdobramento da teoria da captura .....</b>	<b>125</b>
<b>5. MERCADO, REGULAÇÃO E CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA REGULAÇÃO ANTICORRUPÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA .....</b>	<b>129</b>
<b>5.1. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O FENOMENO DA CORRUPÇÃO .....</b>	<b>130</b>
<b>5.2. UMA PROBLEMATIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO SOB O ENFOQUE DO REGULAÇÃO ECONÔMICA: .....</b>	<b>137</b>
<b>5.2.1. A teoria econômica e o dilema do agente e do principal: as informações, a racionalidade limitada e o rent seeking .....</b>	<b>137</b>
<b>5.2.2. A corrupção como problema de ação coletiva: o oportunismo sistêmico.....</b>	<b>140</b>
<b>5.3. A “REGULAÇÃO ANTICORRUPÇÃO” SOB O PARÂMETRO DA MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA INTERVENÇÃO REGULATÓRIA RESPONSIVA:.....</b>	<b>143</b>
<b>5.3.1. A re-regulação e as regras de comando e controle: a importância do regime jurídico-normativo da tipificação sancionatória e o deslocamento de perspectiva em função do caráter dissuasor da punição .....</b>	<b>149</b>
<b>5.3.2. A regulação responsiva e a indução por estímulos: a persuasão, a dissuasão, a cooperação e a autorregulação .....</b>	<b>154</b>
<b>5.3.3. O quadro regulatório anticorrupção no cenário brasileiro:.....</b>	<b>159</b>
<i>5.2.3.1. A regulação de comando e controle, o regime jurídico de tipificação sancionatória e o enforcement derivado de tal modelo: .....</i>	<i>160</i>
<i>5.2.3.2. A regulação assistida e a cooperação:.....</i>	<i>162</i>
<i>5.2.3.3. A autorregulação regulada e o compliance: .....</i>	<i>165</i>
<b>6. CONCLUSÃO: .....</b>	<b>169</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>175</b>

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. TEMA PROPOSTO E PROBLEMATIZAÇÃO DA TEMÁTICA:

De plano, vale destacar que a presente dissertação tem como objetivo precípuo desenvolver uma investigação analítica relacionada ao quadro institucional em função do qual o Estado poderá exercer as suas funções regulatórias, de modo a promover o adequado enfrentamento de eventuais comportamentos oportunistas adotados pelos agentes envolvidos – públicos e privados, assegurando-se, assim, a devida tutela a ser conferida aos fundamentos estabelecidos na Constituição Econômica.

Inobstante, a pesquisa não será de viés econômico: o enfoque pretendido irá estabelecer como base fundamental de análise normativa os valores e fundamentos albergados pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, na medida em que estes servem de baliza ao exercício da competência regulatória estatal face ao comportamento que devem guardar os agentes econômicos.

Todavia, não é somente isso. Na realidade, existem estudos que tratam da necessidade de o Estado Regulador intervir adequadamente sobre comportamentos abusivos ou ilícitos adotados pelos agentes particulares, na realização das transações econômicas, a exemplo do tradicional regime jurídico antitruste, uma das políticas públicas centrais integradas à atividade regulatória estatal.

Em razão deste fator, e também para esboçar a delimitação do objeto proposto para a presente pesquisa, é que se buscará analisar um recente fenômeno sobre o qual tem crescido cada vez mais a atenção da sociedade: adoção de práticas de corrupção, diretas ou indiretas, nas relações econômicas, que repercutem diretamente no funcionamento do mercado e exigem a presença de mecanismos de controle adequados, vistos pelos seus graus de eficiência e adequação para tal finalidade.

Com efeito, a corrupção, ora apreendida, tradicionalmente é tratada sob a perspectiva da moral jurídica, do dever ético que vincula toda a administração pública e do déficit democrático de legitimidade que é trazido a reboque com a sua expansão no contexto social. Não se nega, desse modo, que este enfoque é importante, ainda mais em se tratando de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, tal qual acontece no Brasil, republicano por excelência.

Por outro lado, há outro viés jurídico relevante para que seja descortinado cientificamente o fenômeno social e cultural da corrupção. Partindo dessa premissa, a influência das práticas de corrupção na condução das relações econômicas é também fator que não pode ser olvidado no estudo da atividade regulatória estatal, uma vez que a corrupção dos agentes econômicos é evento/dado estrutural que gera distorções no processo econômico com proporções ainda não devidamente compreendidas.

Nesta perspectiva, adotar-se-á, também, a contundência das informações desenvolvidas por estudos desenvolvidos na área da regulação econômica, sobretudo aqueles que se dedicam preponderantemente a compreender a racionalidade dos comportamentos dos agentes econômicos envolvidos com esse tipo de conduta oportunista. Isso porque, se o agente econômico é envolvido em práticas de corrupção, no intento de obter vantagens mercadológicas em face dos seus competidores, certamente estará abusando do poder econômico que lhe é reconhecido de forma legítima pela Constituição Federal do Brasil.

Não por outra razão, em todo o mundo, a implementação de mecanismos de governança e compliance vêm ganhando mais e mais importância. A preocupação com o tema se revela atual em termos de controle da tributação, regulação de condutas anticompetitivas, obtenção de vantagens indevidas, confusão entre o público e o privado, todos fenômenos, enfim, que possam prejudicar os Estados que necessitam de recursos financeiros e os mercados que os provém, relação que se dá pela tutela da ordem econômica.

Cuidar-se-á, desse modo, de estabelecer a relação entre funcionamento regular do mercado, condições e possibilidades da atividade regulatória estatal e a implementação de uma agenda regulatória destinada a conter os avanços e os efeitos negativos decorrentes das práticas de corrupção, de forma tal a esclarecer, até qual ponto estão relacionados esses institutos e que impactos esse sistema relacional pode resultar na realidade sócio-desenvolvimentista do Brasil.

Logo, em um esforço de se obter a delimitação objetiva do estudo ao qual se propõe, o objeto da pesquisa abrangerá o estudo da política regulatória atribuída ao Estado Regulador e dos contornos jurídicos que envolvem o exercício de tal função, enquanto atribuição fundamental estabelecida pela Constituição Federal, em sua Ordem Econômica, em contraponto à garantia de liberdade econômica igualmente reconhecida em favor dos agentes privados.

Entendendo melhor essas concepções prévias e obrigatórias ao que se pretende discutir, buscar-se-á investigar qual o grau de influência a corrupção encampada pelos agentes particulares pode exercer em face de um mercado envolvido com esses comportamentos oportunistas, inclusive em termos de eficiência das relações econômicas em tais ambientes.

Obviamente, será melhor perquirida a estrutura social, apreendida no plano normativo, daquilo que corresponde aos atos de corrupção, a sua natureza, dinâmica, e regime jurídico atual de conformação normativa – sobretudo, analisada a partir da teoria econômico mais adequada para tal propósito.

Verificada essa correlação, partir-se-á ao estudo do papel do Estado, enquanto agente interventor no domínio econômico, ao qual cabe, tipicamente, o dever de exercer a regulação econômica do mercado e dos agentes econômicos, dentro dos limites constitucionalmente previstos, de modo a perquirir pelo tratamento jurídico melhor aplicável à conformação da fenomenologia da corrupção, com o seu combate e prevenção, dada a sua influência direta e imediata nos processos da atividade econômica.

Finalizar-se-á, antevendo a possibilidade de distorção negativa do mercado via práticas de corrupção mantidas entre os agentes privados e os órgãos institucionais, que deturpa a concretização do objetivo fundamental do desenvolvimento econômico, trazendo uma abordagem de combate às estruturas da corrupção por mecanismos tradicionais, que hoje são relacionados ao processo de incidência normativa, por concretização do direito econômico, na proteção de seus valores, tal qual o direito regulatório (administrativo-fiscalizador), o direito penal e o direito internacional, como exemplos.

Desse modo, propor-se-á o estudo de outros mecanismos alternativos e contemporâneos de prevenção e combate à corrupção, dando-se ênfase aos procedimentos de governança e os programas de compliance (conformidade), como forma mais adequada de busca de correção do mercado, em privilégio às práticas de autorregulação dos agentes e os incentivos estatais direcionados a esse objetivo.

Em suma, objetiva-se propor um estudo crítico do fenômeno dos atos de corrupção manifestados pelos agentes privados, com práticas ilícitas de cooptação indevida dos agentes públicos, em face dos interesses coletivos, sob o viés do direito econômico, colocando-se, de um lado, a necessidade de se assegurar um quadro

institucional capaz de gerar as condições favoráveis ao desenvolvimento regular do mercado e todos os seus efeitos derivados, e, de outro, a tentativa de se ter mecanismos eficientes de combate à corrupção, evitando-se as ineficiências decorrentes dessa falta de adequação regulatória estatal, sobretudo mediante a possibilidade de adoção de mecanismos alternativos durante esse processo, o que se encontra possivelmente, por exemplo, em programas de Compliance e de incentivos às práticas de governança no ambiente de mercado.

## 1.2. METODOLOGIA E PLANO DE TRABALHO:

Objetiva-se desenvolver o tema, sobretudo, a partir de pesquisas bibliográficas. A doutrina nacional e estrangeira, desde a literatura clássica relacionada à hipótese de trabalho, até os artigos de periódicos mais recentes, será consultada, fichada, analisada e discutida. A legislação, colhida junto às fontes oficiais, será submetida a vários tratamentos hermenêuticos – gramatical, histórico, sistemático e teleológico (tradicionais), aliados à métodos contemporâneos de tópica e concretista – com vistas à sua adequada consideração.

Ademais, cuidando-se de trabalho caracterizado pela interdisciplinaridade, a análise jurídica deverá ser conciliada com averiguações nos âmbitos próprios da ciência econômica, das finanças públicas, da ciência política e filosofia – dentro do espaço cabível, dedicando-se, inclusive, a possibilidade de se analisar conceitos típicos desses outros ramos do saber científico, respeitando-se, em contrapartida, a proposta jurídica do presente estudo. Dentro desse viés e das possibilidades materiais da pesquisa proposta, buscar-se-á trazer uma abordagem pragmática da problemática delimitada, com a utilização de informações e noções oriundas desses outros ramos científicos, sobretudo os que advêm de pesquisas e estudos desenvolvidos no campo da ciência econômica.

Ressalte-se, ainda, a interligação própria que decorre da condição de estudo desenvolvido em base de pesquisa voltada ao direito constitucional, envolvendo os segmentos que envolvem o direito internacional, financeiro, tributário, econômico, penal-administrativo, etc.

No que diz respeito aos métodos que serão utilizados, dá-se ênfase à uma abordagem hipotético-dedutiva, elegendo-se as premissas básicas e fundamentais pelas quais será possível desenvolver o conteúdo da problemática posta, com a confirmação ao final das hipóteses elencadas com os objetivos propostos. Sem embargo, não poderá

deixar de trabalhar a abordagem dialética do problema posto, considerando, sobretudo, o viés interdisciplinar e complexo que se pretende dar ao estudo ora apresentado.

Diante de viés voltado a um esboço tipológico, afirma-se que a pesquisa terá uma abordagem qualitativa dos resultados observados. Também propositiva, embora também exista a necessidade de descrição de institutos relacionados e dados verificados, com vistas à apresentação de possíveis respostas ao problema identificado. Além de pura, uma vez que busca propor soluções ainda em fase de teorização, ainda que haja necessidade de verificação pragmática, dentro dos limites possíveis na investigação.

Enfim, o trabalho será subdividido em quatro seções subsequentes.

O primeiro irá abordar justamente os pressupostos jurídico-normativos que legitimam o espírito interdisciplinar a ser adotado ao longo de tudo a pesquisa. Sendo assim, analisar-se-á a aplicação de uma perspectiva sistêmica na relação mantida entre o quadro institucional jurídico e a realidade econômico, adentrando, inclusive, na forma que as relações internas presentes no sistema jurídico podem influenciar em tais interações inter-sistêmicas. Com essa perspectiva, será analisada o principal elemento interno de coerência e unidade do sistema jurídico – a Constituição Econômica –, a sua relação com a realidade econômica e, principalmente, quais os seus elementos que guardam estrita pertinência para o funcionamento do mercado – a liberdade econômica.

Nos dois capítulos seguintes, enquanto será examinada buscada a compreensão de um conceituação institucional acerca do figura do mercado, enquanto principal espaço social destinado ao desenvolvimento das relações econômicas, também irá analisar a forma pela qual o Estado se comporta perante as relações econômicas conduzidas em um ambiente de mercado, no exercício da sua função regulatória, pretendendo-se alcançar uma compreensão institucional adequada para balizar tal relação.

Já na seção final, iremos propor uma abordagem econômica da problemática associada às práticas de corrupção, a fim de melhor compreender a racionalidade de tais condutas oportunistas, indicando, em seguida, aquelas alternativas institucionais não necessariamente condicionadas ao exercício do poder sancionatório estatal, mas que podem ser sobremaneira efetivas para a implementação de uma agenda regulatória anticorrupção no Brasil.

## 2. DA ORDEM JURÍDICA À CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: ESTADO, ORDEM JURÍDICA E LIBERDADE ECONÔMICA

Há tempos que, na atualidade contemporânea, a compreensão dos fenômenos jurídicos tem exigido um enfrentamento metodológico pautado, por vezes, em cortes multidisciplinares aplicados aos objetos postos à investigação científica levada a cabo pelos estudiosos do Direito.

Assim, não é de hoje que a compreensão do objeto da ciência do Direito depende da necessária aproximação com o método científico próprio de outras ciências afins – como é o notório exemplo da Economia<sup>1</sup>.

Tal preocupação se evidencia, ainda mais, quando se coloca em perspectiva a noção de que grande parcela dos problemas identificados na sociedade atual deve ser analisada, também, sob a perspectiva do raciocínio jurídico.

Evidentemente, tal compreensão termina exigindo, de certo modo, o prévio conhecimento de outras perspectivas e métodos, não associadas necessariamente ao estudo do Direito, mas que devem ser aplicadas na investigação da questão posta ao debate científico.

Como os fatos sociais se revelam cada vez mais complexos, no sentido metodológico dessa terminologia, fica ainda mais evidente a necessidade de que estes sejam abordados da forma mais adequada possível, exigindo, assim, a utilização desse instrumental multidisciplinar.

Busca-se, portanto, aqueles conceitos que comumente não são dominados pelos estudiosos da ciência do Direito. Por necessidade, o preciosismo epistemológico dos juristas tradicionais deve dar espaço à visão multidisciplinar dos objetos investigados pela pesquisa jurídica<sup>2</sup>.

Até porque o estudo da norma jurídica jamais irá abolir o método aplicado a partir dos critérios epistemológicos próprios da ciência do Direito. Assim, diante do

---

<sup>1</sup> Bruno Salama defende, ao abordar a questão das problemáticas inerentes à realidade social, que tanto o Direito como a Economia são capazes de lidar com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

<sup>2</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, **Economic Analysis of Law Review**, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010. p. 8.

objeto proposto neste momento inicial, as conclusões almejadas, naturalmente, teriam de ser viáveis, sob o ponto de vista eminentemente jurídico.

Somente assim, e partindo desse corte epistemológico, é que se conseguirá um maior aprofundamento no estudo que se propõe para o presente trabalho. Sem esse método, certamente o estudo iria se esvaziar em mais um arrazoado eminentemente jurídico, sem maior importância ou efetiva contribuição ao avanço da pesquisa acadêmica do Direito no Brasil<sup>3</sup>.

Seguindo esse panorama, a abordagem do capítulo inicial pretende analisar, a princípio, o modo pelo qual a formação do Estado Democrático de Direito, na fase contemporânea, pôde favorecer o pleno desenvolvimento do mercado de bens, serviços e, até mesmo, direitos, mediante a livre exploração dos fatores de produção, a partir do pretense exercício da ampla liberdade econômica no Brasil.

E não apenas o comportamento que o Estado deve assumir perante o domínio econômico. Pretende-se, principalmente, observar como a ordem jurídica constitucional tende a legitimar essa relação, na tentativa de equacionar os interesses da sociedade civil frente aos dos agentes particulares, ao exercerem a legítima exploração dos direitos de propriedade que lhe são assegurados.

Daí é que se poderá compreender, assim, a existência de uma Constituição Econômica consolidada no Brasil, tendo-se em perspectiva, antes disso, a noção do que se entende por “ordem jurídica da economia” (ou do capitalismo) – a predita ordem econômica<sup>4</sup>.

Por esse enfoque, será possível entender, por evidência lógica, o arcabouço institucional presente na Constituição Federal responsável por legitimar o exercício da liberdade econômica pelos agentes particulares, na exploração dos respectivos direitos de

---

<sup>3</sup> Já era denunciado por Fábio Konder Comparato que, ao invés daquele direito *nobre e oficial*, o único admitido nas discussões acadêmicas e nos debates doutrinários, era preciso dar atenção a um tipo de *novo direito*, extravagante dos Códigos e rebelde dos esquemas acadêmicos, e que assume hoje uma importância sobremaneira relevante, inclusive se imiscuindo pelas esferas mais tradicionais do pensamento jurídico, pelo qual se torna evidente “o caráter econômico da regulamentação”. Irrompeu daí, segundo o notável jurista, a figura do *Direito Econômico*. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável direito econômico*. In: **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 454-455.

<sup>4</sup> MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987. p. 59.

propriedade, desde que observados, e não poderia ser diferente, os demais critérios limitadores de tal prerrogativa constitucional.

## 2.1. REFERENCIALIDADE ENTRE OS SISTEMAS: DA AUTOPOEISE À ALOPOIESE DO DIREITO, ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E DIREITO E ECONOMIA

Feito esse aparte metodológico, importa trazer duas importantes categorias próprias de um pensamento interdisciplinar aplicado ao debate preliminar ora iniciado.

Nesse contexto, é possível entender a ordem jurídica como aquele conjunto de normas, dentre todas aquelas que confluem em uma coletividade e se comunicam dado os valores cultivados pelo ambiente social, que possuem coercibilidade, impondo condutas de caráter obrigatório e permanecendo autônomo, por vezes, da necessidade de ser aderida pelo indivíduo submetido a sua observância<sup>5</sup>.

Debatendo essa questão, Terence Trennepohl afirma que existem “processos de adaptação social”, tais como a religião, a moral e a política, a educação, a economia, enfim, categorias que surgem no âmbito das relações sociais para determiná-las, intervindo cada um dentro dos limites que lhe são inerentes<sup>6</sup>.

Desse modo, essas orientações sociais são características próprias de uma sociedade organizada, na qual esses “processos de adaptação” se consolidam de modo que se torne possível constituir regras de orientação e determinação do comportamento dos agentes sociais.

O direito seria, então, essa categoria de orientação e determinação dos agentes sociais que possui maior evidência, dentro de tal perspectiva, sobressaindo-se em função dos demais, dada a sua capacidade de coagir o sujeito-objeto a observá-lo obrigatoriamente, sob pena de emprego do poder coercitivo chancelado pela sociedade como um todo.

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995. p. 31.

<sup>6</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Tributação ambiental negativa: políticas públicas de fomento ambiental com uso de incentivos tributários**. 146f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pernambuco, 2005. p. 7.

Nas relações sociais, portanto, poderá haver influência de outras categorias de harmonizadores de comportamento, mas somente ao direito caberá exercer a coerção social para assegurar o mínimo de convívio entre os agentes.

Dentro de uma visão sistêmica, o direito teria uma “autonomia” própria frente ao meio ambiente em que se emerge e tende a se perpetuar. Seria “autodeterminado”, reproduzindo-se independentemente de outros sistemas afins, em razão do movimento autônomo de suas categorias e critérios próprios, os “códigos de preferência”, sendo, em resumo, vinculado a ideia de “autopoeise”<sup>7</sup>.

O direito, enfim, seria essa possibilidade de afirmação coercitiva de regras de comportamento (os deônticos – facultado, proibido e permitido) perante a sociedade que o constituiu para tal finalidade, já que foram admitidos pela permissividade própria do grande sistema social.

Assim, a ordem jurídica, dentro de uma ideia de ordenamento, consistiria no conjunto das normas de balizamento da conduta social dos agentes, organizadas de forma coerente e integrada. Ter-se-ia, então, que o Direito se coloca em destaque no conjunto social. Mas por não ser necessariamente autopoietico, quer dizer, não hermeticamente fechado, está disposto a se comunicar com os demais sistemas que integram o grande sistema social<sup>8</sup>.

A partir desta abertura, é que surge a interação com o sistema econômico – objeto de investigação científica que também é pertinente ao estudo que ora se propõe.

Isso porque o sistema econômico, por estar integrado ao sistema social, detém suas categorias e critérios próprios postos a sua compreensão – sobretudo, o princípio baliza da escassez de recursos, pelas quais se reproduz no ambiente social.

Este sistema próprio também orienta os processos de relações sociais que estão sob seu direcionamento – o mercado, os agentes econômicos e as transações comerciais. Por ele, busca-se não exatamente a subjugação coercitiva de comportamentos, elegendo

---

<sup>7</sup> NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e Estado de Direito. **Lua nova: revista de cultura e política**, São Paulo, v. 37, pp. 93-105, 1996. p. 95.

<sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 167.

aqueles em lícitos ou ilícitos, mas sim a maximização dos interesses comuns com o menor dispêndio de recursos escassez possível – racionalização da exploração social.

O sistema econômico, que em tese teria desiderato distinto da ordem jurídica, interage com os outros sistemas para obter harmonia com eles, tendo em vista a concepção de abertura entre os sistemas. Uma vez instalado o processo comunicacional – eis que o agente humano se comunica e se desenvolve pela linguagem, poderá o sistema econômico interagir com os demais sistemas, sobretudo com o jurídico.

Até porque o sistema jurídico, entendido como o que detém relativa autoridade frente aos demais, repercute as suas categorias nos demais sistemas sociais que, embora autônomos, respondem aos estímulos normativos – aos quais devem manter deferência.

Se há relação e/ou interação dentro do sistema social, é porque os subsistemas estão interagindo, por suas linguagens próprias, tornando cada qual referencial diante do sistema e do processo comunicacional. Todavia, esse fenômeno deve ocorrer com leveza e harmonia, sob pena de haver uma distorção interna dentro do próprio sistema, repercutindo nas relações sociais em face das quais interfere cada um dos subsistemas em comunicação.

Desse raciocínio, retira-se o que é relevante para o estudo do Direito e da Economia, mesmo que em se tratando de uma pesquisa que se propõe a ser eminentemente jurídica: o Direito influencia a Economia, ao mesmo tempo em que a Economia influencia o Direito.

Neste ponto, é interessante a proposição de alguns que defendem a necessidade de se rever a *Teoria Geral do Direito* a partir de uma leitura que se deve fazer da ordem jurídica com critérios de *eficiência* e de *maximização de interesses*, de modo que seja “aclarada” a dicotomia aparente entre Direito e Economia, visando obter uma “governabilidade técnico-racional de resultados” e de defesa da prática técnico-legal-formalista defensora dos direitos individuais<sup>9</sup>.

Logo, será o grau de harmonia no processo de comunicação entre esses mecanismos de adaptação social que assegurará relações sociais harmônicas, garantindo,

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *law and economics*: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito, **Revista Juris**, Rio Grande, v. 11, pp. 199-222, 2005, p. 201.

de um lado, uma exploração racional de recursos limitados e, de outro lado, o comportamento adequado dos agentes em convívio com a sociedade da qual faz parte.

Viu-se acima que o Direito seria uma das formas pelas quais a sociedade pode se organizar, com regras e categorias próprias, ora impondo comportamentos, ora orientando condutas e, ainda, ora permitindo condutas. Tércio Sampaio Ferraz Jr., sobre o direito, aponta que este seria, contraditoriamente, um “fator de estabilidade social”, ao mesmo tempo em que poderia gerar distorções, porque centrado em contradições e incompatibilidades<sup>10</sup>.

Sob o ponto de vista das relações sociais, não seria o único, como se lhe fosse exclusiva a atribuição de coordenar a sociedade, mas aquele que teria o exercício da coercibilidade para impor a sua observância.

Caberia ao Direito, em tese, exercer a exclusividade da sanção, mediante o processo lógico-hipotético de incidência da norma jurídica<sup>11</sup>. Nesse sentido, é pertinente a posição de Paulo de Barros Carvalho, quando defende a plenitude da independência do Direito, enquanto sistema autônomo, empírico e formado por unidades atomizadas, que se expressa mediante “proposições hipotético-implicacionais”<sup>12</sup>.

Todavia, como visto, não é interessante atualmente observar o objeto da ciência do direito – a norma jurídica propriamente dita – sob um viés isolacionista, quer dizer, com base em método puramente baseados em dados próprios da teoria da norma jurídica.

Embora se diga que o Direito detém essa “ligeira” prevalência sobre os demais mecanismos de adequação social, somente porque é coercitivo, não se pode dar-lhe total e absoluta sobreposição face aos demais processos regulatórios, sob pena de haver uma verdadeira “ditadura” do Direito – gerando graves distorções no sistema social.

---

<sup>10</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

<sup>11</sup> Cristiano Carvalho aqui traz essa “exclusividade” como um ponto em comum de todos os sistemas jurídicos próprios de cada tipo de coletivo social: “o fato de emitir mensagens sempre na função prescritiva ou ordenadora de condutas”. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.135.

<sup>12</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Interpretação dos fatos jurídicos-tributários e os avanços da interdisciplinaridade. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 280.

Cristiano Carvalho, sobre a posição do direito no sistema social, aponta acertadamente que o Direito poderá “funcionar como um mecanismo gerador de ordem (neguentropia) ou como fonte de ruído”<sup>13</sup>.

Logo, a partir da forma como está posta a ordem jurídica dentro de uma coletividade, poderão as normas jurídicas servirem efetivamente de processo adequado de orientação social ou, por outro lado, gerarem mais distorções aos fatores reais das relações sociais existentes – agravando as distorções que porventura já existam.

É preciso, então, que exista uma “abertura” do Direito para interagir com os demais subsistemas. Dentro de uma visão sistêmica de Direito, ele será o mecanismo de equilíbrio da ordem social, ou seja, aquele responsável por relacionar todos os demais subsistemas sociais, interligando-os por meio do sistema social global<sup>14</sup>, desde que esteja disposto a se comunicar com outros subsistemas igualmente relevantes – tais como a Política ou a Economia.

Importante, portanto, entender o Direito enquanto sistema aberto. Na posição de muitos, o direito é sistema *autopoiético*, uma vez que se permite a interagir com o “meio envolvente” no qual está inserindo, reproduzindo-se a partir dessa interação<sup>15</sup>.

Isso porque a defesa da autopoiese jurídica faz com que seja possível afirmar a autonomia do direito – a sua clausura operacional, mas que, mesmo assim, haverá abertura às mensagens oriundas do ambiente social – a referencialidade do sistema jurídico<sup>16</sup>. Como bem definiu Marcelo Neves, trata-se de “autonomia do sistema, não de sua autarquia”<sup>17</sup>.

De outra parte, há os que defendem, indo além dos tradicionalistas da aplicação sistêmica à sociedade e ao Direito, quando os códigos e critérios próprios de um subsistema alternativo podem subjugar aqueles específicos da ordem jurídica.

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 242.

<sup>14</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4 ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 112.

<sup>15</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 53.

<sup>16</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 130.

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p.115.

Não que isso resulte num total condicionamento ao ambiente em que o sistema jurídico está inserido, mas, por vezes, estará disposto a incorporar – por comutação ou digitalização, por exemplo, fatores externos em função do código ou critérios externos<sup>18</sup>. Aqui, o Direito perde a sua autonomia operacional, tornando-se alopoiético.

Enfim, não há dúvidas de que há relacionamento permanente entre diferentes categorias de processos que orientam as relações sociais, entendidos, pela visão luhmanniana, subsistemas do sistema social. Esses processos podem se afirmar, em grande parte da sua existência, como autopoietico, porque autônomos frente ao ambiente considerado.

Por vezes, poderão padecer à influência de outros subsistemas. O Direito, em contrapartida, será o “ponto de equilíbrio” entre os subsistemas, garantido, em tese, a harmonização do sistema geral<sup>19</sup>. Todavia, terá de haver necessariamente *abertura operacional*, mediante a qual obrigatoriamente os sistemas se comunicam.

Sem essa abertura, haverá autarquia, podendo o Direito deixar de ser fator de equilíbrio, para ser fator de distorção, dada a sua posição autárquica sob tal perspectiva.

Será, portanto, essencial que exista a abertura, na exata medida delimitada pelos pontos de “acoplamento estrutural” constituídos pelos próprios subsistemas sociais, que, especificamente no caso do Direito e Economia, por exemplo, se revelam pela relação que existe entre contrato e propriedade privada. Para a Economia, ambos são dois modos de proposição do critério lucro, face à noção binária de ter/não ter, enquanto que, para o Direito, servem de programas para definir se há o lícito/ilícito<sup>20</sup>.

De todo modo, embora sejam autônomas, ambos precisam se relacionar entre si: a economia exige que esses institutos existam para poder se desenvolver, ao passo que o direito presume haver dinâmica célere de trocas, circulação e apropriação de riquezas, a fim de que seja possível assegurar a manutenção e a própria redefinição do contrato e da propriedade.

---

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 129.

<sup>19</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 242.

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 36.

## 2.2. DA SISTEMATICIDADE DO DIREITO: A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POSITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Viu-se que, dentro do sistema social, o Direito se evidencia como o subsistema que detém a capacidade de exercer uma influência coercitiva sobre os demais mecanismos de regulação social.

Isso não implica dizer, ao mesmo tempo, que o Direito deve rejeitar qualquer tipo de abertura para receber as informações oriundas de outros subsistemas, o que resultaria numa verdadeira “autarquia” sistemática.

Também não seria adequado que o Direito se tornasse totalmente predisposto às influências provenientes de outros subsistemas, tal qual aqueles constituídos pela Política ou Economia, sob pena de perder sua autonomia operacional frente ao sistema social.

Todavia, o próprio Direito também é observado sob o viés sistemático no seu aspecto interior. Melhor dizendo, o aglutinamento das normas jurídicas, dentro de um conjunto ordenado entre si, também permite afirmar o caráter sistemático dos componentes internos que compõe o Direito.

Neste ponto, vale considerar que o Direito, enquanto mecanismo social de orientação e coordenação, se materializa por meio de normas jurídicas. Teríamos, na verdade, um *ordenamento normativo*, este entendido com o conjunto de normas jurídicas de um dado Estado<sup>21</sup>.

Essas normas jurídicas, quando reunidas sob uma ordem vigente, se organizam entre si de forma coordenada e integrada. Isso porque existem, também, componentes não-normativos em tal tipo de estrutura jurídica, cuja destinação, em tal ambiente, pretende exatamente permitir um melhor relacionamento entre as unidades normativas em questão<sup>22</sup>.

Se formos descrever uma ordem jurídica desapegada das estruturas de relacionamento (as regras não normativas), estaremos apenas relatando um emaranhado de códigos de comportamento, sem qualquer pertinência recíproca entre si – o que poderia

---

<sup>21</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139.

<sup>22</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139-140

gerar em contradições internas, perdendo a eficácia e validade que busca o ordenamento normativo.

Por isso, a ordem jurídica sempre estará atrelada a essa concepção de componentes normativos próprios – que se adequam a linguagem deôntica; como também estará associada à noção de estruturas não normativas – que se compatibilizam a linguagem descritiva, de relacionamento.

Em razão desta perspectiva, é que se fala na ordem jurídica enquanto sistema: os componentes normativos são os elementos que formam um repertório, que estão orientados sob um conjunto de regras de relacionamento que constituem uma estrutura<sup>23</sup>.

Portanto, o sistema sempre estará vinculado a uma noção que leve em consideração a existência de um repertório que se organiza, coordena e se perpetua com base em uma estrutura de unidades.

A grande parcela de pensadores jurídicos que vislumbram a sistematicidade do Direito converge para uma noção semelhante<sup>24</sup>: haverá um conjunto de elementos que constitui um todo unitário<sup>25</sup>. O importante, na verdade, é ter em conta de que sempre haverá a necessidade de existir uma pertinência relacional entre os elementos (normas jurídicas), um encadeamento de proposições, e as regras que assegurem a solidez do todo unitário, o que se busca com a estrutura.

Inobstante, a real finalidade do que extrai da possibilidade de configurar o ordenamento normativo como um sistema, com repertório e estrutura, é poder afirmar a sua unidade<sup>26</sup>.

Desde Claus Wilhelm-Canaris, existe a preocupação de que o Direito não seja uma multiplicidade de valores singulares desconectados, sem uma adequação interna

---

<sup>23</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139-140.

<sup>24</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41.

<sup>25</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.3.

<sup>26</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 22.

racional e valorativa, deixando de considerar valores éticos-jurídicos, todos reunidos sob a unidade do sistema<sup>27</sup>.

É necessário haver, portanto, organização em qualquer tipo de pensamento sistemático que se procure fazer, sobretudo naquele voltado à compreensão da ordem jurídica existente<sup>28</sup>. O desafio, por sua vez, é entender de que forma pode se trazer essa unidade ao todo normativo, por qual critério ou medida de relação é possível trazer essa unidade e adequação ao sistema jurídico.

Concordando com a posição de Marcelo Neves, a unidade será conferida por aquele núcleo normativo – de caráter originário – que irá instituir órgãos ou fatos (costumeiros) básicos para a produção jurídica (da norma jurídica)<sup>29</sup>. Mas, então, qual será esse núcleo normativo?

O referido autor constitucionalista defende, neste ponto, que a unidade positiva da ordem jurídica será assegurada pelo complexo normativo originário, que seria a “totalidade das normas postas pelo poder constituinte originário ou por fatos costumeiros do qual faz parte núcleo normativo originário”<sup>30</sup>, servindo tanto para o critério de efetividade das normas (a partir do evento fático externo), como para o critério de validade interno do ordenamento.

Logo, esse complexo normativo originário será o critério que irá assegurar a validade e a pertinência de todo o ordenamento. O seu núcleo ainda será de maior relevância: irá definir a pertinência das demais normas jurídicas do ordenamento, a partir dos órgãos oficiais ou fatos costumeiros que foram determinantes para a formação do núcleo normativo originário<sup>31</sup>.

Vale lembrar que essa unidade é hierarquizada, porque decorrem de atos de produção jurídica oriundos de órgãos e autoridades oficiais também escalonados segundo uma hierarquia<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: António Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 18-23.

<sup>28</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 42.

<sup>29</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.22-24.

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 24-25.

<sup>31</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 24-25.

<sup>32</sup> Nesse ponto, Hans Kelsen afirma que o ordenamento normativo não pode ser entendido como um sistema de normas de igual ordem, mas de “normas sobre-e-sob normas”, de tal maneira que a produção desse

Portanto, a validade de uma norma jurídica sempre terá origem na norma hierarquicamente superior, segundo foi posto no processo de produção normativa (com os critérios adotados pelo órgão oficial)<sup>33</sup>. E mais: a pertinência dependerá da delimitação do objeto que é colocado pela norma superior, partindo-se da norma jurídica de menor hierarquia até alcançar o complexo normativo originário, que não nem válido, nem inválido<sup>34</sup>.

O importante, diante de toda essa discussão, para o objeto do presente estudo, é verificar em que patamar estaria a Constituição Positiva – no caso do Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB.

Se voltarmos ao pensamento sistemático, veremos que a Constituição Positiva é subsistema do próprio ordenamento jurídico, integrando o repertório na condição de elemento – cuja relevância será determinada pela unidade hierarquizada desta ordem sistemática.

E mais: considerando o caráter autopoietico do sistema do Direito em tempos de normalidade, detém ele autonomia operacional, de modo que é auto referenciável, embora tenha abertura para estabelecer comunicações com outros subsistemas. Portanto, a Constituição Positiva, ao mesmo tempo em que será subsistema integrante do todo unitário escalonado que é o subsistema jurídico, exercerá também a posição de mecanismos regulador no direito positivo – como um todo.

Isso em razão da Constituição Positiva ser a norma jurídica dotada supremacia na ordem jurídica moderna, conseqüentemente, no sistema jurídico-positivo. Como bem delimita Marcelo Neves, “a Constituição tem supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e validade dos subsistemas infraconstitucionais”<sup>35</sup>.

Logo, em razão da sua condição de hierarquia superior, a Constituição servirá de fundamento para fornecer os critérios internos de aplicação jurídica concreta, bem

---

conjunto de normas acontece mediante um “concatenamento de produção”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986. p. 331-332.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986. p. 329-330

<sup>34</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 28.

<sup>35</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.63.

como de estabelecimento de normas jurídicas gerais. A Constituição Positiva, então, é responsável por funcionar como o modo pelo qual o sistema jurídico reage a própria autonomia, substituindo fatores exógenos, tais como o jusnaturalismo já pretendeu<sup>36</sup>.

Não havendo diferenciação da Constituição Positiva face à ordem jurídica em vigor, poderá que este sistema jurídico padeça à alopoiese, em que haverá contingenciamentos externos à validade das normas jurídicas vigentes. Com a Constituição Positiva, haverá a abertura do sistema jurídico devidamente condicionada aos critérios próprios do texto constitucional, mediando, assim, a abertura cognitiva do Direito em face de outros subsistemas, como a Política e a Economia .

O Direito pode, então, reciclar-se sem perder a sua autonomia operacional, sob pena de, sem condicionamento obrigatório da capacidade de aprendizado do sistema jurídico, haver ingerências diretas dos outros sistemas, nos quais não há o filtro constitucional necessário à autonomia operacional do sistema jurídico<sup>37</sup>.

Assim, a Constituição Positiva será a base-parâmetro do ordenamento jurídico, em decorrência da sua posição hierarquicamente superior, servindo, por tal estatura, de subsistema responsável pela garantia da autonomia operacional do sistema jurídico – restringindo as formas de “calibrar” esse processo inter-relacional.

Diante de tal razão, é que se diz que a Constituição Positiva terá de exercer uma posição de supremacia e suprallegalidade frente a todo o ordenamento jurídico, justamente porque lhe foi atribuída a característica de possuir uma “normatividade destacada”, quando foi concebido no início da modernidade<sup>38</sup>.

Por tal função, a Constituição Positiva servirá também de “filtro” pelo qual se poderá examinar os limites relacionais estabelecidos pelo Direitos com os demais sistemas do sistema social. Com a teoria da inconstitucionalidade das leis, constituem-se os critérios para a adequada análise do estado de autopoeise mantido entre os sistemas em

---

<sup>36</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 65-65.

<sup>37</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 67.

<sup>38</sup> MENDONÇA, Fabiano. *Hermenêutica Constitucional da Ordem Econômica Regulatória: princípios*. In: FRANÇA, Vladimir; MENDONÇA, Fabiano; e XAVIER, Yanko (Org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 17.

“contato”. Daí é que se densifica a clássica concepção de “força normativa da Constituição”<sup>39</sup>.

No caso do Direito e da Economia, a Constituição Positiva deverá exercer a função de parâmetro necessário para analisar se existe um equilíbrio entre o impacto ocasionado pelas unidades normativas, perante todo o sistema normativo, que terão a responsabilidade de delimitar os limites aplicados ao exercício da atividade econômica, em justaposição às autonomias atribuídas aos processo econômico, que deverão ser asseguradas aos agentes econômicos.

Dessa análise, surge a evidente necessidade de se entender melhor por quais fundamentos se constituem as balizas que regem as atividades econômicas. Até porque o Direito, e sobretudo a Constituição Positiva, deverá tê-los em mente quando se propor a estabelecer quais limites deverão ser aplicados às relações econômicas.

Nesse sentido, é de se convir que o modo de funcionamento das relações econômicas está diretamente associado aos limites estabelecidos pelo próprio Direito, apesar de aquelas estarem pautadas, essencialmente pela regra básica de que os recursos naturais são esgotáveis, apesar de as necessidades humanas serem inesgotáveis, em contrapartida.

O Direito interfere nas relações econômicas justamente por deter a responsabilidade de estabelecer as regras, parâmetros e, sobretudo, limites pelos quais esses recursos poderão ser explorados pelos agentes econômicos.

Daí é que se exige a previsibilidade e calculabilidade na intervenção do Direito frente ao mercado, isto é, na interferência ocasionada pelas regras postas no sistema jurídico que afetam as relações estabelecidas pelos agentes econômicos.

Trata-se, evidentemente, de expansão da normatividade própria da baliza constitucional da segurança jurídica que deve emergir, também, do papel que o Direito assume diretamente na Economia.

---

<sup>39</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 15.

Assim, essas regras somente serão adequadas se guardarem equilíbrio não apenas com as estruturas estabelecidas pelo próprio processo econômico, mas também com aqueles parâmetros fundamentais postos pela Constituição Positiva.

### 2.3. EXISTE UMA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA? O ARCABOUÇO NORMATIVO-INSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Mas, antes disso, é preciso compreender alguns conceitos básicos que, por emergirem do próprio ordenamento jurídico, permitem um melhor entendimento a respeito da intervenção do Direito no sistema econômico<sup>40</sup>, sobretudo, naquilo que diz respeito a relação entre a Constituição Positiva e a Economia, por meio da influência da ordem jurídica em pleno vigor.

Assim, é que se nota a relevância justamente da noção de ordem econômica que está associada, até como decorrência lógica, à concepção de Constituição Econômica<sup>41</sup>.

Por um lado, é bem verdade que a concepção de ordem econômica está associada inevitavelmente ao processo de expansão do papel atribuído ao Estado frente às relações econômicas, que geralmente são constituídas pelos particulares no exercício das suas liberdades individuais.

Sob tal contexto, ascendeu entre os estudiosos do direito constitucional a predisposição de reexaminar os pilares fundamentais postos pela fase constitucionalista de ordem liberal.

Isso porque seria necessário envolver aqueles segmentos sociais que não estavam albergados, diretamente, pela tutela estatal assegurada pelo ordenamento jurídico em vigor à época.

---

<sup>40</sup> Fabio Nusdeo, a respeito de tal temática, apresenta duas definições relacionados a concepção de sistema econômico, a saber: a) o conjunto das atividade econômicas de uma dada comunidade, como um país ou uma região; e b) um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico – é o conjunto de instituições destinado a permitir a qualquer grupo humano administrar seus recursos escassos com um mínimo de proficiência, evitando o quanto possível o seu desperdício ou malbaratamento. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico. 4 ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100.

<sup>41</sup> Segundo Eros Grau, esses conceitos, de uma forma ou de outra, guardam evidente afinidade entre si. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica).** 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 68

Tratava-se de tendência destinada a retirar do constitucionalismo, enquanto instrumento institucional de readequação do Estado de Direito, que emergiu em meio a ascensão do ideário liberal<sup>42</sup>, daquele *status quo* estabelecido pelo liberalismo político, que havia prosperado no século anterior.

Nominou-se, assim, tal movimento de “constitucionalismo social”, que emergiu fortemente após a primeira guerra mundial, tendo adotado adesão em boa parte dos países europeus e de parcela do continente americano<sup>43</sup>.

O principal propósito desta proposta de expansão atribuída às Constituições consistia na ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais que deveriam ser assegurados a todos os indivíduos potencialmente tutelados pelo Estado, assim entendidos como cidadãos.

Apesar de ter sido o modo pelo qual se consolidou esse processo de readequação, esse novo paradigma constitucional visava também avocar para si a regulação de outros fatores próprios das relações sociais, para além da mera pretensão de equilibrar as desigualdades da sociedade, como a construção de noções culturais pela sociedade, o favorecimento da participação política pelos cidadãos e, ainda mais, a regulação das relações econômicas travadas pelos particulares.

Daí surgiram, ainda que de modo rudimentar, as primeiras proposições jurídico-normativas tendentes a permitir a intervenção estatal no domínio da atividade econômica, antes balizada quase que exclusivamente pelo respeito à plena liberdade de agir atribuída aos agentes particulares.

Desse modo, colocou-se a disciplina jurídico-normativa das atividades econômicas na própria textualidade da Constituição, cujo exemplo mais paradigmático constituiu na elaboração da Constituição da República de Weimar em 1919, na

---

<sup>42</sup> DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, , n. 200, abr./jun., p. 55-69, 1995. p. 62.

<sup>43</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. 172 f. Tese (livre-docência) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2003. p.11.

Alemanha<sup>44</sup>, fazendo-se, também, a necessária menção honrosa, por outro lado, à repercussão causada pela Constituição Mexicana de 1917<sup>45</sup>.

Inevitavelmente, o interesse daqueles predispostos a regular, por meio da Norma Constitucional, as atividades exploradas pelo mercado era o de direcioná-lo a produção de efeitos socialmente desejáveis, ainda que indiretamente.

Esses efeitos seriam pertinentes à busca pela concretização dos valores associados às garantias prestacionais estabelecidas dali em diante pelo redimensionamento promovido nas ordens constitucionais que vinham sendo constituídas à época.

Assim, enquanto se buscava orientar a estrutura das relações econômicas para direcioná-las a efeitos previamente almejados, também havia o propósito de modificar a realidade social subjacente às novas proposições constitucionais, que estava caracterizada por certas e significativas disparidades, antes não reguladas pelas preocupações postas no Estado Liberal<sup>46</sup>.

Mas o que seria, então, essa predita “Constituição Econômica”, antecedida, evidentemente, por uma “ordem econômica?”

Em termos objetivos, existiria uma parcela da ordem jurídica – considerada em toda a sua amplitude – atribuída da função de disciplinar os parâmetros jurídico-

---

<sup>44</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 7.

<sup>45</sup> Importante ressaltar o pioneirismo e a relevância da Constituição Mexicana de 1917 que, embora não tão bem estruturada em relação a matéria econômica, já cuidava de temáticas relacionadas ao fenômeno do constitucionalismo social, como a proteção de direitos dos trabalhadores, atendendo a vários reclames apresentados durante a Revolução Mexicana de 1910. Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 13-14.

<sup>46</sup> Abordando esse contexto jurídico-político, Mariana de Siqueira sustenta que esse cenário institucional levou ao surgimento de duas estruturas políticas que, embora fosse diferentes, comungavam de um mesmo ideário social: o Estado Social, que acabou mantendo o capitalismo como modo de produção econômico prevalecente para a sociedade, mesmo tendo estabelecido uma proposta mais intervencionista na condução da administração pública destinada a proteger e garantir a prestação de direitos sociais aos cidadãos menos favorecidos, associando o próprio interesse público a tal viés intervencionista e de caráter protetivo; e o Estado Socialista, o qual rompeu com o regime econômico capitalista, com a promessa de que seria garantia e implementada a igualdade material entre os homens, mediante a erradicação da “exploração do homem pelo homem”, da extinção da “sociedade de classes” e da destruição dos “opressores”, associando o interesse público, nesse caso, à busca pelos interesses coletivistas. Assim, esse ideário social compartilhado por ambos os modelos propugnava o abandono de uma estrutura estatal ausente por uma administração pública cada vez mais intervencionista. Cf. SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. 280 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 57-59.

institucionais aplicáveis às relações jurídicas estabelecidas por meio das transações econômicas pactuadas entre os particulares.

Dessa premissa, é que se chegaria à conceituação do que se entenderia por ordem econômica. Por óbvio, esse exercício de inferência detém mais uma natureza prescritiva (de caráter deontológico), por meio do qual se estabelecem os parâmetros pretendidos para o comportamento das relações econômicas, com a possibilidade de prescrição de comportamentos, ao invés de uma visão meramente descritiva<sup>47</sup>.

Mas tal raciocínio possui uma razão de ser: a fim de se chegar ao conceito de intervenção do Estado sobre as relações econômicas, torna-se mais apropriado delimitar o conceito de ordem econômica como aquele associado, conseqüentemente, aos parâmetros jurídico-normativos impostos aos agentes econômicos no exercício das suas liberdades individuais.

Seria, assim, a ordem jurídica própria da atividade econômica<sup>48</sup>. Ilustrando-se tal noção, tratar-se-ia daquela “ordem jurídica do capitalismo” para o Estado moderno<sup>49</sup>, que se estabeleceu a partir do avanço do liberalismo político-econômico ocidental.

Isso porque, como defendido por Eros Grau, o modelo econômico do capitalismo se revelou como verdadeiro pressuposto da ordem jurídica liberal constituída na modernidade<sup>50</sup>, em que a base econômica se estabeleceu pela preservação da economia de mercado, e não planejada e/ou de cunho estatal<sup>51</sup>.

Enquanto que na ordem econômica liberal, não existia, diretamente, uma ordenação da atividade econômica, mas apenas as garantias individuais asseguradas pelo Estado de Direito, que bastavam para o livre mercado, tais como a proteção da

---

<sup>47</sup> Essa visão descritiva convergiria para aquele conjunto de componentes – agentes públicos e privados que se relacionam dentro do ambiente econômico de um país, considerado o seu contexto específico, sem necessariamente existir previamente um maior ou menor grau de complexidade na disciplina jurídico-normativa da atividade econômica. Cf. ALVES, Gastão Toledo. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 104.

<sup>48</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

<sup>49</sup> MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987. p. 59.

<sup>50</sup> MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987. p. 66-67.

<sup>51</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72-73.

propriedade e a liberdade de contratar<sup>52</sup>, existia a preocupação, na ordem econômica da fase intervencionista, de que o Estado pudesse interferir de interferir nas relações econômicas travadas pelos agentes particulares.

Assim, a intervenção estatal serviria como o instrumento necessário, mediante normas jurídicas estabelecidas com tal finalidade, para materializar aqueles interesses cuja titularidade também pertencente ao Estado – fosse com o objetivo de alcançar objetivos socialmente relevantes<sup>53</sup>, fosse com o objetivo de corrigir inconsistências próprias do livre mercado<sup>54</sup>.

O fato é que, desde o modelo liberal, até a fase intervencionista, existe uma preocupação sobre qual papel o Estado deveria assumir perante as relações econômicas travadas pelos particulares na exploração do livre mercado.

Isso terminou se refletindo na transformação que a Ordem Econômica sofreu durante esses períodos, em que se buscava influenciar o exercício das liberdades econômicas pelos agentes interessados em explorar o mercado.

Assim como o Estado de Direito foi compelido a revisitar os papéis que lhe foram atribuídos desde a sua constituição, a opção política adotada pela sociedade também teve de se reestruturar, de modo a abranger novas bases institucionais estatuídas durante a pós-modernidade, sobretudo no que tange às expectativas diretivas e transformistas advindas de tal período<sup>55</sup>.

Daí é que o constitucionalismo se transmutou, de um caráter absenteísta para assumir uma posição dirigistas, expandindo a sua normativa para regular, agora de forma expressa, também a exploração das atividades econômicas pelos particulares.

Em meio a todo esse contexto, e na tentativa de estabelecer alguma modalidade de orientação para equacionar esse imbróglio, é que surge a necessidade de se

---

<sup>52</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 2011. p. 46-47.

<sup>53</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 2011. p. 49-52.

<sup>54</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 2011. p. 59.

<sup>55</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 95-96.

compreender as bases necessárias para construir a noção do que se entende por Constituição Econômica.

Sob tal ponto de vista, o que seria então a predita Constituição Econômica?

Na verdade, é importante esclarecer que a Constituição Econômica, antes de qualquer outra perspectiva, não se confunde meramente com o fenômeno do mero surgimento, na textualidade das Constituições Positivas, de disposições normativas relacionadas ao exercício da atividade econômica.

Pelo contrário, tal compreensão é pretérita, inclusive, ao surgimento de Constituições Positivas que pretendiam regular, de alguma maneira, o modo de funcionamento da atividade econômica exercida pelos particulares<sup>56</sup>.

Nesse sentido, é fato que as Constituições Positivas que surgiram durante o período do liberalismo clássico, em meio à modernidade, também podem ser enquadradas no conceito de Constituições Econômicas, pois havia ali a opção política explícita pela aparente ausência de interferência estatal na esfera do mercado, já que existiria uma “ordem econômica natural, fora das esferas jurídica e política, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição”<sup>57</sup>.

Uma vez que o texto positivado não se confunde com a norma de interpretação, que daquele se infere, como é ensinado por Humberto Ávila<sup>58</sup>, tal ausência induz à compreensão de que a opção política materializada nas Constituições Positivas naquele momento foi a de afastar, realmente, qualquer risco de intervenção estatal que fosse passível de ser realizada naquela época – justamente porque se acreditava no respeito absoluto à liberdade individual e, sobretudo, econômica.

Inevitavelmente, o conceito daquilo que se entende por Constituição Econômica terminava sendo inerente à própria ideia de Constituição, tanto no seu fator político, como

---

<sup>56</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública e Regulación Económica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. p. 175.

<sup>57</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed, rev. São Paulo: Malheiros, 2005. 22-23.

na sua acepção jurídica, como se aquela conceituação, por consequência, somente existisse por força do surgimento da fenomenologia do constitucionalismo<sup>59</sup>.

Deixe-se claro que a noção de Constituição Econômica está associada, portanto, às opções políticas consolidadas com a vigência da ordem constitucional, conforme estabelecida pela sociedade responsável que a concebeu, circunstância que termina influenciando, em maior ou menor grau, o grau de intervenção do direito constitucional sobre as relações econômicas<sup>60</sup>.

É bem verdade que existe, a rigor, toda uma discussão sobre qual seria a real amplitude e extensão do conceito que é dado à Constituição Econômica pelos mais diversos autores<sup>61</sup>.

Existem aqueles que entendem a Constituição Econômica como aquele conjunto de normas fundamentais que foram constituídas para estabelecer a adequada e necessária influência sobre o sistema econômico, independentemente de estarem integradas, ou não, à ordem constitucional formalmente estatuída pela sociedade<sup>62</sup>.

Para tal perspectiva, o ponto nodal é o caráter fundamental das normas jurídicas associadas à ideia de Constituição Econômica. Tal noção se contrapõe, por outro lado, à noção de que a Constituição Econômica está associada rigorosamente as normas jurídicas qualificadas com tal atributo no texto normativo das Constituições Positivas.

Entre aqueles que resistem a essa noção restritiva, tem-se a defesa a existência de uma Constituição Econômica Formal, entendida como aquela encerrada por todas as normas constitucionais dispostas na Constituição Positiva, que estabeleçam à disciplina jurídica sobre o exercício da atividade econômica, ainda que de modo disperso; e de uma Constituição Econômica Material, compreendida como aquela não restringida apenas às

---

<sup>59</sup> Entende-se, aqui, a concepção de constitucionalismo como aquele fenômeno que permitiu a instituição de um instrumento formal, seja ele escrito ou não, de regulação da relação existente entre Estado e Indivíduo, no qual “declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidoras da liberdade individual [...]”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12.

<sup>60</sup> LAUBADÉRE, André de. **Direito público econômico**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 65-66.

<sup>61</sup> SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos, **Boletim de Ciências Econômicas XLVI**, Coimbra, v. 46, pp. 67-116, 2003. p. 67-68.

<sup>62</sup> MOREIRA, Vital. **Economia e constituição – para o conceito de constituição econômica**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 74-75.

normas constitucionais estabelecidas na Constituição Positiva, mas também aquelas integradas à ordem jurídica, em toda a sua plenitude, que visem regular, de alguma maneira, a atividade econômica<sup>63</sup>.

Embora seja compreensível a relevância daquela segunda concepção, é imprescindível ressaltar a importância indissociável da dimensão formal atribuída à Constituição Econômica: para além de delimitar as responsabilidades estatais exigidas durante o processo de intervenção sobre o domínio econômico, com limites formais e materiais objetivamente estabelecidos, também se estabelece o fundamento de validade a ser observado para a positivação de normas jurídicas não constitucionais, que sejam capazes de disciplinar o exercício da atividade econômica pelos particulares<sup>64</sup>.

Noutras palavras, a Constituição Econômica terá a incumbência de estabelecer, por meio da sua instrumentalização formal, aqueles parâmetros fundantes que balizarão a “vida econômica do país, independentemente da política econômica que venha a ser instituída pelas diversas administrações”<sup>65</sup>.

Por tal função, é que a Constituição Econômica, por meio da qual se estatui uma ordem econômica fundamental, tem o propósito de (i) fundar o modo de organização da economia; (ii) delimitar os espaços de atuação da iniciativa particular frente à atuação pública; e, sobretudo, (iii) estabelecer o regime jurídico aplicável à exploração dos fatores de produção, no sentido de instituir regras e/ou princípios, ou seja, as normas jurídicas que deverão reger o exercício das liberdades econômicas<sup>66</sup>.

Muito embora exista a interpretação de que a concepção de que a Constituição Econômica seria desprovida de qualquer utilidade, como se fosse um mero reflexo da deontologia própria de um dirigismo constitucional, não se pode concordar com tal entendimento, sobretudo porque a ordem constitucional econômica sempre existiu, desde

---

<sup>63</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78-79.

<sup>64</sup> TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 112.

<sup>65</sup> TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 113.

<sup>66</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Econômica, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 128, pp. 18-23, out./dez., 1989. p. 19-20.

a consolidação do Estado de Direito na modernidade, quando construída a partir do liberalismo, em que se buscava o ponto zero de intervenção do Estado<sup>67</sup>.

Antes de apresentar um caráter dirigente, a Constituição Econômica também constitui garantia institucional de limitação da atuação estatal, que deve prevalecer em favor dos agentes tutelados, sobretudo, quando se desobedece às próprias balizas estabelecidas na ordem constitucional.

Por tal percepção, denota-se a relevância de se analisar tal dimensão fundamental atribuída ao fenômeno do constitucionalismo, visto que essa concepção permite examinar, ao integrar à opção política consolidada com a ordem constitucional, as bases jurídico-políticas estabelecidas pelo poder constituinte originário, que balizarão a política econômica<sup>68</sup> a ser traduzida na positivação de normas infraconstitucionais na ordem jurídica vigente<sup>69</sup>.

#### 2.4. DA FACTICIDADE À LEGITIMAÇÃO: A LIBERDADE COMO PILAR FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA

Entendendo-se, então, que a Constituição Econômica integrada à ordem constitucional brasileira pende claramente por priorizar, de modo preponderante, a exploração do capital pelo agente particular<sup>70</sup>, surge a necessidade, por evidência, de buscar compreender qual a dimensão atribuída à liberdade conferida aos agentes particulares na ordem constitucional em vigor, até mesmo para assimilar a legitimidade do exercício de tal garantia fundamental.

Não se pode esquecer, antes disso, que a vigência da Constituição Federal da República Federativa do Brasil – de 1988 – estatuiu, de certo modo, um dirigismo constitucional que se constituiu, inclusive no plano normativo, com o surgimento dessa

---

<sup>67</sup> SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos, **Boletim de Ciências Econômicas XLVI**, Coimbra, v. 46, pp. 67-116, 2003. p. 71.

<sup>68</sup> Entende-se por política econômica a análise descritiva, ou seja, de caráter ontológico, que é realizada sobre as formas utilizadas e os efeitos ocasionados pela intervenção estatal na vida econômica de um país, quando é almejada a concretização de alguns objetivos previamente estabelecidos. Cf. BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico, **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 562-588, jul./dez. 2011, p. 563-564.

<sup>69</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica, **Revista Brasileira de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, pp. 21-48, 1989. p. 22.

<sup>70</sup> POSSAMAI, Giancarlo Bernardi. **Livre iniciativa e limites à regulação estatal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. 172 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestrado em Direito Administrativo, 2014. p.10.

nova ordem constitucional, modelo que terminou afetando os mais diversos espaços sociais relacionado a tal fenômeno<sup>71</sup>.

Não foi diferente, por consequência, com a ordenação constitucional destinada a regular o exercício da atividade econômica pela iniciativa privada, cujo fundamento, em termos deontológicos, foi sedimentada por meio da Constituição Econômica, como já destacado mais acima.

Tanto é coerente tal visão que Eros Grau chega a afirmar que “o seu art. 170<sup>72</sup> prospera, evidentemente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica”<sup>73</sup>, de modo a fazer cumprir, por consequência, um verdadeiro “plano global normativo, do Estado e da Sociedade”<sup>74</sup>.

Nada obstante, não é porque se reconhece o caráter imperativo desse regime jurídico – de cunho dirigista e programático – que se deve subjugar um dos principais fundamentos responsáveis por consolidar tal modelo normativo, emergindo daí a relevância dada à proteção constitucional da liberdade de iniciativa econômica, que é conferida aos agentes particulares<sup>75</sup>.

Por isso mesmo, é que, ao abordar o aspecto pragmático dessa temática, se diz que essa garantia deve representar a “entrada no mercado, da liberdade para empreender,

---

<sup>71</sup> ELALI, André. **Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Político e Econômico, 2006. p. 24-25.

<sup>72</sup> Cf. CF/88 – Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>73</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174.

<sup>74</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174.

<sup>75</sup> BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle dos preços, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, pp. 187-212, out./dez, 2001. p. 188.

para organizar mecanismos econômicos e desenvolver atividades de produção, circulação e distribuição de riquezas”<sup>76</sup>.

Ou seja, a ingerência estatal não pode constituir um empecilho ao exercício dessa garantia fundamental, a não ser quando exercida à revelia das balizas postas na ordem jurídica aplicável.

Em tal perspectiva, a liberdade individual conferida aos particulares deve prevalecer, a princípio, face as ingerências realizadas indevidamente pelo Estado, na medida em que tal garantia não deve ser encarada, por obviedade, enquanto mera faculdade a ser tolerada de acordo com a conveniência política atribuída aos agentes governantes, mas, sim, como prerrogativa institucional, e de valor fundamental, assegurada necessariamente aos indivíduos<sup>77</sup>.

Deve-se equacionar, portanto, as disposições normativas programáticas estabelecidas pelo poder constituinte originário – que estão vinculadas às finalidades socialmente relevantes na Constituição Econômica, com aquela garantia fundamental destinada a assegurar a livre exploração da atividade econômica, justamente o fundamento da livre iniciativa, que é conferido constitucionalmente aos particulares<sup>78</sup>.

Até porque, caso contrário, tal garantia fundamental não irá adquirir a efetividade desejada pelo regime normativo fundado pela Constituição Econômica.

Se levarmos em consideração, em tal perspectiva, os prejuízos causados por eventuais embaraços promovidos pela atuação estatal, os pressupostos fundamentais exigidos para que seja reconhecida a existência de liberdade de iniciativa irão certamente ser afetados diretamente por tal ingerência desmedida, a saber: a existência dos direitos

---

<sup>76</sup> SANTOS JUNIOR, Fernando Lucena Pereira dos. **Imunidade recíproca e livre concorrência: considerações acerca de sua fruição por empresas estatais**. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 78.

<sup>77</sup> BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle dos preços, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, pp. 187-212, out./dez, 2001. p. 188.

<sup>78</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 92-93.

de propriedade privada, de liberdade de empresa, da livre concorrência e a liberdade de contratar<sup>79</sup>.

Logo, é necessário que sejam preservados, também, os direitos de propriedade, de liberdade de empresa, da livre concorrência e da liberdade de contratar, que são atribuídos aos agentes econômicos, pois também densificam o núcleo essencial de proteção à ordem jurídica estabelecida na Constituição Econômica<sup>80</sup>.

Isso porque, em verdade, esses atributos estão associados diretamente ao núcleo duro dos aspectos fundamentais da liberdade econômica materialmente considerada, sob o viés de uma perspectiva ontológica<sup>81</sup>, incluindo-se (i) a liberdade de trabalhar – colocar ao mercado, de forma digna e justa, a força de trabalho do indivíduo, e (ii) a liberdade de iniciativa econômica – o acesso à iniciativa econômica pelo indivíduo para poder desenvolvê-la, ao empreender, dirigir ou gerir a atividade econômica já iniciada no mercado<sup>82</sup>.

Daí então que se chega a necessária conclusão de que a liberdade atribuída aos indivíduos, por força da cláusula fundamental disposta no Artigo 1º, Inc. IV, da Constituição Federal, se irradia para o âmbito do regime jurídico estabelecido pela Constituição Econômica, traduzindo-se em um dos seus pilares fundamentais: o da liberdade de iniciativa econômica<sup>83</sup>.

Nesse contexto, impõe ressaltar, ainda, que a proteção constitucional à liberdade de iniciativa econômica termina exigindo que as suas derivações também sejam respeitadas na interferência estatal no mercado, incluindo-se aquelas destinadas a: (i) tutelar a liberdade de produzir e de exercer o comércio, evitando a indevida ingerência estatal na atividade econômica, tanto para assegurar a faculdade de se poder criar e

---

<sup>79</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, pp. 23-41, jan./mar., 2014. p. 27.

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, pp. 23-41, jan./mar., 2014. p. 27.

<sup>81</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, pp. 23-41, jan./mar., 2014. p. 26.

<sup>82</sup> PETTER, Lafayette Josué. Constituição Econômica e Concorrência, **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, v. 3, n. 1, pp. 40-67, 2011. p. 45-50.

<sup>83</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 203-204.

explorar eventual atividade econômica no domínio privado, sem se sujeitar a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei; e (ii) proteger a liberdade de concorrer no mercado com outros agentes privados, exigindo, de um lado, a neutralidade estatal diante do fenômeno concorrencial, e respeitando, por outro lado, a proibição ao uso de práticas anticompetitivas<sup>84</sup>.

Percebe-se, assim, que a liberdade econômica se traduz como um dos pilares fundamentais responsáveis por fundar as bases da ordem jurídica consolidada na Constituição Econômica em vigor no Brasil. É de se observar essa opção constitucional de forma até explícita, dada a textualidade do indigitado Artigo 170, da Constituição Federal, já acima reproduzido.

Por evidência, cabe ao Estado respeitar, em tal contexto, o papel subsidiário e supletivo que lhe incumbe, de modo que somente poderá intervir apenas quando houver a estrita necessidade de corrigir alguma falha identificada na autorregulação exercida pelos agentes particulares na exploração do mercado<sup>85</sup>.

É certo dizer que, apesar da facticidade inerente ao seu exercício, a liberdade econômica também assumiu a posição de funcionar com um dos motes responsáveis por sintetizar a estrutura de garantias estabelecidas com a vigência da Constituição Econômica de 1988, preponderando, de modo até hierárquico, sobre os demais demais princípios e regras igualmente assegurados em tal ordem jurídica, ou seja, na Ordem Econômica posta no texto constitucional<sup>86</sup>.

Logo, o valor fundante da liberdade econômica tem de ser respeitado pelo Estado no exercício das suas funções supletivas, inclusive quando estiver com a possibilidade de ingerir nas garantias derivadas que sedimentam esse pilar fundamental – tais como, por

---

<sup>84</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 206.

<sup>85</sup> NUNES, Sergio José Zeri. **A economia de estagflação e a ordem econômica constitucional**. 149 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. p. 80.

<sup>86</sup> OLIVEIRA FILHO, João Grandino. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988**. 122 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal da Bahia, 2012. p. 72.

exemplo, a liberdade de empreender e contratar e, especialmente, a da propriedade privada<sup>87</sup>.

Seja qual for a função estatal incumbida dessas exercer tais atribuições – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, esse “anteparo” serve para evitar a imposição de intervenções injustificadas contra os agentes econômicos no exercício das suas garantias individuais, vindo a causar “ruídos” indesejáveis na funcionalização da comunicação estabelecida entre os sistemas do Direito e da Economia.

---

<sup>87</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 400.

### 3. ENTENDENDO A COMPLEXIDADE DO MERCADO SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: DA PERSPECTIVA ECONÔMICA À DISCIPLINA JURÍDICA

De um lado, foi possível constatar, no tópico anterior, a inauguração de um panorama institucional de cunho econômico sob a vigência da ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, cuja principal destinação seria a de implementar e, principalmente, consolidar a existência de uma Constituição Econômica no ordenamento jurídico estatuído no Brasil, de acordo com aquele regime normativo e institucional modelado a partir do exercício do poder constituinte originário.

É dizer, tal arcabouço jurídico pretende efetivar uma agenda normativa de caráter não apenas programático no plano da Constituição Federal – consolidada, sobretudo, com a vigência do tão relevante Artigo 170 do Texto Constitucional – a base da dita Constituição Econômica, mas também imbuída de proposições estruturadas a partir de uma pauta dirigista<sup>88</sup> e com pretensões transformadoras<sup>89</sup>, tal como se demonstrou no capítulo anterior.

Nada obstante, é certo reconhecer que a existência de tal plano normativo também não pode representar a imposição de obstáculos ao exercício das faculdades individuais atribuídas aos particulares, sobretudo aquela de gozar livremente das liberdades fundamentais dotadas de repercussão econômica, conforme foram igualmente estabelecidas em tal plano normativo.

Sendo assim, tal tutela estatal – de base constitucional – também foi constituída para assegurar a defesa da esfera jurídica dos agentes individuais, sobretudo aqueles potencialmente interessados em explorar as suas liberdades individuais, com vistas a obter a adequada fruição dos direitos atribuídos sobre a propriedade privada, dado que sobre a qual também foi atribuída a condição de garantia fundamental de natureza constitucional.

---

<sup>88</sup> SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013. p. 41-42

<sup>89</sup> Diz-se, nesse sentido, que as constituições surgidas na modernidade possuem, além de uma função legitimadora, política, organizadora, jurídica, ideológica, um enfoque transformador, de modo que a busca pela sua efetividade deve acompanhar a dinâmica social, equilibrando-a com uma interpretação adequada a tal caminhar. Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8 ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 37.

Sem esse instrumental, a iniciativa privada, evidentemente, não apenas ficaria impossibilitada de alcançar os interesses que possui na exploração dos direitos de propriedade acima indicados, mas também permaneceria impossibilitada, até mesmo, de atender ao papel institucional que a Constituição Econômica dela espera<sup>90</sup>.

Disso tudo, é possível inferir que a preocupação dos mandatários do poder constituinte originário foi a de estabelecer os parâmetros de cunho institucional, por meio da Constituição Econômica de 1998, que fossem necessários para conciliar as tensões geralmente derivadas da relação que decorre do avanço da atuação estatal frente a exploração do mercado pela iniciativa privada.

Ora se destinando à proteção dos interesses individuais dos particulares, ora se voltando à efetivação de programas normativos, a Constituição Econômica detém a pretensão de harmonizar esses valores, conforme foram concebidos pelo poder constituinte originário, mantendo, por consequência, uma coerência interna em tal plano normativo<sup>91</sup>.

Portanto, objetivou-se justamente evitar a imposição de entraves capazes de afetar o funcionamento adequado do mercado – o espaço ideal para os agentes individuais exercerem suas faculdades econômicas.

Isso porque, caso contrário, não se conseguiria viabilizar a concretização dos objetivos consolidados com tal programa normativo, cuja efetividade foi exigida pela Constituição Econômica, a partir de tal contexto.

Afinal, não há como negar que a exigência dessa efetividade normativa depende necessariamente de um desempenho adequado do mercado, fenômeno esse que é

---

<sup>90</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 91-92.

<sup>91</sup> FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre direito civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno [et al.] (Org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-contratos-ordem-economica-e-principios-um-dialogo-entre-o-direito-civil-e-a-constituicao-20-anos-depois/view>. Acesso em: 18/06/2019.

alavancado inevitavelmente pelo exercício da liberdade econômica e pela exploração da propriedade privada, despido de embaraços e de ingerências indevidas<sup>92</sup>

Por tal razão, é que se denota a utilidade metodológica de entender como funciona o principal mecanismo integrado à ordem social e econômica durante o desenrolar de tal fenômeno, na medida em que a acessibilidade ao mercado termina permitindo, por consequência, a exploração adequada dos interesses inerentes à iniciativa privada e o atendimento as expectativas depositadas pelo Estado<sup>93</sup>.

Até porque, se a Constituição Econômica não deixou dúvidas quanto a sua tendência por privilegiar um modelo econômico fundado na proteção do capital privado<sup>94</sup>, a implementação da agenda normativa constitucional somente será alcançada mediante o adequado desempenho das estruturas criadas dentro de um contexto de livre mercado, no qual os direitos de propriedade são distribuídos aos particulares de forma preponderante, mesmo sendo possível cogitar a possibilidade de que venha a ocorrer eventual intervenção estatal em tal processo – de modo apenas suplementar, conforme pontua André Elali<sup>95</sup>.

Partindo dessa premissa, irá se examinar, neste capítulo, os aspectos fundamentais que giram em torno da noção conceitual de mercado, abordando-se, ademais, a estrutura funcional associada ao sistema econômico modelado com base na Constituição Econômica em vigência no Brasil<sup>96</sup>.

Tal abordagem é estritamente necessária para se traçar os parâmetros a serem observados na definição do perfil que deverá ser atribuído ao Estado, quando este vier a exercer suas prerrogativas constitucionais, no sentido promover eventuais intervenções

---

<sup>92</sup> CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 228.

<sup>93</sup> Nesse sentido, Fernando Aurelio Zilveti demonstra ser intuitiva tal percepção, ao afirmar que “a regulamentação da atividade econômica pressupõe o conhecimento da noção de mercado, principalmente quando se trata de um mercado cada vez mais mundializado”. Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio. **A evolução histórica da teoria da tributação: análise das estruturas sócio-econômicas na formação do Sistema Tributário Global**. 416 f. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, 2012. p. 344

<sup>94</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 304-305. Em mesmo sentido: TAVARES, Andre Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 234.

<sup>95</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 92.

<sup>96</sup> No dizer de Diogo Figueiredo Moreira Neto e Ney Prado, a noção ontológica de sistema econômico compreenderia aqueles fenômenos “[...] da produção, da circulação e consumo das riquezas e se refere à economia da sociedade [...]”. Cf. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social, **Revista de Informação Legislativa**, a. 24, n. 96, pp. 121-128, out./dez., 1987. p. 125.

frente a atuação dos agentes econômicos inseridos no mercado – enfoque que será adotado durante o desenvolvimento do presente estudo.

### 3.1. UM ENFOQUE CONCEITUAL SOBRE A NOÇÃO DE MERCADO:

Mesmo sem a pretensão de exaurir toda a complexidade inerente a tal temática<sup>97</sup>, é importante reconhecer a necessidade de se aprofundar a análise sobre quais seriam os aspectos fundamentais e necessários à compreensão das principais estruturas atribuídas à fenomenologia associada ao mercado – e suas principais características.

Até porque a concepção de mercado, mesmo para fins analíticos, deixou de ter relevância apenas para os estudiosos que se dedicam exclusivamente ao objeto constituído pelo sistema econômico<sup>98</sup>. Na realidade, a noção de mercado está colocada em evidência, também, na análise de objetos investigativos pertencentes às demais ciências sociais, geralmente a partir de um viés interdisciplinar – que é o caso do Direito.

Sendo o Direito um subsistema social dotado de abertura operacional, sempre existirá a possibilidade de se estabelecer uma interação com os demais subsistemas, incluindo-se aí o sistema econômico. Afinal, não se pode negar que existe uma clara interrelação estabelecida no contexto situacional mantido entre os subsistemas que compõem o macro sistema social, como já exposto em momento anterior.

Daí que se nota o porquê do Direito se interessar pela temática do mercado – ou da sua pretensão de tentar compreendê-lo. Isso se justifica pela necessidade de que o Direito assume de entender a sua dinâmica, atuando, de modo a suplementar, se necessário for, nas suas estruturas.

Tal disfunção geralmente acontece quando as próprias regras criadas pelos próprios agentes privados no ambiente de mercado são desprovidas de previsibilidade e

---

<sup>97</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 37.

<sup>98</sup> Segundo pontua Elizabeth Farina, apesar dessa “óbvia” inter-relação existente entre as áreas, é fato que tal abordagem não vem sendo desenvolvida de forma coordenada e robusta na academia, prejudicando-se o entendimento desse fenômeno multifacetado. Cf. FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Prefácio. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. XII.

regularidade, em decorrência de abusos cometidos, por vezes, pelos agentes econômicos, afetando as suas relações, direta ou indiretamente<sup>99</sup>.

Para evitar ruídos<sup>100</sup> nesse processo interacional<sup>101</sup>, o Direito deve estar acessível aos demais subsistemas, posicionando-se sempre de modo aberto e transparente, de modo a tornar possível a realização dos acoplamentos estruturais que se revelarem necessários ao seu adequado funcionamento. Aliás, um exemplo disso se observa justamente na análise da conformação a ser conferida ao papel que o Estado deve assumir perante o mercado – e vice-versa.

Na medida em que cabe a ele assegurar a previsibilidade e regularidade necessária às instituições envolvidas<sup>102</sup>, como dito anteriormente, o Estado deve se preocupar em prover as condições favoráveis ao funcionamento regular das estruturas dos mercados, colocando à disposição destes, para tal finalidade, os arranjos institucionais que forem adequados a tal necessidade<sup>103</sup>.

Partindo de todo esse panorama, vê-se que o grau de complexidade envolvido no desafio de alcançar à noção de “mercado” depende diretamente daquele enfoque que será utilizado em tal investigação<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 24

<sup>100</sup> No dizer de Cristiano Carvalho, tudo aquilo que pode vir a perturbar, seja em qual grau for, a transmissão das mensagens trocadas pelos diversos subsistemas – e integrados ao macro sistema social – é denominado de ruído. Cf. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 88.

<sup>101</sup> Importante lembrar, nesse ponto, a noção do Direito como um daqueles subsistemas responsáveis por modular o modo de agir humano, estando, sempre, em processo de interação comunicacional com os demais subsistemas integrados ao macro sistema social.

<sup>102</sup> Aqui se utiliza a concepção de “instituição” cunhada por Douglass North: a de que constituem as regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana. Cf. NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 3. Com base em tal concepção, Bruno Salama ainda subdivide as instituições naquelas baseadas nas regras formais (Constituição, Leis Ordinárias, etc.) e nas regras informais (normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, etc.), ambas responsáveis por influenciar no comportamento dos atores sociais. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

<sup>103</sup> SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 6.

<sup>104</sup> SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. 173 f. Dissertação (mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013. p. 120.

Evidentemente, os critérios utilizados poderão exigir um recrutamento maior de parâmetros envolvidos em tal análise, sobretudo quando existe a necessidade de expandir as perspectivas metodológicas utilizadas – que é o caso da hipótese interdisciplinar.

Se considerarmos uma perspectiva prática em tal análise, é provável que se chegue a conceituação de mercado como aquele espaço abstrato por meio do qual se concentram as proposições de ofertas e de procuras apresentadas pelos agentes interessados<sup>105</sup>, mediante vínculos relacionais estabelecidos de reforma recíproca, para permitir as trocas almejadas, seja por iniciativa dos compradores ou dos vendedores<sup>106</sup>.

Trata-se de noção conceitual, portanto, que coloca em destaque aqueles aspectos fundamentais e estritamente associados ao caráter empírico de tal fenômeno: a existência de agentes econômicos racionais, cujo interesse primordial é o de realizar transações, mediante a ofertas e demandas apresentadas de modo recíproco, buscando-se, nesse processo, a estabilização dos mecanismos constituídos para equalizar essas relações<sup>107</sup>.

Sob tal perspectiva, é de se perceber que tal enfoque enfatiza aquela concepção que privilegia um caráter mais pragmático do objeto analisado, estando mais associada, portanto, aos respectivos elementos estruturais que poderiam compor a indigitada noção material e histórica de mercado.

Até porque a ideia tradicional de mercados e de sua provisão inserida na realidade das sociedades está associada ao surgimento das feiras comerciais que eram realizadas na Europa Ocidental, durante a Idade Média<sup>108</sup>.

Em tal época, existia toda uma estrutura de suporte para garantir a dinâmica daqueles mercados, sendo provido o que fosse necessário para mantê-lo em funcionamento. Nisso, incluíam-se o fornecimento de instalações físicas, a disponibilização de aparato de segurança e, inclusive, a garantia da existência de Cortes

---

<sup>105</sup> Nesse sentido, é a definição apresentada por Fernando Aurelio Zilveti, quando conceitua o mercado como “um lugar onde as pessoas se encontram para desenvolver transações de conteúdo econômico”. Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio. **A evolução histórica da teoria da tributação: análise das estruturas sócio-econômicas na formação do Sistema Tributário Global**. 416 f. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, 2012. p. 344.

<sup>106</sup> BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1 ed., 2 tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

<sup>107</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 60.

<sup>108</sup> COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 8.

Comerciais incumbidas de resolver os litígios instalados entre os comerciantes em conflito<sup>109</sup>.

Percebe-se que, partindo-se dessa origem histórica, o aspecto estrutural vinculado à noção de mercados mantém relação com aqueles componentes fundamentais que interagem entre si em tal contexto, permitindo alcançar tal concepção por meio da análise de tal fenômeno abstraído da própria realidade social e econômica.

Infere-se, por tal viés objetivista, a noção de mercado como aquele ambiente no qual se destaca a posição ocupada pelos agentes econômicos; os espaços nos quais acontece a convergência dos interesses que esses agentes possuem; e o local onde se operam as transações econômicas<sup>110</sup>, pelas quais se consumam as relações intersubjetivas entre os agentes interessados<sup>111</sup>.

Há quem diga, por sua vez, que a noção de mercado não estaria obrigatoriamente associada ao processo de busca racionalizada pelo resultado lucrativo que geralmente é perseguido pelos agentes econômicos<sup>112</sup>. Que tal perspectiva, na verdade, teria origem na construção da noção de mercado a partir do ideário liberal, o qual somente foi construído durante o período da modernidade, com destaque, em específico, para as ideias do notável economista e filósofo Adam Smith<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Por isso é que se diz que o Direito Comercial constitui regime jurídico que, em verdade, foi constituído pela classe mercantil, não tendo havido a participação direta da sociedade em tal processo, sendo mais uma imposição de uma classe interessada do que uma opção política construída por toda a comunidade envolvida. Cf. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

<sup>110</sup> Adota-se, nesse ponto, o conceito de transação econômica como fenômeno pelo qual ocorre “a distribuição dos frutos da atividade – especialização, no caso do trabalho –, de forma que se mantenha com eficiência a produção, garantindo a apropriação dos ganhos resultantes da operação”. De forma mais simples, é basicamente a realização de negócio mediante o qual a propriedade circula livre e voluntariamente entre as pessoas. Cf. SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 42.

<sup>111</sup> FERREIRA, Antônio Carlos; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito. COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. XLVI.

<sup>112</sup> SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. 173 f. Dissertação (mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013. p. 120-121.

<sup>113</sup> Dito como autor da maior obra da Economia de todos os tempos por Cristiano Carvalho, o economista Adam Smith antecipou a ideia de mercado enquanto sistema auto regulável, no qual o indivíduo, ao perseguir a concretização de seus próprios interesses, no contexto da cooperação e intercâmbio, que é próprio de um livre mercado, acaba por viabilizar, não intencionalmente, o bem detoda a sociedade. Cf. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 254.

De certo modo, tal análise possui, de fato, algum sentido, se levarmos em consideração a circunstância de que a ideia de mercado, mesmo que rudimentar, antecedeu a consolidação do ideário liberal oriundo da modernidade<sup>114</sup>. É bem verdade, nesse sentido, que o mercado sempre existiu e continuará existindo, ainda que sob a forma de meros enclaves inseridos em meio a outros sistemas, conforme pontua Fábio Nusdeo<sup>115</sup>.

Trazer essa discussão, todavia, é prosseguir contra a proposta de se compreender efetivamente a funcionalidade atribuída aos mercados no contexto da realidade econômica existente, sobretudo aquela observada no cenário brasileiro da atualidade, sob o viés da Constituição Econômica de 1988.

Afinal de contas, tal funcionalidade está amparada em valores basilares já integrados não apenas ao ambiente social estabelecido em tal realidade, mas também incorporados à ordem jurídica em vigência<sup>116</sup>.

O fato é que, mesmo sabendo-se dessa discussão, o mercado é geralmente observado a partir de uma perspectiva estritamente objetiva, dando-se ênfase, na maioria das vezes, aos seus aspectos estruturais.

É dizer, a tendência é a de se colocar o foco de tal noção sobre os seus componentes fundamentais, com o propósito de identificar quais seriam aqueles principais elementos que integram a sua estrutura primordial, como é o caso das trocas econômicas, segundo o que se pôde constatar mais acima.

---

<sup>114</sup> SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. 173 f. Dissertação (mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013. p. 120-121

<sup>115</sup> O juseconomista prossegue ainda afirmando que nem mesmo o mais centralizado dos regimes, evidentemente, impedirá a existência de trocas contínuas de produtos em certos círculos ou locais e, portanto, de mercados atuantes. O “mercado significa troca e sob este aspecto é instintivo no homem e nas sociedades. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123-124.

<sup>116</sup> De todo modo, alguns estudiosos preferem fazer a diferenciação entre as duas realidades examinadas, distinguindo a figura do mercado propriamente dito, em face do conjunto estrutural de elementos e valores que constituem a base subjacente do mercado atualmente concebido sob a égide da liberdade econômica e da propriedade privada. É o caso de Fábio Nusdeo que indica a diferença entre os mercados e os sistemas de mercado. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123-124. No mesmo sentido, Gabriel Laender ressalta a distinção entre os mercados e as economias de mercado. Cf. LAENDER, Gabriel Boavista. **O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional**. 321f. Tese (Doutorado) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2014. p. 29.

No entanto, apesar da evidente utilidade terminológica que decorre do exercício desse esforço conceitual, há que se concordar, por razões lógicas, que essa noção termina sendo, de algum modo, simplista, respeitando-se, por obviedade, todas as ressalvas que forem necessárias a tal visão.

Tal simplismo decorre justamente porque não se consegue vislumbrar a complexidade, ainda que colocada de modo residual, que persiste a respeito da noção associada à figura do mercado, ante a limitação que uma visão centralizada exclusivamente nos componentes estruturais exige de tal análise.

Se o conceito de mercado está inserido dentro de um contexto de caráter eminentemente relacional, por meio do qual se permite a interação entre diferentes componentes que integram o macro sistema social, acaba sendo reducionista, por razões lógicas, a tentativa de exaurir toda a utilidade inerente à tal conceituação, apenas por meio de mera análise de seus aspectos elementares, deixando-se de enfatizar, por exemplo, a perspectiva funcional que pode ser adotada acerca de tal fenômeno.

Necessita-se, portanto, que tal enfoque adotado seja ampliado na análise a ser promovida em face da noção de mercado, de modo a utilizar, assim, o paradigma interdisciplinar já apresentado mais acima, fundado numa visão também funcional e sistêmica de tal fenômeno, tudo para que seja possível alcançar toda a complexidade inerente a tal concepção.

Afinal, sem a adoção de tal paradigma metodológico, não poderemos compreender, por consequência, as disfunções geralmente atribuídas ao funcionamento dos seus mecanismos, prejudicando, desse modo, qualquer tentativa de investigação que se poderia cogitar acerca do eventual influxo que o Direito deverá realizar sobre as estruturas integradas ao mercado – a partir daquela visão sistêmica adotada para o presente estudo.

### 3.2. A FUNCIONALIDADE DOS MERCADOS: RELAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E MERCADO

Uma vez traçados os aspectos iniciais sobre a noção de mercado, foi possível entender que tal ideia é geralmente associada ao fenômeno relacionado pelo qual é facilitada a livre exploração dos interesses individuais pelos agentes particulares, por meio de relações geralmente estabelecidas dentro de uma realidade social.

Daí é que se concebem aqueles valores e significados que são responsáveis por influenciar o processo de alocação dos bens e recursos econômicos que, por serem conduzidos pela regra básica da escassez – devem ser distribuídos por toda a comunidade envolvida, em favor daqueles que mais emprestarem valor a esses recursos econômicos<sup>117</sup>.

Diz-se, desse modo, que tal possibilidade – a de impulsionar as transações econômicas passíveis de serem realizadas pelos agentes econômicos na perseguição dos seus interesses individuais – constitui uma das utilidades atribuídas a noção de mercado de caráter mais relevante para o sistema econômico, senão a maior delas, como defendem alguns<sup>118</sup>.

Então, como é que ocorre a funcionalização de tal utilidade atribuída aos mercados? Para que serviria a preservação dessa utilidade?

Em tal sentido, não há dúvida sobre o fato de que os mercados favorecem a reprodução natural das relações individuais de natureza econômica, quando inseridas dentro de um contexto social e econômico. Com os mercados, criam-se as circunstâncias que favorecem os agentes individuais a se relacionarem e interagirem entre si, facilitando, desse modo, o compartilhamento de suas necessidades e seus interesses. Tal fenômeno termina fazendo com que os bens e recursos econômicos sejam distribuídos e redistribuídos entre a comunidade na qual estão inseridas essas relações, seguindo a razão da escassez.

Logo, é certo dizer que os mercados se colocam a disposição do sistema social para facilitar a ocorrência dessas relações individuais, revelando, por consequência, o caráter instrumental que possuem na sociedade.

Os mercados, desse modo, demonstram que estão à serviço dos interesses da comunidade na qual está inserido – sejam individuais ou coletivos –, e estes são geralmente compartilhados por meio dessa complexa estrutura criada, de forma subjacente, pela realidade social.

---

<sup>117</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 15

<sup>118</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 15

A complexidade do dilema reside, na realidade, em entender se existem condições responsáveis por favorecer o surgimento dessa modalidade de estrutura integrada ao macro sistema social. Tal problemática se destaca, portanto, no sentido de depurar tal fenômeno dentro da realidade própria que é fornecida por meio do macro sistema social.

Partindo desse problema, é possível notar uma certa divergência a respeito daquelas circunstâncias que seriam capazes de estabelecer as condições favoráveis não apenas para o surgimento dos mercados, mas também para o seu regular funcionamento. E se essas condições, em específico, estariam condicionadas à prévia existência de um arcabouço normativo responsável por regular esse processo, cuja organização seria estabelecida por uma estrutura supraindividual e de caráter coletivo – geralmente, o Estado<sup>119</sup>.

Diante desse debate, coloca-se a questão geralmente a partir de uma perspectiva de uma aparente contraposição estabelecida entre as posições existentes. De um lado, tem-se aquela visão pela qual o mercado não existiria sem a prévia existência de um arcabouço jurídico formalmente constituído para lhe fornecer a estrutura necessária ao seu adequado funcionamento<sup>120</sup>.

Por outro lado, existe a visão do mercado enquanto produto de uma ordem natural e espontânea constituída a partir da conjugação dos fatores sociais voltados a produção e a distribuição dos bens e recursos escassos, que é independente, inclusive, da existência de normas jurídicas para disciplinar o seu funcionamento<sup>121</sup>.

Na medida em que fosse adotada alguma dessas posições – com maior ou menor propensão em vislumbrar uma eventual dependência da existência de um aparato estatal –, acabariam sendo adotadas, inevitavelmente, visões deterministas ou naturalistas sobre

---

<sup>119</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 35.

<sup>120</sup> Estão, nesse grupo, aqueles que concebem o mercado como espécie de produto da experiência histórica do modo de produção capitalista. Cf. GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010; POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução: Fanny Wrabel. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

<sup>121</sup> Estão, nesse grupo, aqueles pensadores liberais clássicos e, até mesmo, os pensadores neoclássicos da economia; Cf. GANEM, Angela. O mercado como ordem social em Adam Smith, Walras e Hayek, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 21, n. 1 (44), p. 143-164, abr., 2012; CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

tal fenômeno econômico e social, que se afastam da realidade econômica e não geram efeitos práticos em tal discussão<sup>122</sup>.

Na realidade, tal discussão se conduz mais por uma perspectiva apriorística do qualquer outra, afastando-se a realidade empírica que é subjacente a tal objeto de análise. Até porque, e não poderia ser diferente, saber se o surgimento do mercado ocorre em tais condições, ou se funciona de forma tal, termina não contribuindo em nada para o desafio de se estabelecer aquelas condições que favorecem o surgimento, a inserção e a consolidação do mercado na realidade social e econômica da atualidade.

É bem mais pertinente, antes dessa discussão, colocar em evidência a discussão sobre “como”, “em que medida” e “para que” deveria existir o aparato estatal em face das estruturas do mercado – ou a dita regulação econômica –, independentemente de qualquer outra discussão semelhante àquela acima retratada<sup>123</sup>.

Afinal, o Estado depende do mercado para obter o custeio das suas estruturas, uma vez que não lhe cabe exercer, como prioridade, a exploração dos direitos de propriedade distribuídos pela sociedade. E o mercado depende do Estado para que lhe seja fornecida a previsibilidade e a regularidade necessária na realização das trocas econômicas, na medida em que não lhe é dada a legitimidade suficiente para exercer tal função perante a sociedade<sup>124</sup>.

Por tal perspectiva, e se levarmos em consideração o vínculo existencial que decorre dessa relação, acaba sendo impossível, de certo modo, separar essas duas realidades inerentes ao regular funcionamento do macro sistema social.

Dessa lição básica, pode-se chegar à conclusão inevitável de que não existe relação antagônica em tal contexto, mas, na verdade, de interdependência. Nessa perspectiva, é a interferência estatal que assegura a existência do substrato institucional necessário para a realização das transações econômicas, introduzindo, em tal contexto, os

---

<sup>122</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78.

<sup>123</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78.

<sup>124</sup> SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: Uma análise sob a óptica do direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 112

critérios de obediência e uniformidade, que são imprescindíveis para a concretização da interação entre os agentes econômicos em tal cenário<sup>125</sup>.

O que se discorda daquela visão de que o mercado dependeria, de certo modo, de um arcabouço institucional para que fosse possível reconhecer a sua existência é justamente o caráter determinístico que envolve tal concepção. Ora, apesar dos agentes econômicos estarem sujeitos a toda sorte de interferências oriundas da atuação estatal nas suas relações mantidas dentro das estruturas mercadológicas, os “mercados não são criatura do direito, mas de agentes econômicos”<sup>126</sup>.

Até porque o mercado existe para facilitar a realização das trocas econômicas, tendendo a reduzir, por consequência, as dificuldades encontradas para que essas operações sejam efetivamente realizadas, como bem defende Ronald Coase<sup>127</sup>.

A interferência estatal deve funcionar, então, como método para facilitar a redução dessas dificuldades enfrentadas pelo mercado, por meio das instituições jurídicas estabelecidas, quando capazes de assegurar a coexistência adequada com as instituições sociais, políticas e econômicas integradas em tal contexto.

Veja-se, sob tal viés, que o mercado não depende do Estado para que aquele possa se constituir e se consolidar dentro do contexto inerente ao macro sistema social. Em verdade, é a vontade humana institucionalizada que, ao fundar a existência de um espaço apto a facilitar a realização das transações econômicas, termina exigindo a participação do Estado na consolidação das estruturas necessárias à inserção do mercado na realidade social – dado o poder de coercibilidade que lhe é atribuído legitimamente.

Essa que é a grande contribuição do pensamento de Ronald Coase para a construção de uma concepção institucional sobre a noção de mercado: a sociedade acaba concebendo voluntariamente a existência de um espaço próprio vocacionado a facilitar a realização das transações econômicas pelos agentes interessados, exigindo, em

---

<sup>125</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78.

<sup>126</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 49.

<sup>127</sup> COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 8.

contrapartida, “o estabelecimento de normas jurídicas que regem os direitos e deveres daqueles que realizam transações nessas instalações”<sup>128</sup>.

Superando-se, assim, essa aparente antítese, chega-se à conclusão de que o mercado parte da pressuposição, em verdade, de que o Estado irá assegurar, por meio do Direito, a existência de institutos jurídicos necessários para o seu adequado funcionamento.

Logo, o Estado surge enquanto suporte institucional necessário para assegurar a existência do aparato instrumental adequado à proteção das suas estruturas – a exemplo da garantia sobre os direitos de propriedade, das garantias patrimoniais, da liberdade de contratar, e assim por diante<sup>129</sup>.

Esse é o ponto de convergência a ser adotado na compreensão adequada da noção de mercado.

Justamente por tal razão, é que se destaca a interessante abordagem estabelecida por Gaspar Ariño Ortiz a respeito da ideia de mercado. Afastando-se de uma visão centralizada na busca por uma única concepção, o jurista espanhol defende que deveria existir uma diferenciação quanto à ideia de mercado propriamente dita e a daquilo que ele denominou de “metamercado”<sup>130</sup>.

No primeiro, os fatores de produção são precificados de acordo com a produtividade marginal de cada um deles, de modo que as transações econômicas acontecem ao se equacionar o custo marginal (e social) com o benefício marginal (e social) dessa circulação dos frutos obtidos com a produção. Já no segundo, é que funciona a distribuição dos direitos criados sobre a propriedade desses fatores de produção em favor daqueles que os possuem, processo que ocorrerá a partir do rendimento (intramarginal) obtido por cada um dos agentes envolvidos<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 11.

<sup>129</sup> IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado, Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, a. XLVI, n. 145, pp. 45-49, jan./mar., 2007. p. 45-46.

<sup>130</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública e Regulación Económica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. p. 81.

<sup>131</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública e Regulación Económica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. p. 81-82.

No entendimento de Gaspar Arino Ortiz, aquele suporte institucional fornecido pelo Estado estaria integrado, por consequência, ao “metamercado”, compondo-se de diversos institutos jurídicos constituídos e consolidados sob tal contexto.

Ilustrando esse rol de instituições, incluir-se-iam “o parlamento, tribunais, guerra civil, greves, roubo, impostos sobre o capital e outros”, visto que é no “metamercado” que estão estabelecidas as instituições responsáveis por assegurar o adequado funcionamento dos mecanismos do mercado propriamente dito, com a alocação ótima dos bens e recursos distribuídos entre a sociedade<sup>132</sup>.

Partindo dessa ilustração, o importante de toda essa abordagem é estabelecer que, não sendo antagônica essa relação, mas, na verdade, de mútua dependência, espera-se que o Estado se coloque a disposição para assegurar o regular funcionamento do mercado e de seus mecanismos, facilitando, por consequência, a realização das transações econômicas a serem realizadas pelos agentes particulares.

Somente quando houver dificuldades identificadas durante o desenrolar de tal processo, é que se poderá cogitar de uma possível atuação estatal, por meio do arcabouço institucional constituído adequadamente para conferir legitimidade à atuação estatal a ser realizada em tal hipótese<sup>133</sup> - ou mediante o funcionamento do “metamercado”, segundo a lição de Gaspar Arino Ortiz.

Por isso, é preciso ter em evidência a compreensão de que as instituições devem servir de instrumento destinado à redução dos riscos inerentes à prática de abusos na exploração do poder conferido aos agentes que atuam no mercado, seja por parte dos particulares, seja por parte do Estado<sup>134</sup>.

Afinal de contas, mercado implica em ordem e liberdade, e não em disfuncionalidade<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública e Regulación Económica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. p. 81-82.

<sup>133</sup> ELALI, André. **Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Político e Econômico, 2006. p. 47.

<sup>134</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 41.

<sup>135</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 40.

### 3.3. DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS MERCADOS: O AMBIENTE INSTITUCIONAL, OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O DESEMPENHO DAS ESTRUTURAS ESTABELECIDAS PELO MERCADO

Pelo que se depreende da perspectiva funcional adotada, fica evidente a influência, no presente estudo, do aporte metodológico trazido a reboque pelo desenvolvimento do pensamento neoinstitucional construído a partir da relação entre Direito, Economia e Instituições, em razão de estudos desenvolvidos por autores como Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson<sup>136</sup>.

Tal conclusão é alcançada justamente porque se compreendeu a ideia de mercado com base na sua funcionalidade, a qual foi aferida a partir do contexto interacional estabelecido entre os agentes econômicos e o arcabouço institucional, ambos inseridos no macro sistema social.

Daí é que se observa a tendência neoinstitucional atribuída a tal perspectiva: a ênfase da influência que as instituições exercem sobre o funcionamento regular das estruturas de mercado, justamente por repensar a concepção de racionalidade atribuída aos agentes na manutenção das relações econômicas travadas em tal ambiente interacional<sup>137</sup>.

Tal enfoque dado à noção de mercado coloca em evidência, portanto, a influência que as instituições exercem sobre o desempenho atribuído aos agentes individuais nas transações econômicas<sup>138</sup>, as quais se constroem justamente no contexto

---

<sup>136</sup> Seguindo uma perspectiva constituída a partir do movimento Direito e Economia, a abordagem econômica de institutos jurídicos possui um altíssimo poder explicativo que pode auxiliar na adequada compreensão do funcionamento adequado do sistema jurídico - é o que se denomina de análise positiva do Direito. Nesse sentido, um dos parâmetros mais produtivos é justamente aquele fornecido pela Teoria Neoinstitucionalista, cuja bases tendem a se afastar dos pressupostos defendidos pela Teoria Neo-clássica. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

<sup>137</sup> Na medida em que rejeita a premissa neoclássica da hiper-racionalidade e da maximização absoluta dos resultados, a Nova Economia Institucional defende que a abordagem econômica deve levar em consideração o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não agir precipitadamente, chegando a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar as influências que o Direito exerce no comportamento dos agentes econômicos. Cf. SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3.

<sup>138</sup> Essa percepção constitui o cerne essencial da concepção de Douglass North sobre o desempenho econômico dos mercados. Para o economista, as instituições compõem a estrutura de incentivos que emerge de qualquer sociedade, de modo que as instituições políticas e econômicas, em consequência, compõem os fatores determinantes subjacentes do desempenho econômico. A sua crítica ao pensamento neoclássico reside justamente na percepção de que os mercados também são modelados pelas instituições, e não apenas pela estrutura dos seus fatores intrínsecos. Cf. NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do

estabelecido pelas estruturas mercadológicas. Essa influência precisa ser ressaltada exatamente para contribuir com a análise que deve ser realizada na questão atinente à preservação dos mercados em função do seu adequado funcionamento.

Afinal, se o ambiente institucional interfere nas transações econômicas constituídas pelos agentes individuais, exsurge, de modo evidente, a relevância que tal fator assume na discussão acerca do funcionamento adequado das estruturas de mercado, a ponto de impactar, inclusive, na análise de sustentabilidade que deve ser promovida para buscar a sua preservação.

Por tal razão, é que se deve deixar estabelecida a premissa de que as instituições influenciam o funcionamento do mercado, e vice-versa, conforme foi vislumbrado pelo pensamento neoinstitucional<sup>139</sup>.

Até porque, se é certo afirmar que o ambiente institucional influencia o funcionamento dos mecanismos constituídos pelo mercado, também é correto reconhecer que essa influência deverá ser assimilada pelos agentes econômicos, quando se decidem, por exemplo, a dar prosseguimento, ou não, às transações econômicas que estiverem eventualmente negociando no mercado.

Chega-se, desse modo, a seguinte conclusão: o ambiente institucional desempenha um papel inevitável sobre o mercado, repercutindo sobre o funcionamento das suas estruturas<sup>140</sup>, influenciando, em consequência, o modo pelo qual os agentes econômicos irão explorar os seus interesses particulares, bem como estabelecer as transações econômica que se revelarem úteis e convenientes a esses interesses.

---

tempo, Tradução: Antônio José Maristello Porto, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, pp. 13-30, set./dez., 2010. p. 14-15.

<sup>139</sup> Nesse sentido, Bruno Salama afirma que existe três principais contribuições da Teoria Neo-institucionalista para abordagem econômica relacionada aos fenômenos afetados pelo Direito: (a) a Economia não existe de forma independente da conjugação de outros fatores, tendo relevância, por evidência, os fatores informados pelos demais subsistemas integrados ao macro sistema social (jurídico, político, cultural, etc.); (b) a compreensão do Direito deve pressupor a relevância da utilização de outros saberes, dada a diversidade e complexidade verificada na sua dinâmica; e (c) a análise deve ir além dos aspecto meramente especulativo, devendo aferir também a realidade como ela se apresenta. SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-21.

<sup>140</sup> NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change e economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 61.

De que modo poderíamos, então, compreender objetivamente como ocorre o processo de influência que o ambiente institucional pode exercer frente ao mercado? Ou também como os agentes econômicos reagem a esse processo de influência?

Mais uma vez, utilizaremos das valiosas premissas estabelecidas por Ronald Coase em seus estudos. Segundo o economista, a “operação de um mercado tem seus custos”<sup>141</sup>, sendo os quais geralmente associados a utilização do mercado e do mecanismo tradicional de preços que nele opera<sup>142</sup>.

Diante desse fator, os agentes econômicos poderão se reorganizar, mediante arranjos específicos, para evitar a utilização desses mecanismos e, por consequência, deixar de suportar esses custos de utilização, mesmo não deixando de sopesar, evidentemente, aquelas perdas envolvidas na eventual utilização das regras de precificação colocadas pelo mercado<sup>143</sup>.

Daí que surge a figura daquilo que Ronald Coase denominou de “firmas”. Estas são entendidas como aquele sistema de relações construído no ambiente de mercado quando ocorrem esses rearranjos internos, passando a produção a estar na dependência, desse momento em diante, de um único agente econômico (“o empresário”<sup>144</sup>) ou de alguns agentes organizados, mediante arranjos complexos e construídos entre si (as “organizações”<sup>145</sup>).

Dependendo do volume assumido por esses custos, aquelas firmas que pretendem realizar as transações econômicas poderão adotar outras práticas tais que sejam

---

<sup>141</sup> COASE, Ronald. A natureza da firma. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 38.

<sup>142</sup> COASE, Ronald. A natureza da firma. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 38.

<sup>143</sup> COASE, Ronald. A natureza da firma. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 45.

<sup>144</sup> COASE, Ronald. A natureza da firma. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 42.d

<sup>145</sup> Nesse sentido, é interessante a percepção de Oliver Williamsom ao afirmar que “além de estudar o que ocorre dentro das firmas, deveríamos estudar as relações contratuais entre elas”, enfatizando, desse modo, a importância não apenas dos arranjos construídos internamente pelos agentes econômicos, mas também aqueles modelados pela cooperação entre mais de um deles – as ditas organizações –, considerando-se que a finalidade é reduzir a existência de custos de transações em ambas as situações. Cf. WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 19.

capazes de resultar na redução dos custos envolvidos em tais operações, desde que esses custos sejam menores do que aquelas perdas acarretadas com a não realização dessas transações no mercado aberto<sup>146</sup>.

Resumindo a problemática, no plano real do mercado, as transações econômicas acarretam a incidência de custos a serem suportados pelos agentes, que poderão reduzi-los, em maior ou menor grau, a depender dos arranjos específicos e relacionais empreendidos pelos agentes envolvidos (individual ou organizadamente).

Isso porque, na medida em que se torna possível realizar uma transação econômica no mercado, a inserção do agente econômico interessado exige que este detenha a capacidade de “*descobrir com quem se deseja fazer a transação e em que termos, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato, e assim por diante*”, como bem percebeu Ronald Coase<sup>147</sup>.

Todas essas atividades implicam na imposição de custos. Tradicionalmente, eles são denominados de “custos de transação”. E envolvem, basicamente, a presença de três modalidades de custos, que englobam justamente as fases delimitadas durante a celebração de uma transação econômica<sup>148</sup>: a negociação e barganha, a decisão e o monitoramento, e a coordenação e o cumprimento entre os agentes envolvidos<sup>149</sup>.

Diante de tal inferência, percebe-se que a grande contribuição de visualizar a existência dos custos de transação consiste justamente na modificação da dinâmica geralmente associada ao funcionamento dos mercados: o elemento fundamental do sistema econômico deixa de ser a mera produção (por consequência, o sistema de preços),

---

<sup>146</sup> COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 7.

<sup>147</sup> COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 114.

<sup>148</sup> Carl J. Dahlman, nesse sentido, propõe justamente que uma classificação adequada de custos de transação deve levar em consideração as diferentes fases necessárias a conclusão de uma troca econômica. Cf. DAHLMAN, Carl J. The problem of externality, **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 22, n. 1, pp. 141-162, apr., 1979. p. 147.

<sup>149</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 103; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105.

para se tornar a transação (por consequência, o sistema de gestão dos custos de transação)<sup>150</sup>.

Se a transação assume, portanto, a relevância na análise que deve ser realizada sobre as estruturas de mercado, os custos decorrentes do esforço compartilhado pelos agentes para celebrarem essas transações também serão relevantes para o adequado funcionamento do mercado, repercutindo, por decorrência, na própria distribuição dos recursos e dos bens econômicos – que são escassos<sup>151</sup>.

Serão justamente aqueles arranjos constituídos para a gestão desses custos os responsáveis por impulsionar um maior ou menor fluxo de transações econômicas que poderão ser realizadas entre os agentes econômicos envolvidos com essas estruturas – geralmente associadas a contratos<sup>152</sup>.

Por isso, é que se chega a afirmar que o Direito termina desempenhando um papel essencial na determinação da alocação dos recursos e bens econômicos transacionados pelos agentes por meio das estruturas do mercado<sup>153</sup>.

Ao se pressupor a transação enquanto principal mecanismo a ser observado dentro de uma estrutura de mercado, acaba se tornando intuitiva a compreensão de que os agentes econômicos devem se posicionar dentro do mercado, mediante arranjos específicos, para estabelecerem estruturas de governanças capazes de antever essas implicações, de modo a reduzir esses custos e elevar as competências subjacentes a essas transações – agora colocadas em evidência, segundo é defendido por Oliver Williamson, quando propõe a teoria da “Economia dos Custos de Transação”<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 104.

<sup>151</sup> COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 14.

<sup>152</sup> A respeito da relevância dos contratos na “engenharia dos custos de transação”, Marcos Nóbrega afirma que os contratos possuem a capacidade de assimilar a dimensão intertemporal das transações, de modo que os arranjos contratuais terminam modalizando, em boa medida, os custos de transação – passam a ser “os custos de realizar contratos na economia”. Cf. NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 104.

<sup>153</sup> COASE, Ronald. Notas sobre o problema do custo social. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 179.

<sup>154</sup> WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 34.

Acontece que, para se construir essas estruturas de governança, se torna necessária a existência de um ambiente institucional adequado (as regras do jogo) em função do qual as instituições de governança (os jogadores) poderão transacionar os direitos instituídos sobre os bens e recursos envolvidos.

Tal conclusão decorre justamente da percepção cunhada por Oliver Williamson de que “a governança não opera no isolamento”. E assim acontece porque a eficácia comparativa utilizada na análise das diversas variáveis consideradas nas estruturas de governança (as transações) se modifica não apenas em relação aos agentes econômicos e seus atributos, mas também em função do ambiente em si considerado<sup>155</sup>.

Diante de tal compreensão, é que se coloca o ambiente institucional como aquele espaço de mudança recorrente de parâmetros. E essas mudanças modulam os custos comparativos das estruturas de governança proposta pelos agentes econômicos – exatamente as transações<sup>156</sup>.

Assim, quando ocorrem mudanças, por exemplo, em relação aos direitos de propriedade, leis contratuais, normas, costumes, dentre outras instituições, e essas modificações alteram a lógica racional dos custos comparativos para as transações, exige-se, evidentemente, uma reconfiguração geral da estrutura do mercado, que acontece, na maioria das vezes, de forma implícita<sup>157</sup>.

Arrematando tal percepção, é que Douglass North traz a acertada conclusão de que “um conjunto de instituições políticas e econômicas que ofereça transações de baixo custo viabiliza a existência de mercados de produtos e fatores eficientes necessários ao crescimento econômico”<sup>158</sup>.

Sendo assim, chega-se à conclusão efetiva de que a relevância atribuída às instituições – sobretudo as jurídico-formais – se justifica pelo fato de que os diferentes

---

<sup>155</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economic and Organization Theory**. Oxford: Industrial and Corporate Change, Oxford University Press, 1993. p. 80.

<sup>156</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economic and Organization Theory**. Oxford: Industrial and Corporate Change, Oxford University Press, 1993. p. 80.

<sup>157</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economic and Organization Theory**. Oxford: Industrial and Corporate Change, Oxford University Press. p. 80.

<sup>158</sup> NORTH, Douglass. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Tradução: Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. p. 8.

arranjos institucionais interferem nos diferentes custos de utilização que estão associados às transações operacionalizadas no mercado<sup>159</sup>.

Em tal contexto, caberá aos agentes econômicos adotarem todos os esforços necessários para reduzir esses custos de transação, mediante a seleção da estrutura de governança – a transação – mais eficiente para atingir tal objetivo<sup>160</sup>.

Dito isso, as transações poderão ser estruturadas por meio de relações de mercado ou de relações de empresa, subdividindo-se, desse modo, entre as seguintes modalidades de operações: (a) transações de mercado; (b) transações de “quase-mercado”; ou (c) transações de “não-mercado”<sup>161</sup>.

O fato é que, seja qual for a modalidade do mecanismo de governança de custos adotada pelos agentes – as transações, o ambiente institucional irá desempenhar o importante papel de garantir prévia e regular disposição dos direitos distribuídos sobre os recursos e bens econômicos relacionados a tais transações.

Já em tom de conclusão, deve-se rememorar a utilíssima percepção de Luciano Timm a respeito do pensamento inaugurado por Ronald Coase acerca da relação entre o direito, as instituições e os mercados: as soluções jurídico-institucionais devem ser pensadas levando em consideração os seus efeitos no mercado, justamente porque proposições legais ou judiciais trazem consigo evidentes consequências sobre o sistema econômico<sup>162</sup>.

Sendo assim, se os agentes econômicos adaptam e moldam os seus comportamentos de acordo com aqueles incentivos institucionais que lhe são direcionados, a preservação das estruturas de mercado somente ocorrerá<sup>163</sup>, por consequência, se o ambiente institucional subjacente for capaz de estimular a redução dos custos de transações envolvidos em tal processo, sobretudo naqueles arranjos de

---

<sup>159</sup> CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 423.

<sup>160</sup> CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 423

<sup>161</sup> CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 423

<sup>162</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2018. p. 155.

<sup>163</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2018. p. 155.

governança desenhados pelos agentes econômicos, de modo a facilitar a realização das trocas comerciais vislumbradas em caráter potencial no mercado.

Até porque, se o ambiente de mercado for afetado por instituições estáveis e consideradas fortes, estas geralmente não interferem nos mecanismos de mercado e as transações tendem a se constituir regularmente, como se o ambiente institucional permanecesse “invisível”<sup>164</sup>.

Do contrário, se o ambiente de mercado for afetado por instituições instáveis e fragilizadas, a ponto de sequer poderem garantir uma eficiência mínima às estruturas mais modestas de um mercado, os impactos dessas fragilidades certamente são mais perceptíveis, repercutindo negativamente na elaboração das estratégias de governança que os agentes deverão adotar para superar esses entraves<sup>165</sup>.

Por todas essas ponderações, é que se colocará como um dos pressupostos essenciais ao presente estudo: o ambiente institucional definitivamente é relevante para o adequado funcionamento das transações econômicas e assegura, sem sobra de dúvidas, a preservação das estruturas de mercado envolvidas.

---

<sup>164</sup> MATOS, Leonardo Figueiredo. **Custos de transação, instituições e o grau de comprometimento da firma: empresas estrangeiras no mercado brasileiro**. 67 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Mestrado Profissional em Administração, Área de concentração: Estratégia Internacional, Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2014. p. 22.

<sup>165</sup> MATOS, Leonardo Figueiredo. **Custos de transação, instituições e o grau de comprometimento da firma: empresas estrangeiras no mercado brasileiro**. 67 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Mestrado Profissional em Administração, Área de concentração: Estratégia Internacional, Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2014. p. 22.

#### 4. DOS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA REGULAÇÃO ESTATAL DO MERCADO: A INTERVENÇÃO ESTATAL SOB O VIÉS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Ao concluirmos que a Constituição Econômica estatuída no Brasil atribuiu à iniciativa particular a precedência no encargo de explorar livremente os bens e os recursos econômicos distribuídos pela sociedade, também se inferiu que a opção político-jurídica adotada pelo poder constituinte originário foi a de justamente reconhecer a legitimidade dos direitos reivindicados pelos agentes particulares sobre a propriedade desses bens e recursos – mediante a alocação e realocação deles pela intersecção dos interesses individuais sob interação.

A base jurídico-econômica estatuída pela Constituição Econômica, portanto, se estabeleceu, no Brasil, a partir da conjugação desses dois valores-bases que foram assimilados da realidade econômica baseada na exploração privada dos fatores de produção – a garantia da propriedade privada e a da liberdade de iniciativa econômica, ambas igualmente conferidas aos particulares.

É a liberdade individual – um daqueles critérios de limitação fundamentais à atuação estatal na esfera individual do particular, assegurando a livre fruição das faculdades privadas<sup>166</sup> – que recebeu o devido destaque na condução das atividades econômicas na Constituição Econômica, que se busca atualmente consolidar no mercado brasileiro.

Por tal razão, é que se buscou demonstrar qual o enfoque que merece ser conferido à noção de mercado, tanto naquilo que tange ao seu funcionamento, como também, e principalmente, naquilo que se refere a sua preservação, de modo a compatibilizá-la, em consequência, aos valores fundantes que foram consolidados em toda a extensão da Constituição Econômica.

Disso tudo, foi possível chegar à conclusão de que o Estado deposita uma diversidade de expectativas, que estão geralmente associadas aos demais valores dispostos na Constituição Econômica, no adequado funcionamento do mercado. E o mercado, em contrapartida, espera um desempenho adequado da atuação estatal frente as suas estruturas, de modo que ambos os interesses estejam, conseqüentemente, se

---

<sup>166</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 4 ed, rev, aument. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 115.

relacionando de forma harmônica, sem que nenhum deles seja efetivamente anulado pelo outro<sup>167</sup>.

Lembre-se que não deve haver antagonismo em tal relação, mas, na verdade, um liame intermediário baseado na complementariedade de ambas as realidades em interação<sup>168</sup>. Trata-se, de certo modo, de um vínculo verdadeiramente dialético, dinâmico e mutável, variando geralmente de acordo com as contingências políticas, ideológicas e econômicas ao contexto fornecido pela realidade social<sup>169</sup>.

Surge a partir desse contexto, por inequívoca exigência pragmática, um novo perfil a ser assumido pelo Estado – acompanhando o avanço da realidade econômica da atualidade. É o que se denomina de “Estado Regulador”, cuja compreensão está associada a uma perspectiva evolutiva, superando-se, desse modo, aquela concepção que orbitava em torno da Teoria da “Economia do Bem-Estar Social”, pela qual se concebia a figura do “Estado Social”.

Esse perfil tem como aspectos bailares a busca pelo aprimoramento do mercado, de modo a ajustá-lo, visando, por um lado, afastar as falhas decorrentes de seu funcionamento e estabilizar os seus mecanismos, e, por outro lado, promover a descentralização da organização estatal, com o conseqüente, mas moderado, distanciamento da exploração dos bens e dos recursos econômicos<sup>170</sup>.

Apesar desse inevitável processo de distanciamento, o Estado Regulador ainda permanecerá com a incumbência de conduzir, de forma adequada, o funcionamento do mercado, com a pretensão de buscar a orientação dos resultados obtidos por intermédio das transações econômicas em favor dos demais objetivos igualmente valorados na base

---

<sup>167</sup> ELALI, André; PINHEIRO, Cristiano de Figueiredo. O controle da despesa pública em ciclos econômicos recessivos. In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 21, 2012, **Anais Eletrônicos do XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, pp. 212-238. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8599b9343f82e3b>. p. 222.

<sup>168</sup> SILVA, André Felipe Alves. **Livre concorrência, neutralidade da tributação e incentivos fiscais: um enfoque sobre o potencial anticoncorrencial da “guerra fiscal” à luz da ordem econômica**. 134 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016. p. 44.

<sup>169</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 23.

<sup>170</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 74

normativa erigida sob a Constituição Econômica, conciliando-os, sempre, dentro de suas possibilidades<sup>171</sup>.

Sendo assim, é que, visando aprofundar a forma pela qual se tornou possível conceber esse novo perfil estatal, será empreendida a análise dos principais aspectos associados a essa nova fisionomia atribuída ao Estado frente à realidade econômica da atualidade, tudo para que seja possível entender, após tal análise inicial, quais as principais divisas que deverão balizar a atuação estatal na relação que deverá guardar com o mercado, os seus mecanismos e os interesses compartilhados pelo agentes econômicos em tal contexto.

#### 4.1. O PODER REGULATÓRIO DO ESTADO E SUA RELAÇÃO COM O MERCADO: A FORMAÇÃO DO ESTADO REGULADOR E SUA INTEGRAÇÃO À CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Como já depreendido do pensamento neoinstitucional protagonizado, dentre outros pensadores, por Douglass North, o fator jurídico-político, o fator histórico e, inclusive, o fator cultural são aspectos que assumem evidente relevância para o adequado estudo da realidade econômica e social da atualidade, sobretudo quando eventualmente colocados em evidência sob o viés do Direito ou Economia.

Seja por critérios próprios da abordagem econômica, seja por parâmetros aferidos da ciência jurídica, é de fundamental importância reconhecer que o aspecto contextual inserido em tal investigação poderá repercutir, de modo até mesmo determinante, em grande parte das conclusões eventualmente alcançadas após a utilização de tal enfoque analítico.

Tanto se observa essa utilidade metodológica que há quem reconheça, inclusive, que a interferência estatal na realidade econômica de um dado país é determinada necessariamente por diversos desses fatores, em específico, “pelo curso do desenvolvimento da estrutura produtiva, pelo grau heterogeneidade estrutural da economia, pelos modos de inserção na ordem econômica mundial e pela dinâmica dos interesses sociais”<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 76.

<sup>172</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

Todos esses fatores tenderiam a influenciar, por consequência, a lógica a responsável por conduzir a relação entre Estado e mercado em tal cenário contextual. Até porque, a influência da atuação estatal na seara econômica é circunstância sobre a qual não se põe mais dúvida alguma. É verdadeira premissa indiscutível a respeito de tal discussão em destaque, segundo o que pontua Edilson Nobre<sup>173</sup>.

Logo, o desenho institucional conferido à atuação estatal termina sendo influenciado, por consequência, pelas estruturas estatais construídas especificamente para cada um desses contextos históricos subjacentes à inerente realidade econômica em evidência<sup>174</sup>.

Não que, por evidência, seja possível cogitar da existência de alguma “lógica determinista” capaz de condicionar aprioristicamente um eventual desempenho econômico ao determinado contexto com o qual está relacionada a evolução histórica e cultural construída pela respectiva sociedade em análise, à qual estava vinculado, por consequência, o respectivo mercado afetado<sup>175</sup>.

Transpondo tal perspectiva para a análise tradicionalmente realizada em face das modificações pelas quais passou a compreensão acerca da relação mantida entre atuação estatal e mercado, a tendência geralmente é a de associar o processo de estreitamento da distância que o mercado buscava estabelecer frente justamente em face da evolução da noção de Estado da modernidade e dos espaços que este deveria ocupar na sociedade<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações), *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, v. 02, pp. 141-158, 2001. p. 141.

<sup>174</sup> É com esta premissa que Gilberto Bercovici faz a afirmação de que “cada período histórico possui sua própria consciência das estreitas relações entre direito e economia”. BERCOVICI, Gilberto. O ainda Indispensável Direito Econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem à Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 504.

<sup>175</sup> Discorda-se, nesse sentido, daqueles que defendem uma completa inversão da lógica de influência recíproca entre cenário político-jurídico e realidade econômica, sustentando, a partir de uma visão repaginada, de certo modo, da tese radicalizada do “materialismo histórico”, que o cenário econômico deve ser conformado necessariamente pelas instituições jurídicas, na medida em que “limitar essa busca às instituições atuais da condição humana é frustra a promessa que traz a democracia de libertação da condição humana frente ao determinismo social e material”, prejudicando, desse modo, o “papel do direito na realização dessa promessa”. Cf. LAENDER, Gabriel Boavista. **O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional**. 321f. Tese (Doutorado) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2014. p. 155.

<sup>176</sup> Estabelece-se, aqui, o parâmetro da figura do “Estado de Direito” concebida na modernidade, tendo em vista que foi justamente em tal período que o monopólio da propriedade deixou de ser exercido exclusivamente pela monarquia, passando a ser explorada, também, pelos indivíduos – geralmente aqueles

Daí porque se concebem aquelas visões tradicionais relacionadas ao papel que o Estado assumiu perante a sociedade durante cada um dos momentos identificados sequenciadamente em tal período<sup>177</sup>. Exatamente aquela evolução pela qual as estruturas estatais teriam sofrido a partir da evolução da concepção de “Estado de Direito” constituída desde a modernidade<sup>178</sup>.

De um lado, ter-se-ia o “Estado Liberal”, que se caracterizava por estabelecer a separação dos poderes; submissão ao império da lei (“*rule of law*”); e a previsão de garantias individuais de caráter fundamental<sup>179</sup>. De outro lado, observar-se-ia a transmutação do “Estado Liberal” para uma espécie de “Estado Social”, que poderia ser entendido como aquele modelo estatal de raízes solidaristas, visando primordialmente evitar, em síntese, a ruptura absoluta da ordem liberal capitalista, por meio da realização de reformas sociais promovidas pela administração estatal<sup>180</sup>.

Vale destacar, inclusive, que esse processo de transmutação da organização estatal em face da sociedade e do mercado também acompanhou o avanço do movimento constitucionalista<sup>181</sup>, circunstância que, por consequência, atingiu as estruturas constituídas e depois modificadas para cada proposta de Constituição Econômica pensada

---

integrados à classe burguesa. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 14.

<sup>177</sup> Segundo as lições de Martins e Dimoulis, o Estado de Direito concebido na modernidade acompanhou, de modo paralelo, a consolidação das estruturas econômicas baseadas na liberdade de mercado, em que foram estabelecidas as bases da incorporação dos seus mecanismos as estruturas estatais. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p.11.

<sup>178</sup> Com base em tal premissa, é que Alysson Mascaro chega a afirmar que somente durante a modernidade “que a relação entre Estado, direito e dinheiro ganha especificidade. O circuito universal de trocas – inclusive o trabalho como troca – enseja o moderno Estado, o direito que lhe corresponde e a sociedade capitalista”. Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Estado, Direito e Dinheiro: técnicas de intervenção o domínio econômico. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo. **Filosofia e Teoria geral do Direito: estudos em homenagem à Tercio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 173.

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set., p. 15-34, 1988. p. 16.

<sup>180</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. 172 f. Tese (Livre-Docência) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2003. p. 139.

<sup>181</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Estado e a Ordem Econômica, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 143, jan./mar., p. 37-50, 1981. p. 38.

sob tal contexto<sup>182</sup>, e que acabou sendo desenvolvida em cada um dos momentos delimitados em tal cenário histórico e político<sup>183</sup>.

Sendo assim, e considerando as ponderações já explanadas no início deste estudo<sup>184</sup>, é de fundamental importância ressaltar que a posição antagônica na qual se geralmente coloca esses desenhos institucionais – o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito – já fora certamente superada, desde que se começou a observar, de tempos em tempos, a sucessão de diversas crises econômicas pelas quais têm passado as sociedades na contemporaneidade<sup>185</sup>.

Esse novo contexto que se apresenta à sociedade exigiu a conformação de um novo perfil assumido pela atuação estatal diante das atividades econômicas. Modelo tal de Estado que geralmente está associado à proteção da liberdade de iniciativa econômica atribuída aos agentes individuais, mantendo para si, em contrapartida, a condição de agente econômico suplementar, cuja atuação deverá se concentrar, preponderantemente, nas atividades de fiscalização, controle e fomento das estruturas de mercado, por comportamentos promovidos direta ou indiretamente<sup>186</sup>.

Trata-se de um desenho institucional de um Estado que deverá conceber um sistema econômico moldado a partir de dispositivos regulatórios destinados ao aumento da eficácia na exploração dos recursos e bens econômicos escassos, exigindo, sob tal

---

<sup>182</sup> É o fenômeno que Fabio Nusdeo denomina de “constitucionalismo econômico”, mediante o qual se busca examinar a presença do “econômico” nas constituições vigentes. Cf. NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (Cord). **O direito econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

<sup>183</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 69.

<sup>184</sup> Ver o item “2.3”, no qual se pretendeu demonstrar a evolução que o Estado percorreu a partir do início da sua formação na modernidade, sobretudo após a ascensão do constitucionalismo, que tornou possível a conformação de uma figura supra individual responsável por conduzir os interesses de toda a coletividade, justamente por estar baseada no império da legalidade.

<sup>185</sup> José Eduardo Faria faz a crítica, inclusive, de que essa a oposição entre Estado e mercado tende a obscurecer o enorme e complexo campo analítico que se apresenta aos juristas e cientistas sociais de forma subjacente, como é o exemplo da crise financeira ocorrida em 2008, por se tratar de perspectiva absolutamente reducionista. FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira, **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 5 (2), pp. 297-324, jul./dez., 2009. p. 299.

<sup>186</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 71.

perspectiva, um menor ou maior grau de influência estatal, a depender do ambiente cíclico no qual está inserido o mercado<sup>187</sup>.

Deixa-se de lado, portanto, o modelo já superado de “Estado Social”<sup>188</sup>, abandonando, em consequência, os problemas visualizados no seu funcionamento (excessivo gasto público, fracasso do modelo de planificação, ineficiência da geração das riquezas)<sup>189</sup>, de modo a permitir a formação de um verdadeiro “Estado Regulador”, afastando-se, de um lado, da política de atuação estatal baseada no intervencionismo excessivo e permitir, e assumindo, de outro lado, a função de regulador indireto da condução do processo econômico pelo mercado<sup>190</sup>.

Nem por isso, vale destacar, serão admitidas aquelas incoerências observadas no funcionamento do mercado conduzido exclusivamente por uma lógica de absoluta liberdade, em que não se admite a presença de ingerências estatais para realizar os ajustes necessários em suas incorreções, pois todas essas inconsistências são igualmente rejeitadas pelo perfil regulador estatal, tendendo este a se dedicar ao controle e a repressão de tais desajustes.

É, por assim dizer, um novo paradigma adotado pela relação mantida geralmente entre atuação estatal e o funcionamento do mercado, ao substituir o modelo de Estado intervencionista e dirigista, espaço que agora será ocupado pelo ideário do Estado Regulador<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira, **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 5 (2), pp. 297-324, jul./dez., 2009. p. 302-303.

<sup>188</sup> Nesse sentido, Mariana de Siqueira defende, inclusive, a proposição de um “Estado Pós-Social” que teria abandonado o modelo de intervenção direta no âmbito econômico, enfatizando as possibilidades de intervenção indireta na economia, por meio de atividades regulatórias e normativas. Constituiria, então, esse modelo de Estado um “um misto de ambos os modelos de Estado antes vigentes, pois busca conciliar interferências diretas (a título de exceção) e indiretas (a título de regra) na vida privada em busca do desenvolvimento e bem-estar social”. Por isso que o interesse público deve ser identificado, a partir de então, como um modelo de equilíbrio, pelo qual devem ser equacionados os interesses públicos e os privados relacionados à administração pública, ora prevalecendo um viés intervencionista, ora preponderando um viés absentista. Cf. SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. 280 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 60.

<sup>189</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 71-72.

<sup>190</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 32.

<sup>191</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, António Carlos dos. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 72.

Como bem destaca Egon Bockmann Moreira, a temática relacionada à regulação econômica e atuação estatal no Brasil se colocou em evidência a partir da década inaugurada pelos anos 1990. Tal constatação acabou permitindo reconhecer que, ao invés de uma função meramente circunstancial, a regulação econômica no Brasil assumiu uma posição verdadeiramente de caráter estrutural. Desde tal período, o relacionamento do Estado com o mercado assumiu um contorno mais democrático, estimulador, cooperativo e, até mesmo, substitutivas<sup>192</sup>.

Tem-se, portanto, um “Estado integrado na Economia, que atua ordinariamente no cotidiano das relações socioeconômicas”<sup>193</sup>.

Esse mesmo Estado “não apenas reprime e exclui, mas incentiva, influi e inclui”. Em consequência, a fase atual desse “Estado Regulador” lhe impõe, antes da dialética de oposição entre papéis ocupados pelo Estado e pelos agentes privados, um processo dinâmico que pretende equacionar um “meio-termo” e se caracteriza por estabelecer uma prévia indeterminação analítica dessas funções, desde que respeitada, por obviedade, as garantias fundamentais que provêm o substrato necessário ao funcionamento do mercado<sup>194</sup>.

Partindo desse panorama, exsurge, de modo evidente, a opção jurídico-política adotada pela Constituição Econômica estabelecida no Brasil ao estruturar, dentro do desenho institucional concebido a partir de sua ordem econômica, um verdadeiro Estado Regulador frente as estruturas integradas ao seu mercado nacional<sup>195</sup>.

Legitimou-se, desse modo, a possibilidade do Estado intervir, direta ou indiretamente, no mercado quando, quando tal intervenção se demonstrar realmente necessária, devendo ser afastada, em contrapartida, a figura do controle absoluto estatal

---

<sup>192</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 109.

<sup>193</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 110

<sup>194</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 110.

<sup>195</sup> Nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida afirma que a análise da textualidade da Constituição Federal de 1988 é suficiente para reconhecer a legitimação da função regulatória estatal, ao dispor expressamente, em seu artigo 174, que “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 Privada”. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de direito administrativo econômico – Vol. III**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130.

sobre as estruturas do sistema econômico, na medida em que, onde não há liberdade, inexistente o sentido da função regulatória em sentido estrito<sup>196</sup>.

Afinal, não se pode negar que o surgimento do Estado Regulador também termina se associando ao fenômeno da reliberalização do Estado. Não que o Estado retorne àquela condição existente durante a época do liberalismo clássico, a qual preponderava no período prévio à Depressão Econômica de 1929. O que existe, na realidade, é a tendência atual do Estado atuar para revigorar alguns daqueles valores concebidos com a emergência da noção de que deveria haver uma proteção estatal às liberdades individuais. Na relação com o mercado, essa tendência termina densificando o movimento de afastamento da atuação estatal na prestação direta das atividades econômicas, diminuindo-se, por consequência, o peso excessivo do fardo intervencionista construído ao longo do período marcado pelo século XX<sup>197</sup>.

#### 4.2. A JUSTIFICAÇÃO ECONÔMICA DA REGULAÇÃO: A ABORDAGEM ECONÔMICA TRADICIONAL E AS FALHAS DE MERCADO

Observou-se, mais acima, que o contexto social e econômico inaugurado a partir do início da década final do século XX favoreceu ao processo de redimensionamento da atuação estatal perante o mercado, surgindo, a partir de tal momento, a figura do “Estado Regulador”, em substituição ao denominado Estado Interventor<sup>198</sup>.

Sob tal perspectiva, as relações mantidas entre Estado e os particulares acabaram “migrando” de um aspecto de verticalidade, dando lugar a uma perspectiva de diagonalização construída em tal convivência, aparecendo aí novos espaços, não necessariamente ocupados pelo setor público, mas que são destinados à concretização dos interesses da coletividade<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 280.

<sup>197</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 190-191.

<sup>198</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 253-254.

<sup>199</sup> GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**. 207 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 21

O surgimento desse novo panorama acompanhou, em grande parte, o desenvolvimento dos diversos debates travados pelos estudiosos do sistema econômico, de tempos em tempos, a respeito da relação tradicionalmente mantida entre a atuação estatal e a iniciativa privada, em específico, a questão dos limites que deveriam balizar a interferência estatal sobre as estruturas de mercado<sup>200</sup>.

Existiu, portanto, uma preocupação manifestada, de forma crescente, pelos economistas acerca da necessidade de compreender essa relação entre Estado e iniciativa privada, ainda mais quando se notou o adensamento desse fenômeno em meados a respeito do adensamento do fenômeno associada a essa faculdade transformada atribuída ao Direito e ao Estado, mediante o surgimento de legislações e institutos jurídicos destinados a permitir a intervenção estatal em face da atividade econômica explorada pelos particulares – especificamente no final do século XIX e nos Estados Unidos<sup>201</sup>.

Daí então é que se pôde começar a discutir a existência de uma “Teoria Econômica da Regulação” como modelo teórico destinado a justificar, a partir de estudos realizados a partir da realidade econômica, a intervenção estatal sobre a atividade econômica explorada pela iniciativa privada<sup>202</sup>.

Vale destacar, por um lado, que a “Teoria Econômica da Regulação” está geralmente associada ao debate travado pelos economistas norte-americanos sobre o papel que o Estado tem exercido perante o mercado desde a fundação de um modelo econômico de livre mercado, naquele contexto social e econômico, sob as bases clássicas do liberalismo econômico, visto que se tratava de um claro desdobramento da revolução industrial irrompida no final do século XIX<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Calixto Salomão Filho reconhece que, antes de buscar uma abordagem jurídica a respeito de tal temática, existiu uma tendência econômica de procurar entender quais seriam as bases teóricas que seriam necessárias à compreensão do “funcionamento do Estado na economia”, ou seja, a dita regulação estatal da economia. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 22.

<sup>201</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 26.

<sup>202</sup> SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica**. 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017. p. 68.

<sup>203</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 44.

Um evidente exemplo que tradicionalmente é identificado na análise realizada pelo debate norte-americano adveio com o surgimento da primeira agência reguladora norte-americana – a *Interstate Commerce Commision*, cuja criação remonta ao longínquo período iniciado após o ano de 1887<sup>204</sup>. Daí porque, inclusive, se diz que a discussão realizada pelos norte-americanos é conduzida por uma longa experiência observado pelo largo intervalo temporal geralmente colocado em evidência<sup>205</sup>.

Em resumo, a Teoria Econômica da Regulação terá a incumbência essencial de estabelecer as justificativas necessárias para distribuir as repercussões advindas da atividade regulatória – seja para obter os resultados positivos; seja para arcar com os resultados negativos. Logo, tal enfoque pretende não apenas entender a forma pela qual o Estado procederá ao exercício da regulação, mas também os efeitos que serão gerados frente as transações de mercado, sobretudo no que se refere à alocação dos bens e recursos econômicos distribuídos entre os agentes individuais<sup>206</sup>.

É importante observar, assim, que a teoria econômica assumiu papel relevantíssimo para estabelecer as balizas regulatórias colocadas à frente da atuação estatal – ora permitindo um avanço maior diante do mercado, ora reduzindo mais a esfera de intervenção estatal frente às relações econômicas.

Isso aconteceu justamente quando as estruturas de mercado evoluíram de forma bastante avançada para alcançar uma complexidade tal que jamais havia sido alcançada. Foi em tal período que o idealismo da “mão invisível” de Adam Smith começou a perder espaço para as imperfeições decorrentes do funcionamento espontâneo, livre e desimpedido do mercado<sup>207</sup>. O poder de mercado começou a se concentrar cada vez mais sob a titularidade dos agentes que participavam das relações econômicas, permitindo, em

---

<sup>204</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 44.

<sup>205</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 13.

<sup>206</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

<sup>207</sup> Em conhecido trecho de sua obra “a Riqueza das Nações”, Adam Smith defende que o indivíduo geralmente exerce as suas capacidades particulares “apenas para o seu próprio ganho, e nisto, como em muitos outros casos, é só levado por uma mão invisível a promover um fim que não era parte de sua intenção”, de modo que “seguindo o seu interesse, ele frequentemente promove o da sociedade mais efetivamente do que quando realmente pretende promovê-la”. Cf. SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução: Norberto de Paula Lima. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. p. 251-252.

consequência, o avanço de uma tendência conduzida pela monopolização crescente dos setores e da imposição abusiva de comportamentos anticompetitivos cometido pelos agentes<sup>208</sup>.

Nesse primeiro momento – entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX, o avanço da atuação estatal sobre as relações econômicas conduzidas livremente no mercado começou a assumir um papel maior de destaque, principalmente naqueles setores econômicos em que havia um maior volume de transações de bens e recursos econômicos e, por consequência, um maior desempenho dos agentes econômicos, se considerados individualmente (monopólios) ou em grupos (oligopólios), tais como petróleo, transportes (ferroviário, rodoviário e aeroviário), energia elétrica, telefonia, mercado financeiro, dentre outros<sup>209</sup>.

A justificativa primordial para esse avanço inicial – que ganhou corpo a partir da década de 1930 até o final da década de 1970 – seria a de que essas imperfeições atribuídas ao funcionamento do mercado deveriam ser submetidas a mecanismos estatais de fiscalização e controle destinados a obter a promoção do bem-estar social, mediante a correção das denominadas “falhas de mercado”<sup>210</sup>.

Cuida-se do período denominado por Ha-Joon Chang de “Era da Regulação” (*Age of Regulation*), no qual houve uma verdadeira intensificação das atividades regulatórias, tanto em termos de alcance, como também em profundidade, tendo acompanhado, de certo modo, o avanço das políticas econômicas destinadas à publicização de setores e ao aumento do gasto público<sup>211</sup>.

Esse processo de expansão da função regulatória estava associado, por consequência, aos impactos gerados por discussões voltadas à construção de um enfoque teórico baseado na “Economia do Bem-Estar” – cujas bases foram desenvolvidas

---

<sup>208</sup> SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica**. 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017. p. 72-73.

<sup>209</sup> SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica**. 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017. p. 73.

<sup>210</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 13-14.

<sup>211</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, **Cambridge Journal of Economics**, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 704-705.

tradicionalmente por Arthur C. Pigou<sup>212</sup>. A construção desse aporte teórico terminou abrangendo, por consequência, as teses desenvolvidas acerca dos “bens públicos”, das “externalidades” e dos “monopólios naturais”<sup>213</sup>, todos estes fenômenos entendidos, a princípio, a partir da noção de “falha de mercado”<sup>214</sup>.

Partindo desse contexto, é que esses teóricos foram responsáveis por fundar o corpo teórico dedicado ao estudo da regulação sob a premissa de que ela seria a resposta a uma demanda do coletivo por correção de práticas de livre mercado ineficientes e, até mesmo, não equitativas – aquela comumente denominada de “Teoria do Interesse Público”<sup>215</sup>.

Muito embora tenham sido desenvolvidas críticas, por vezes, pertinentes ao desenvolvimento das primeiras ideias concebidas sobre a existência de uma “teoria econômica da regulação”<sup>216</sup> fundada na concepção de “falhas de mercado”<sup>217</sup>, seria de enorme ingratidão deixar de reconhecer a evidente contribuição promovida com os estudos desenvolvidos pelos teóricos do interesse público<sup>218</sup>: a de que o mercado

<sup>212</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 706.

<sup>213</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 706-707.

<sup>214</sup> Há-Joon Chang afirma que, apesar dessa visão centralizada, a princípio, no combate às “falhas de mercado”, os países em desenvolvimento buscaram implementar, em tal período, uma política econômica e regulatória destinada a concretizar uma agenda desenvolvimentista, mediante a modernização das matrizes econômicas estabelecidas em seus mercados. Cf. CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 708.

<sup>215</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50-51.

<sup>216</sup> Aqui se utiliza a concepção de “teoria econômica da regulação” como uma ideia de abordagem econômica ampla desenvolvida a respeito da função regulatória atribuída ao Estado, e não exclusivamente aquela referenciada as ideias inauguradas por George Stigler sobre tal temática – e denominada também de “Teoria Econômica da Regulação”.

<sup>217</sup> No plano da macroeconomia, Milton Friedman – e sua teoria monetarista – desenvolveu um pensamento teórico destinado a desestruturar as premissas teóricas construídas com as políticas keynesianas na esfera macroeconômica, George Stigler foi quem liderou o movimento neoclássico voltado a desconstruir os pressupostos dos teóricos do interesse público a respeito do funcionamento regulado dos mercados. Cf. COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

<sup>218</sup> Os teóricos do “Interesse Público” defendiam que o funcionamento dos mecanismos colocados a disposição da regulação estatal envolvia a participação de três atores: o cidadão, que deseja a realização de políticas regulatórias adequadas com os seus interesses; os grupos de interesses (grupo de cidadãos que estão numa posição sensível frente a determinadas políticas e, por isso, possuem interesses definidos quanto a elas), que buscam influenciar o ente estatal para que as políticas regulatórias lhe afetem de forma mais benéfica; e o regulador, que geralmente é visto como uma autoridade pública bastante esclarecida, dotada de credibilidade e capaz de sopesar os interesses conflituosos, de modo a propor a melhor política regulatória para equalizar as pretensões de todos os cidadãos. Essa capacidade decorria exatamente da aptidão do regulador a identificar as falhas e imperfeições existente no mercado, especialmente aqueles empecilhos que comprometem o fluxo de informações compartilhadas entre os agentes, bem como o grau

apresenta disfuncionalidades, que poderão ser mitigadas por meio da intervenção estatal promovida em suas estruturas<sup>219</sup>.

Até porque, como demonstrado no capítulo anterior, o mercado necessita de que o Direito intervenha para construir o suporte institucional adequado ao seu funcionamento. Os custos de transação associados às transações econômicas dependerão, portanto, de uma ação regulatória adequada, de modo que a liberdade de iniciativa econômica seja garantida a todos os agentes envolvidos, na busca da melhor alocação dos bens e recursos escassos distribuídos por toda a comunidade.

Por tal razão, é que existem aqueles que adotam o conceito de regulação como aquele conjunto de normas, regras e procedimentos, que geralmente estão associados às instituições estatais responsáveis por manejar esses aparato instrumental, ao qual o Estado recorre para modular os incentivos e impor restrições com os quais operam os agentes econômicos, buscando, por consequência, corrigir as imperfeições ocasionadas pela existência de falhas de mercado<sup>220</sup>.

Para entendermos a questão tradicional das falhas de mercado, utilizaremos, por razões lógicas, a lógica inversa que permite vislumbrar a existência de um equilíbrio perfeito no funcionamento das estruturas de mercado: o estado de concorrência perfeita dos fatores de produção e de demanda se igualam, de tal maneira que a quantidade de consumidores dispostos a consumir é exatamente igual a quantidade de empresários dispostos a ofertar no mercado<sup>221</sup>.

Nesse cenário, a interação sob a plena liberdade de escolha e disposição das informações econômicas leva ao equilíbrio de mercado. Não há como nenhum dos fatores

---

de concorrência estabelecido entre eles, vocação que o habilitaria a buscar a correção dessas inconsistências e externalidades. Cf. COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

<sup>219</sup> COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

<sup>220</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 255.

<sup>221</sup> ARAÚJOR JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Dijissey Shikida. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57.

envolvidos (consumidores e empresários) influenciarem a precificação dos bens e recursos econômicos em tal estado de coisas<sup>222</sup>.

Em tal contexto, reconhece-se que, inclusive, a concorrência entre os agentes econômicos se estabelece de forma perfeita nas estruturas de mercado, no qual o sistema econômico é praticamente “forçado” a apresentar uma ótima alocação de bens e recursos econômicos, independentemente de fatores externos<sup>223</sup>.

Acontece que tal estado de funcionamento somente é alcançado se forem verificadas a presença de condições específicas nas estruturas do mercado: (a) ausência de barreiras ao ingresso dos agentes econômicos, inexistindo custos diferenciados a serem suportados pelos particulares interessados, assim como os competidores já estabelecidos também não sejam afetados; (b) homogeneidade dos produtos ofertados no mercado, de modo que o único dado informacional considerado será apenas a precificação dos bens e recursos, não havendo distinções entre os fatores de produção atribuídos aos competidores; e (c) a livre circulação de informações entre os agentes econômicos, para que estes sejam capazes de optar pela melhor decisão possível sem que tenham de assumir custos para obter essas informações<sup>224</sup>.

Como a precificação termina sendo o dado de relevância para examinar a existência de um cenário equilibrado de mercado<sup>225</sup>, dificilmente existirá algum agente econômico com poderio econômico suficiente para alterar essa lógica de equilíbrio, caso deseje impor uma política de preços específica – e desvinculada daquela construída pelos demais concorrentes<sup>226</sup>.

Acontece que, conforme já apontado, esse estado de mercado não existe na realidade prática do sistema econômico. Trata-se de um modelo verdadeiramente baseado

---

<sup>222</sup> ARAÚJOR JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Dijissey Shikida. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57.

<sup>223</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 81.

<sup>224</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 81.

<sup>225</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 55.

<sup>226</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 82.

em intenções ideais, mas, em contrapartida, absolutamente desvinculado do aspecto empírico manifestado pelas estruturas de mercado<sup>227</sup>.

Nada obstante a tal irrealismo, existe evidente utilidade na análise desse estado ideal e das condições pelas quais ele poderá se reproduzir: a uma, as condições de equilíbrio poderão auxiliar na análise dos diferentes mercados distribuídos pelos diversos sistemas sociais, alguns mais compatíveis, outros menos compatíveis; a duas, essas condições poderão servir de parâmetro para que seja estruturas políticas regulatórias destinadas a alcançar esse estado de equilíbrio<sup>228</sup>.

Sem essas condições ideais – que é o comum, o mercado termina concebendo arranjos intermediários utilizados para responder a ausência dessas circunstâncias, reduzindo a utilidade esperada das transações, fazendo prevalecer, por consequência, o resultado dessas imperfeições – as ditas “falhas de mercado”<sup>229</sup>.

Justifica-se, a partir de então, a atividade regulatória do Estado que deverá ser empreendida visando buscar garantir que o mercado retorne àquele estado de equilíbrio vislumbrado no plano ideal<sup>230</sup>. Afinal, cada função, tipo, escopo e forma de regulação dependerá necessariamente da falha de mercado que busca neutralizar e da natureza da repercussão ineficiente que ela irá causar no mercado<sup>231</sup>.

Dito isso, cabe especificar quais são aquelas tradicionais disfunções associadas ao funcionamento inadequado do mercado<sup>232</sup>. Com efeito, a primeira disfunção

---

<sup>227</sup> Partindo dessa percepção, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi acabam reconhecendo que “as condições para a existência de concorrência perfeita são, porém, muito fortes e dificilmente encontradas em sua completude na prática. Ninguém discorda disso”. Cf. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 61.

<sup>228</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 60-61.

<sup>229</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 82.

<sup>230</sup> STIGLITZ, Joseph. **Economics of the public sector**. 3 ed. New York/London: W.W Norton & Company, 2000. p. 77.

<sup>231</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 258.

<sup>232</sup> Em termos econômicos, é possível reconhecer a existência de falhas de mercado se justifica a partir dos resultados geralmente associados à discussão promovida a respeito dos obstáculos identificados nas estruturas de mercado para se alcançar o seu estado ótimo, conforme o critério de eficiência de Pareto, sendo utilizado, em tal método, a tradicional ferramenta da análise do equilíbrio parcial ou geral do sistema econômico. Cf. FIANI, Ronaldo. **Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras. Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência**. Brasília: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria\\_da\\_regulacao\\_economica.pdf](http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf). Acesso em: 10/07/2019.

geralmente abordada pelos economistas consiste no reconhecimento de que uma parcela elevada de poder de mercado pode ser assumida de forma individual (monopólios) ou de modo coletivo (oligopólios) pelos agentes econômicos envolvidos no segmento econômico em evidência<sup>233</sup>.

Essa falha de mercado geralmente está associada a estrutura imposta na realidade empírica analisada: deve haver uma atomização dos agentes econômicos envolvidos, tanto de compradores, como de vendedores, devendo ser evitada, a princípio, a existência de concentração em alguma dessas posições<sup>234</sup>.

Nessas situações, o critério de relevância utilizado para avaliar a existência de estrutura monopolista ou oligopolista corresponde ao grau de influência que o detentor do poder econômico pode exercer perante o mercado – a aptidão de modular a precificação acima do custo marginal, sobretudo nos preços que ele poderá praticar nas transações econômicas eventualmente efetivadas<sup>235</sup>.

No sentido inverso, com a redução do poder de mercado e o estabelecimento de uma maior competitividade entre os agentes, o preço dos produtos tende a se equalizar com o custo marginal da produção. Por consequência, o benefício marginal decorrente das transações tende a se aproximar com o resultado marginal da produção, de tal maneira que os consumidores e os produtores são igualmente beneficiados em seus interesses<sup>236</sup>.

Nesse ponto, cabe ao Estado intervir diretamente em tais estruturas visando assegurar a competitividade do mercado em que existe concentração de participação do mercado (*Market Share*). É o papel que é tradicionalmente atribuído às instituições estatais responsáveis pela condução das políticas de defesa da concorrência, ora promovendo a desconcentração empresarial, ora coibindo a realização de práticas anticompetitivas<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61

<sup>234</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

<sup>235</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

<sup>236</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61.

<sup>237</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 262.

Nada obstante, não se pode deixar de reconhecer que existem modelos produtivos cujas características impedem a acomodação de diversos produtores em regime de ampla concorrência. O critério de eficiência, em tais situações, conduz a conclusão de que seria mais adequada existência de um único agente produtor. Isso acontece porque essa modalidade de estrutura de mercado não comporta a coexistência de um grupo diverso de agentes econômicos que operam em segmentos de escala e escopo de maneira verdadeiramente eficiente<sup>238</sup>.

Logo, esses segmentos do mercado geralmente estão associados a modelagens produtivas que exigem, mesmo antes do início da atividade econômica, a disposição de elevados investimentos no estabelecimento da infraestrutura básica para iniciar a operação da atividade<sup>239</sup>.

Sendo assim, a exigência de que elevados aportes de investimentos sejam realizados pelos agentes interessados termina estabelecendo um conflito entre a exigência de um grau de competitividade na exploração dessa atividade, mediante a existência de um número elevado de agentes, e a principal consequência pretendida com a imposição desse grau de concorrência, a partir da diminuição dos custos de produção destinadas a viabilizar as transações econômicas<sup>240</sup>.

Nessas situações, a oferta dessa capacidade produtiva somente se justificada na hipótese de existir uma demanda igualmente estabilizada<sup>241</sup>. Evidentemente, a imposição de um maior número de produtores pode acabar tornando inviável a exploração desse tipo de atividade econômica, por impossibilitar a amortização dos altos investimentos já realizados<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudio. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 100.

<sup>239</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 263.

<sup>240</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 263.

<sup>241</sup> SANTOS JUNIOR, Fernando Lucena Pereira dos. **Imunidade recíproca e livre concorrência: considerações acerca de sua fruição por empresas estatais**. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 84.

<sup>242</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 100.

Por se tratar de monopólios naturalmente estruturados no mercado, em função das condições específicas subjacentes à atividade econômica a ser explorada, a intervenção estatal deve buscar a reprodução daqueles resultados que poderiam ser tipicamente alcançados caso fosse possível estabelecer um estado de competitividade, mesmo quando existe apenas um único agente produtor<sup>243</sup>.

Adentrando na questão dos bens econômicos de natureza pública, cabe especificar dois aspectos tradicionalmente atribuídos tal categoria de mercadoria: (a) a possibilidade de consumo não rival, sendo possível que este seja usufruído por um terceiro sem que o consumidor efetivo possa dele usufruir também; e (b) a possibilidade de consumo não exclusivo, quando a hipótese de exclusão de um consumidor pela sua impossibilidade de pagar são excessivamente elevados ou sequer podem ser precisados adequadamente<sup>244</sup>.

Nessas situações, a lógica reversa é que facilita a fruição indiscriminada desse serviço sem que exista um ganho marginal efetivo: o custo adicional de inclusão de um consumidor não pagante é praticamente inexistente. Daí que surge o problema dos consumidores “caroneiros”: “eles esperam se beneficiar do pagamento feito por outrem sem qualquer custo para si mesmo”.<sup>245</sup>

Logo, os benefícios decorrentes das transações realizadas para permitir a alocação desse tipo de bem terminam sendo inexistentes. Nem os consumidores são incentivos a compra-los, assim como os produtores não são estimulados a produzi-los<sup>246</sup>.

Em função de tal falha de incentivo, o Estado geralmente é compelido a adotar duas prováveis políticas de correção: (a) subsidiar a produção desse tipo de mercadoria, direta ou indiretamente, por meio da iniciativa privada; ou (b) assumir a prestação direta desse tipo de serviço por meio da despesa pública<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 263.

<sup>244</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 63.

<sup>245</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 63.

<sup>246</sup> MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010. p. 99.

<sup>247</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 63.

Com relação aos efeitos gerados a partir de um determinado comportamento econômico, é possível identificar a imperfeição do mercado quanto a alocação adequada dos resultados oriundos desse comportamento, quando se observa a repercussão externa desses efeitos. Ou seja, quando existem externalidades<sup>248</sup>.

Em certas situações, os benefícios de uma determinada transação poderão repercutir em favor de terceiros, que não estão envolvidos diretamente em tal relação; assim como os custos dessa mesma transação poderão transcender a esfera individual de cada um dos agentes envolvidos em tal relação econômica<sup>249</sup>.

Diz-se que existe uma externalidade positiva na primeira situação relatada, enquanto que a segunda situação relatada seria um inegável exemplo de externalidade negativa. Em ambas as situações, sejam efeitos negativos ou positivos, existe uma inequívoca perda de eficiência identificada na transação que originou a externalidade<sup>250</sup>, na medida em que nem os custos, tampouco os benefícios foram adequadamente internalizados pelos agentes responsáveis por esses efeitos externos.

A vista disso, caberá decidir se é adequada a intervenção estatal para buscar a internalização dos custos refletidos sobre a comunidade por meio das transações realizadas no mercado. Essa discussão foi abordada no célebre debate travado por Ronaldo Coase (*o problema do custo social*) e Arthur Pigou (*a economia do bem estar*), tendo a divergência se centralizado em definir qual seria o melhor mecanismo para se alcançar a melhor solução desse impasse: se a resolução do problema deveria ocorrer por meio da definição das causas e, conseqüentemente, intervenção estatal; ou por meio da cooperação entre os agentes envolvidos<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Dijissey Shikida. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.

<sup>249</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61.

<sup>250</sup> SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica**. 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017. p. 80.

<sup>251</sup> Ronald Coase assim definiu a problemática discutida a respeito de tal temática: “Este artigo se preocupa com os atos de firma de negócios que têm efeitos nocivos sobre terceiros. O exemplo clássico é o da fábrica cuja fumaça tem efeitos prejudiciais sobre aqueles que ocupam propriedades vizinhas. A análise econômica de tal situação é usualmente feita em termos de uma divergência entre o produto privado e o produto social da fábrica, na qual os economistas, em grande parte, têm adotado a proposta de Pigou em *The Economics of Welfare*. Esse tipo de análise parece ter levado a maioria dos economistas a concluir que seria desejável tornar o proprietário da fábrica responsável pelos prejuízos causados aos prejudicados pela fumaça; ou cobrar dele um tributo variaria de acordo com a quantidade de fumaça produzida e seria equivalente, em termos financeiros, aos prejuízos que causasse; ou, ainda remover a fábrica de áreas residenciais (e,

Por fim, mas não menos relevante, cumpre destacar a imperfeição de funcionamento associada a incompletude das informações sobre o custo marginais e os benefícios marginais relacionadas às transações realizadas no mercado e que são disponibilizadas aos agentes econômicos<sup>252</sup>.

A possibilidade de que o mercado venha a escamotear informações relevantes para os agentes é mais comum do que se poderia cogitar, como se pensava no período clássico<sup>253</sup>. Por vezes, o grau de ausência de informações é tamanho que chega a ser fator impeditivo de que as transações potencialmente viáveis não sejam realizadas em tal ambiente de incerteza<sup>254</sup>.

Nessas situações, os próprios agentes econômicos poderão adotar comportamentos destinados a reduzir a distribuição assimétrica de informações, como também poderá o Estado intervir para assegurar a existência de um equilíbrio informacional a ser fruído por todos os atores envolvidos nas relações estabelecidas por meio das estruturas de mercado<sup>255</sup>.

Enfim, alguma dessas imperfeições de funcionamento estarão presentes, em menor ou maior grau, nas estruturas de mercado estabelecidas em cada contexto político e social analisado. Partindo dessas circunstâncias, é que se poderá pensar em soluções estruturais a serem adotados para corrigir esses mecanismos falhos; e se as proposições apresentadas serão eficientes na busca da correção dessas falhas.

Logo, a necessidade de readequação persiste e cabe àquele que se dedica ao estudo da regulação estatal adotar analiticamente a melhor opção possível. Daí que se destaca o papel da intervenção estatal nas estruturas de mercado para buscar a correção

---

presumivelmente, de outras áreas em que a emissão de fumaça tivesse efeitos nocivos sobre terceiros). Minha opinião é de que os cursos de ação sugeridos são inadequados porque conduzem a resultados que não necessariamente, ou mesmo nem geralmente, são desejáveis” [...]. Cf. COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. In: COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 97.

<sup>252</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 259.

<sup>253</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 147.

<sup>254</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 63.

<sup>255</sup> SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica**. 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017. p. 82.

dessas falhas de funcionamento, desde que “cercadas das cautelas indispensáveis para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções maiores do sistema”<sup>256</sup>.

#### 4.3. A REGULAÇÃO ESTATAL COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: O DESENHO INSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO ESTATAL SOB O ENFOQUE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

Não é difícil notar que, diante de todo esse forte ceticismo acerca da efetiva utilidade das políticas regulatórias para aperfeiçoamento dos mercados<sup>257</sup>, se iniciou uma forte tendência de limitação cada vez maior às funções regulatórias que haviam sido atribuídas anteriormente ao Estado<sup>258</sup>.

Por isso, é que se diz que a “Era da Transição” foi marcada justamente por estabelecer um verdadeiro paradoxo regulatório: enquanto que as políticas regulatórias ainda avançavam, como se ainda persistisse um efeito derradeiro do período anterior, a tendência de implementação das metas de “desregulação” começava a assumir um destaque importante nas discussões travadas no âmbito da política econômica daquele novo período<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>257</sup> Esse ceticismo, segundo o que defende Mário Schapiro, decorreria da aplicação do fator político a compreensão dos mercados. Por isso é que esse ceticismo termina influenciando a concepção de falhas de governo, que é compreendida como um conjunto de proposições e avaliações que buscam expor as preocupações sobre as falhas da atuação do Estado sobre o sistema econômico, de forma que acabam gerando um altíssimo grau de desconfiança sobre essa capacidade estatal de intervir nas estruturas de mercado. Cf. SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 336 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 75.

<sup>258</sup> Abordando a relação entre a evolução histórica dos países, o desempenho do mercado e as políticas intervencionistas, Há-Joon Chang afirma que “[...] segundo se sustenta, grande parte das políticas intervencionistas vem sendo abandonadas em todo o mundo desde a ascensão do neoliberalismo, nos anos 80, que enfatiza as virtudes do Estado mínimo, das políticas do *laissez-faire* e da abertura internacional. No fim da década de 1970, o crescimento econômico começou a claudicar na maioria dos países em desenvolvimento, com exceção do leste e do sudeste asiáticos, que já vinham implementando políticas “boas”. Essa falta de crescimento, que se manifestou muitas vezes nas crises econômicas do início do decênio de 1980, evidenciou as limitações do intervencionismo e do protecionismo antiquado”. Cf. CHANG, Há-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004. p. 38.

<sup>259</sup> OGUS, Anthony. Regulation Revisited. In: **Public Law**. 2 ed. London: Sweet & Maxwell, 2009. Disponível em: <https://repub.eur.nl/pub/16031/A.%20Ogus,%20Regulation%20Revisited.pdf>. Acesso em: 19.07.2019. p. 335-336.

Se existia, de um lado, um modelo regulatório de bastante amplitude e intensidade que ainda era bastante robusto durante este período, também já havia a formação de um crescente ceticismo criado sobre a utilidade efetiva da função regulatória estatal, sobretudo pela identificação de relevantes falhas de governo identificadas durante a consolidação das políticas regulatórias<sup>260</sup>.

Em função disso, é que se observou, a partir de década de 1970, uma efetiva modificação relevante nos paradigmas adotados para a formação dos arranjos regulatórios geralmente utilizados nas políticas de intervenção estatal sobre as estruturas de mercado. Sob tal contexto, além da importante contribuição promovida pelos debates realizados nos espaços acadêmicos, as crises econômicas que eclodiram no cenário internacional durante esse período contribuíram de forma providencial para a imposição de barreiras cada vez mais rígidas ao avanço da regulação estatal<sup>261</sup>.

Esse cenário acabou gerando um amplo cenário de “desregulação” dos setores econômicos integrados ao mercado. Isso porque, “se a regulação favorecia os interesses da indústria, o movimento de desregulamentação seria contrário a esses interesses, pois tinha como objetivo suprimir regras de regulação e introduzir mais concorrência entre os agentes econômicos”<sup>262</sup>.

A implementação da “agenda de desregulação” estaria associada, por consequência, a desconstrução do cenário de dominação que os agentes regulados poderiam estar impondo contra os entes reguladores<sup>263</sup>.

Isso se daria, basicamente, mediante a adoção de duas preocupações: (a) o fortalecimento da capacidade dos próprios mecanismos internos do mercado em alcançar a correção de suas imperfeições e, assim, gerar o equilíbrio esperado – a valorização da autorregulação; e (b) a busca pela redução dos custos de transação dos agentes regulados, ora compensando-os com a concessão de incentivos para assumir atividades econômicas

---

<sup>260</sup> OGUS, Anthony. Regulation Revisited. In: **Public Law**. 2 ed. London: Sweet & Maxwell, 2009. Disponível em: <https://repub.eur.nl/pub/16031/A.%20Ogus,%20Regulation%20Revisited.pdf>. Acesso em: 19.07.2019. p. 335-336.

<sup>261</sup> COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

<sup>262</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 16.

<sup>263</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 16.

relacionadas a bens públicos ou monopólios naturais, ora reduzindo os entraves regulatórios para facilitar a cooperação entre os agentes e a realização de novas transações econômicas<sup>264</sup>.

Seja para suplantar as vicissitudes das políticas regulatórias, seja para evitar os custos excessivos associados às atividades regulatórias, a consolidação desse cenário implementou uma efetiva re-liberalização das estruturas de mercado, com a aprovação de propostas normativas destinadas a reduzir as restrições regulatórias ao livre funcionamento do sistema econômico – sobretudo, para facilitar o acesso e permanência aos mercados fortemente regulados, ou seja, buscar garantir, a princípio, mais concorrência e, conseqüentemente, mais eficiência em tais setores (aqueles relativos a produção de bens públicos e exploração de monopólios naturais)<sup>265</sup>.

Tal panorama de transição terminou fazendo com que os Estados se preocupassem, a partir de então, em redefinir o seu papel frente ao mercado. A incumbência da atuação estatal certamente deveria ser outra. Em alguns setores, deveria se promover a desregulação – com a redução de políticas regulatórias. Já em outros segmentos, o Estado deveria abdicar da exploração de determinadas atividades econômicas – com a privatização de suas estruturas. Disso, observa-se a existência de alguns resultados foram positivos em alguns tipos de arranjos propostos, como também a constatação de conseqüências efetivamente negativas. Ambas as experiências coexistiram durante a “Era da Desregulação”<sup>266</sup>.

O fato é que cada uma dessas conjunturas envolveu uma aplicação diferente da agenda de desregulação dos mercados. Não há dúvida, segundo tal parâmetro, que os fatores circunstanciais envolvidos durante esse processo de remodelagem certamente contribuíram para a redefinição da função regulatória atribuída ao Estado. Logo, o aspecto conjuntural foi inegavelmente importante para a conformação estabelecida para o Estado

---

<sup>264</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29-30.

<sup>265</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50.

<sup>266</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, **Cambridge Journal of Economics**, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 715-716.

Regulador na atualidade, até porque, “em todas essas histórias há importantes lições a serem aprendidas”<sup>267</sup>.

Com essa premissa, é que se buscará identificar aquelas bases pelas quais se fundou a consolidação de um verdadeiro “Estado Regulador” no contexto brasileiro. Esse cenário que, embora tenha relação com o debate da regulação econômica no cenário norte-americano e europeu, certamente se distingue do contexto subjacente a discussão teórica conduzida em tais conjunturas.

#### **4.3.1. O panorama: as políticas de liberalização (desregulação e desestatização) no cenário econômico da atualidade e a formação do Estado Regulador do Brasil**

Mais relevante do que buscar a politização do debate relacionada a formação do Estado Regulador no Brasil<sup>268</sup>, é necessário tentar compreender como o contexto conjuntural subjacente influenciou no desenrolar de tal processo, conforme já antecipado na seção acima.

Mesmo porque, as duras críticas concebidas contra o fenômeno da liberalização econômica foram conduzidas sob a premissa de que a desconfiança estabelecida em face da regulação estatal não considerava, de modo efetivo, a abrangência e a intensidade do contexto institucional no qual estavam inseridas as políticas regulatórias empiricamente examinadas<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> MOTTA, Ronaldo Seroa; SALGADO, Lucia Helena. Introdução. In: MOTTA, Ronaldo Seroa; SALGADO, Lucia Helena (Org.). **Marcos regulatórios: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005. p. 13.

<sup>268</sup> De um lado, existem aqueles que desferiram severas críticas a formatação do Estado Regulador após a promulgação da Constituição Federal, na medida em que todas as declarações de direitos, garantias e liberdades individuais presentes no texto constitucional acabaram “engolidas pela máquina interventiva, monopolista, cartorialista e paternalista, imaginada para o Estado brasileiro”. Todas essas diversas modalidades de interferências estatais no sistema econômico obstaculizariam o “progresso que a redemocratização deveria ter varrido com o autoritarismo que permitiu que se acumulassem”. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e a economia na Constituição de 1988, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, pp. 5-20, abr./jun., 1989. p. 16. ;19. Por outro lado, há aqueles que houve uma verdadeira “fragilização” do Estado Social no Brasil desde as Constituições Federais anteriores. Isso porque o modelo do “Welfare State” estaria sendo substituído por um padrão estatal mais reduzido, de modo a afastar o padrão de intervenção estatal outrora desenhado, por razões mais ideológicas e econômicas, do que por outros fatores, já que esse modelo seria “fruto de uma ideologia neoliberal”. Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: ELALI, André; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 169-170.

<sup>269</sup> FIANI, Ronald. Afinal, a quais interesses serve a regulação?, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 13, n. 2 (23), pp. 81-105, jul./dez. 2004. p. 98.

E esse fator acabava por reduzir substancialmente a utilidade dos modelos desenvolvidos sob tal pressuposto, especialmente quando fossem utilizados na análise dos processos concretos de regulação estatal do mercado. Na verdade, as próprias análises empíricas demonstravam, em contrapartida, que a captura das estruturas regulatórias não se apresenta de forma tão frequente quanto se pensa, justamente porque o fator político e conjuntural exerce um papel relevante nas decisões estatais adotadas em termos de políticas regulatórias<sup>270</sup>.

Somente quando se considera esses elementos conjunturais acerca do fator institucional envolvido na regulação econômica é que se pode chegar ao resultado de captura das estruturas regulatórias, de regras contrárias aos interesses dos entes regulados ou de conflito entre diversos órgãos reguladores<sup>271</sup>. O que se observa, em termos objetivos, é que a complexidade dos interesses contrapostos em dialogo institucionalmente formado pelos grupos de pressão termina influenciando diretamente na tessitura das políticas regulatórias<sup>272</sup>.

Vale salientar, inclusive, que o próprio Richard Posner já defendia a falta de sustentação lógica do ceticismo radical de George Stigler ao excluir a possibilidade de que a sociedade pudesse organizar “instituições que capacitem considerações genuínas de interesse público a influenciar a formação de políticas públicas”. Um exemplo dessa exceção seria a própria configuração de um “Judiciário Independente” na Constituição Americana. Isso aconteceria porque, em alguns assuntos, o grupo de interesse responsável por pressionar os agentes políticos seria constituído por toda a coletividade, circunstância que debilitaria certamente o conceito de grupo de interesse por “implodi-lo dentro da teoria do interesse público”<sup>273</sup>.

Por isso, é que o próprio Sam Peltzman<sup>274</sup>, ao reformular as bases da teoria econômica da regulação, afirma que este corpo teórico, apesar de sugerir, em

---

<sup>270</sup> FIANI, Ronald. Afinal, a quais interesses serve a regulação?, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 13, n. 2 (23), pp. 81-105, jul./dez. 2004. p. 98.

<sup>271</sup> FIANI, Ronald. Afinal, a quais interesses serve a regulação?, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 13, n. 2 (23), pp. 81-105, jul./dez. 2004. p. 102.

<sup>272</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 54.

<sup>273</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 67.

<sup>274</sup> Sam Peltzman, ao lado de Gary Becker, foi responsável por reformular as bases lançadas por George Stigler a respeito do ceticismo sobre o fenômeno regulatório, considerando, inclusive, algumas das críticas

determinadas situações, a leitura correta de um dado processo regulatório não consegue explicar, em outras hipóteses, alguns pontos importantes sobre tal fenômeno, sobretudo aqueles referentes ao desenho das instituições de cunho regulatório e a capacidade de adaptação dos setores regulados<sup>275</sup>

Contrariando, portanto, a lógica imutável proposta por George Stigler, Sam Peltzman termina reconhecendo que a desregulação, embora seja uma “resposta plausível para as forças que queriam mudanças regulatórias”, não era a única resposta possível na grande maioria das evidências empíricas analisadas ao longo da “Era da Desregulação”<sup>276</sup>.

Infere-se, disso tudo, a relevância do fator institucional e conjuntural na eventual (re)definição do papel que o Estado irá assumir frente ao mercado. E tal perspectiva se revelou de forma bastante evidente no fenômeno associado à remodelagem aplicada ao padrão estatal brasileiro nas últimas décadas. Afinal, o despertar desse novo cenário histórico, político e institucional, ao ter se expandido na esfera internacional durante a metade do século XX em diversos países, certamente afetou esse processo de redefinição da atuação estatal no sistema econômico estabelecido no Brasil<sup>277</sup>.

---

que já haviam sido realizadas por Richard Posner. A contribuição de Peltzman teria se baseado justamente na concepção de que existiria uma verdadeira de “coalização de interesses” na disputa das decisões políticas de cunho regulatório, e não apenas aquele binômio relacional entre regulador-regulado, de forma tal que todos acabam sendo “vencedores” e “perdedores” em tal disputa, em maior ou menor grau. Cf. PELTZMAN, Sam. Toward a More General Theory of Regulation, *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 19, n. 2, pp. 211-24, aug., 1976. p. 240. Já Gary Becker foi responsável por incluir o fator “eficiência” na análise da disputa promovida pelos diversos grupos de interesses que pretendem influenciar o jogo político, de modo que aqueles mais capazes de exercer uma pressão política robusta poderão influenciar cada vez mais a modelagem das políticas regulatórias, desde que essa influência seja responsável por aumentar os níveis gerais de bem-estar, com a correção derivada, por exemplo, de falhas de mercados. Esse seria o fator responsável por definir o grau de eficiência de uma influência política que terminasse se colocando em mais evidência (se o grau de influência reduzir o bem estar do equilíbrio social, as influências dos grupos menos influentes serão mais impactantes, caso não houvesse essa redução de bem estar). Cf. BECKER, Gary. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, aug., pp. 371-400, 1983. p. 396.

<sup>275</sup> PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 123.

<sup>276</sup> PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 123-124.

<sup>277</sup> Abordando a questão da gênese histórica do Estado Moderno e as implicações das tradições na modelagem clássica da atuação estatal, Fernando Araújo reconhece que a evolução do fator político e ideológico na construção dos modelos de sociedade interferiu de modo mais contundente do que as tradições clássicas na ressignificação da atuação estatal frente ao mercado. Um exemplo disso seria justamente esse processo de avanço da regulação e, depois, de desregulação verificado na segunda metade

Como a modernização do sistema econômico brasileiro se viabilizou por intermédio de um fortalecimento das empresas estatais, assim como aconteceu na maioria dos países da América Latina, esse processo de redefinição do papel do Estado aconteceu por meio da adoção dos métodos implementados tradicionalmente na iniciativa privada e fundados sob o pressuposto fundamental da economia de livre mercado, sobretudo os critérios de eficiência, racionalidade e simplificação, na esfera de atuação do setor público. Daí que foram gestados os novos parâmetros destinados a desenhar o quadro institucional subjacente a essa proposta reformista e as políticas regulatórias derivadas desse processo<sup>278</sup>.

Aliás, foi com a implementação dessa agenda reformista que se pôde adotar um conjunto de modificações relacionadas ao novo quadro institucional que se buscava estabelecer na esfera pública do Brasil.

Segundo um dos seus principais idealizadores, Luis Carlos Bresser-Pereira, essa agenda de reformas visava promover a alteração em dois dos pilares responsáveis por estruturar a administração pública tradicional do Brasil: (a) a imposições de critérios de racionalidade e governança na gestão pública, que são próprios da iniciativa privada; e (b) a redução da participação do Estado aos setores que envolvem essencialmente um interesse estatal, deixando à iniciativa privada responsável por aqueles espaços da sociedade que lhe são estritamente pertinentes, especialmente o sistema econômico<sup>279</sup>.

Por tal razão, é que se adotou um conjunto de medidas destinadas a viabilizar a implementação dessas reformas na administração pública brasileira<sup>280</sup>. De um lado, a

---

do Século XX. Cf. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 48-49.

<sup>278</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 336 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 153.

<sup>279</sup> Luis Carlos Bresser-Pereira foi um dos principais idealizadores da agenda de reformas conduzidas no Estado Brasileiro durante a década de 1990, durante o período do mandato presidencial de Fernando Henrique Cardoso. Cf. BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Instituições, bom estado e Reforma da Gestão Pública. In: In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 13.

<sup>280</sup> Nesse contexto, Vladimir França destaca a introdução do “princípio da eficiência” no texto constitucional brasileiro como um dos verdadeiros paradigmas dessa reforma institucional pela qual passou o Estado brasileiro desde a década de 1990, quando se buscou dar “respostas às acusações de praxe contra a administração pública brasileira, tais como a corrupção, nepotismo, baixa qualidade dos serviços públicos, estabilidade do servidor como mordomia, salários exorbitantes, etc”. Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 165-177, abr./jun., 2000. p. 165-166.

reorganização administrativa, com a implementação de novos mecanismos de gestão na esfera pública. De outro lado, a estruturação de uma política de privatizações, a abertura de capital das empresas estatais e a construção de uma governança regulatória para adequar melhor a atuação estatal na esfera econômica<sup>281</sup>.

Essa alteração do quadro institucional tradicional visava afastar, sobretudo, aqueles efeitos negativos que decorriam de uma atuação estatal excessiva e dispendiosa em espaços inequivocamente não públicos, readequando-se o modelo tradicional em duas frentes: (a) a adoção de padrões de eficiência e racionalidade, para redesenhar o modelo ineficiente de burocracia estatal, tornando-o adequado para a busca de um melhor desempenho econômico; e (b) com a implementação de um verdadeiro ajuste fiscal de caráter duradouro, para afastar o risco de crises conjunturais, todas baseadas, na maioria das situações, em situações de dispêndio público excessivo, decorrente do esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado e do modelo burocrático de gestão pública<sup>282</sup>.

Sendo assim, ao ter implementado uma agenda de reformas tendentes a revisar o papel do Estado perante as relações econômicas, à luz das premissas do “desencanto do providencialismo keynesiano” e do “surgimento do gerencialismo estatal” verificadas durante tal percurso<sup>283</sup>, o Estado buscou, enfim, ressignificar as suas funções com o propósito de se desprender “da condição de provedor direto”, dando lugar à posição de “regulador e indutor dos processos de mercado”<sup>284</sup>.

Portanto, a conjugação de todas essas condições socioeconômicas favoreceu a construção da figura do Estado Regulador no Brasil. Foi justamente esse panorama conjuntural que permitiu despontar tal modelo de atuação estatal redimensionado frente às estruturas de mercado. No dizer de Marcos Nóbrega:

---

<sup>281</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 336 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 155.

<sup>282</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 35-36.

<sup>283</sup> ARAUJO, Fernando. Apresentação. In: NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 16-17.

<sup>284</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 336 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 156.

Trata-se de uma mudança de paradigmas do Estado e da administração pública. Quanto ao Estado, deixa de ser prioritariamente intervencionista para tornar-se regulador. Abandona a missão de produtor de bens e serviços e passa a ser regulador do processo de mercado. Claro que essa transição não é fácil, pois a montagem de uma estrutura de regulação é tarefa complexa que envolve problemas de assimetria de informações, necessidade de instrumentos de controle eficientes e participação da sociedade civil na implantação do novo modelo.

Desse modo, não houve apenas uma alteração de paradigma moldado a partir do debate político e econômico travado durante tal período, mas também a assimilação de um novo modelo institucional destinado essencialmente a ressignificar a forma de atuação estatal sobre o domínio das relações econômicas<sup>285</sup>.

Em que pese ser inegável a influência imposta pelas experiências vivenciadas tanto em função do cenário de privatizações ocorrida na Europa, como por causa do contexto de desregulação e re-regulação verificado nos Estados Unidos<sup>286</sup>, evidencia-se ser prudente reconhecer, diante de todas essas ponderações, que o fator circunstancial do cenário brasileiro repercutiu diretamente na assunção desse novo paradigma pelo Estado Brasileiro: aquele de assumir a feição de um Estado Regulador.

Sob tal pano de fundo, é que Paulo Todescan Lessa Mattos acaba chegando à seguinte conclusão:

A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização – PND, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente regulador da atividade econômica, voltando-se, com o desmantelamento do aparato burocrático que caracterizou o modelo de Estado regulador até então existente, para criação de órgãos reguladores com autonomia decisória em relação à administração direta e mudanças nas técnicas administrativas de regulação da economia.

Se adotamos a premissa de que a regulação estatal pode ser igualmente compreendida a partir de critérios externos ao quadro institucional estabelecido voluntariamente pela sociedade responsável, convém reconhecer que tal abordagem deve ser levada em consideração no aprofundamento da compreensão que será desenvolvida acerca do estatuto fundamental responsável por justificar institucionalmente o exercício da função interventiva atribuída ao Estado Regulador concebido no Brasil.

---

<sup>285</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 137.

<sup>286</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 138.

Será com essa perspectiva que se buscará identificar aquelas balizas fundamentais presentes em tal estatuto fundamental – a Constituição Econômica – responsáveis por estabelecer os limites e possibilidades de atuação estatal nas estruturas estabelecidas pelo mercado brasileiro, tanto para delimitar um modelo adequado de intervenção estatal sobre o sistema econômico, como para conformar a realidade econômica subjacente de modo eficiente e racional<sup>287</sup>.

#### **4.3.2. A teorização jurídica da regulação econômica: da atuação estatal à intervenção estatal no domínio das relações econômicas**

Como se observou da subseção anterior, o fenômeno da regulação estatal é tradicionalmente abordado pelos teóricos econômicos sob o parâmetro da tensão existente entre a atuação estatal e o funcionamento do mercado. Nesse panorama, a abordagem econômica detém a pretensão de examinar analiticamente esse objeto para inferir conclusões, sobretudo, acerca de dois principais problemas.

Vale destacar, antes disso, que a concepção de regulação econômica utilizada neste estudo foi aquela mais ampla possível, de forma semelhante aquela concebida pelos estudiosos da economia<sup>288</sup>. Um exemplo disso é a noção apresentada por Richard Posner: a expressão “regulação econômica” se refere a todas as modalidades de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica<sup>289</sup>.

Com esse panorama, ter-se-ia, de um lado, a indagação sobre a necessidade de uma atuação estatal na economia, de modo a avaliar a adequação do agir estatal para influenciar as relações econômicas. Por outro lado, se considerarmos que a atuação estatal já constitui um dado empírico presente na realidade econômica, a análise deveria se concentrar no exame de utilidade da atuação estatal frente as relações econômicas, de

---

<sup>287</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 11.

<sup>288</sup> É pertinente, de certo modo, a crítica apresentada por Egon Bockmann Moreira que, analisando a discussão subjacente a esse enfoque conceitual, reputa ser inadequada a utilização de uma noção alargada de regulação econômica, quando aplicada ao cenário brasileiro, na medida em que tal conceito parte da premissa de que a atuação estatal de caráter produtivo é regra excepcionalíssima para essa definição, circunstância que, além de contrariar o fator histórico da regulação estatal no cenário brasileiro, é incompatível com a disciplina institucionalmente estabelecida para intervenção estatal do Brasil. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 197.

<sup>289</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50.

modo a avaliar se essa interferência poderia constituir uma ameaça às bases concretas exigidas para o livre funcionamento das estruturas de mercado.

Do ponto de vista da abordagem econômica, observou-se que, muito embora exista uma tendência de antagonizar as alternativas existentes, a hipótese mais adequada de se conceber a regulação estatal do mercado seria aquela capaz de compatibilizar esse “dualismo” colocado de modo aparente em tal discussão, de tal maneira que fosse possível equacionar, por consequência, a possibilidade de atuação estatal com a imposição de limites adequados para a evitar o surgimento de inoperacionalidades dessa ingerência estatal.

Até porque, as imperfeições do mercado permaneceriam incontornáveis sem a promoção desse tipo de controle estatal. E o Estado, por sua vez, também teria de abdicar da possibilidade de exigir algum tipo de padrão mínimo de funcionamento do mercado, bem como das expectativas depositadas com os efeitos gerados a partir do surgimento de novas relações econômicas<sup>290</sup>.

Sendo essa a opção *second best* vislumbrada por Marcos Nóbrega, em que se considera a existência de falhas de mercado, mas também não se esquece o risco do surgimento de falhas de governo, a regulação estatal deveria ser justificada para buscar a correção dessas imperfeições, legitimando-se a atividade de intervenção, em contrapartida, pela minimização das deficiências regulatórias identificadas durante o desempenho dessa missão institucional<sup>291</sup>.

Com base em tal percepção, é que Cass Sustein, ao abordar a questão dos paradoxos regulatórios, defende que não se pode nem abandonar a prerrogativa institucional de buscar a correção das imperfeições do mercado, de modo a retornar ao *status quo* do liberalismo econômico do período clássico, nem tampouco permitir a manutenção da inércia estatal diante das deficiências decorrentes de estratégias inadequadas adotadas no exercício da função regulatória que lhe foi atribuída<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário – Um “Vol D’oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro. In. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo. **Filosofia e Teoria Geral do Direito – Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior por seu Septuagésimo Aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 425.

<sup>291</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 13.

<sup>292</sup> SUSTEIN, Cass. **Paradoxes of the Regulatory State**, *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, pp. 407-441, 1990. p. 408.

A experiência, desse modo, deveria ser levada em consideração para o dimensionamento de mecanismos internos de aperfeiçoamento das estratégias regulatórias adotadas, a fim de reduzir o tanto quanto possível os efeitos adversos dessas falhas de governo ou, quem sabe, até evitar a sua ocorrência na realidade<sup>293</sup>.

Permitir-se-ia, com a adoção desse novo paradigma, a construção de um modelo regulatório que não seria inviabilizado pela excessiva ingerência estatal, quando utilizado para refletir aspirações meramente eleitoreiras, ainda que relacionadas à promoção do bem-estar ou da igualdade distributiva, e que poderia assimilar as principais características de um mercado que desempenha um funcionamento adequado – flexibilidade, adaptabilidade, produtividade e descentralização<sup>294</sup>.

Esse que deve ser o paradigma extraído da abordagem econômica e responsável por conduzir uma leitura ponderada do quadro institucional responsável por funcionalizar a regulação estatal do mercado.

Isto é, essa deve ser a base fundante da teorização jurídica e institucional da regulação estatal no domínio das relações econômicas: a de uma interferência “sensata” sobre o mercado, demandando, sempre, a busca por uma situação de equilíbrio e de bom senso no grau de ingerência, de tal maneira que a intervenção sempre deverá acontecer de forma efetiva e firme, mas apenas quando for estritamente necessária as causas que a justificaram, sob o viés do parâmetro institucional a ser utilizado nas situações concretas<sup>295</sup>.

Trata-se de um paradigma pautado por um comedimento interventivo, sem abdicar da firmeza e da objetividade no atingimento dos fins estabelecidos, mantendo, em contrapartida, a cautela e a coerência inerente ao exercício dessa missão institucional<sup>296</sup>.

Até porque, não se pode esquecer que toda ingerência estatal nas estruturas de mercado termina sendo assimilada pelos agentes econômicos, na condição de verdadeiros

---

<sup>293</sup> SUSTEIN, Cass. **Paradoxes of the Regulatory State**, The University of Chicago Law Review, v. 57, n. 2, pp. 407-441, 1990. p. 441.

<sup>294</sup> SUSTEIN, Cass. **Paradoxes of the Regulatory State**, The University of Chicago Law Review, v. 57, n. 2, pp. 407-441, 1990. p. 441.

<sup>295</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 249.w\

<sup>296</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 249-250.

custos associados às relações econômicas – os custos de transação. Isso pode tornar o ambiente institucional desfavorável à facilitação da reprodução das relações econômicas.

Com isso, se não conduzida pelos critérios da sensatez e da racionalidade, qualquer que seja a finalidade adotada para uma eventual intervenção estatal promovida no domínio econômico poderá torna-lo um ambiente institucional desfavorável ao surgimento de novas relações econômicas, sobretudo porque essa justificativa sempre implicará na imposição de novos custos de transação que serão inevitavelmente suportados pelos agentes econômicos<sup>297</sup>.

Logo, o Estado Regulador analisado sob esse parâmetro da sensatez interventiva acabará sendo, também, um Estado Subsidiário, segundo o que propõe Marçal Justen Filho<sup>298</sup>. Um Estado cujo quadro institucional tende a racionalizar a intensidade e abrangência da intervenção estatal no domínio das relações econômicas<sup>299</sup>. A prioridade será da iniciativa privada, portanto, sendo a seletividade a lógica do seu funcionamento, enquanto corolário direto da própria conotação da hipótese de intervenção estatal na economia<sup>300</sup>.

Uma vez traçado o pano de fundo relacionado à regulação estatal nas estruturas de mercado, cabe adentrar no estudo analítico do quadro normativo- institucional destinado a balizar o exercício da função interventiva pelo Estado Regulador Brasileiro.

---

<sup>297</sup> Nesse sentido, Gustavo Binenbojm é enfático ao afirmar que “para cada uma das propostas regulatórias possíveis, há custos que serão arcados por alguém e produzirão, de igual modo, incentivos e consequências diferentes para os agentes econômicos atingidos pela medida regulatória”. Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 196.

<sup>298</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 864.

<sup>299</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto, ao levar em consideração esses limites impostos ao exercício da atividade regulatória, reconhece que “tanto a abrangência, quanto a intensidade da atividade regulatória há de ser balizada pela prudência e parcimônia. Inclusive para não esvaecer a contundência e a eficácia do remédio”. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=70>. Acesso em: 21.07.2019. p. 21.

<sup>300</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 64.

Nota-se a relevância, nesse ponto, que o Direito Econômico assume para a regência da atividade interventiva atribuída ao Estado<sup>301</sup>.

Segundo disse Fábio Konder Comparato, o Direito Econômico é indispensável em função da sua capacidade de “traduzir normativamente os instrumentos de política econômica”. Ao conjugar instrumentos típicos dos mais diversos segmentos do sistema jurídico, o direito econômico permite que sejam aperfeiçoados os mecanismos institucionais colocados à disposição do Estado, adequando-os aos seus objetivos estritamente concretos<sup>302</sup>.

Egon Bockmann Moreira, em decorrência de tal percepção, defende justamente que “o Direito Econômico não derroga o Direito Privado (Civil, Comercial e desdobramentos), que envolvem negócios jurídicos com efeitos econômicos”. Na realidade, o que se promove é o enfoque econômico nos diversos segmentos das disciplinas jurídicas, de modo que o Direito Econômico acaba envolvendo os assuntos sujeitos à disciplina jurídica desses outros subsistemas jurídicos, inclusive de caráter público<sup>303</sup>.

Pela relevância social desse quadro institucional, o sistema jurídico acaba reservando um regime jurídico próprio, incorporando, por vezes, algumas normas dotadas de caráter público, para esses elementos fáticos relacionados ao sistema econômico<sup>304</sup>. Daí que se consegue compreender a justificativa para a definição de Direito Econômico como aquele subsistema responsável por definir “as regras jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado na economia”<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> É interessante a posição de Diogo Coutinho a abordar a dimensão institucional do Direito Econômico. Segundo tal perspectiva, o Direito Econômico se prestaria, de um lado, a criar e alterar arranjos institucionais pelos quais políticas públicas são estruturadas e implementadas para dar efetividade à Constituição Econômica – o núcleo normativo do Direito Econômico no plano constitucional. De outro lado, o direito econômico poderia criar, procedimentalmente, canais de participação social nessas políticas com a função de legitimá-las. Cf. COUTINHO, Diogo. O Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento, **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, jan./jun., pp. 214/216, 2016. p. 222.

<sup>302</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 472-471.

<sup>303</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 76-78.

<sup>304</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 77.

<sup>305</sup> MONCADA, Luís Cabral. **Direito económico**. 5 ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 16.

Se adotamos a premissa de que a Constituição Positiva constitui o mecanismo interno responsável por assegurar a coerência e unidade do sistema jurídico, como um todo normativo, deve-se reconhecer que a Constituição Econômica assume a importante função de estabelecer as possibilidades e os limites da intervenção estatal no domínio das relações econômicas, na medida em que consiste no arcabouço fundamental estatuído com essa finalidade<sup>306</sup>.

Até porque, caso consideremos que os próprios estudiosos do sistema econômico reconhecem que a Constituição como um verdadeiro dado empírico do estudo econômico, essa relevância chega até mesmo a ser reforçada pela contribuição dada pela Constituição Econômica na formação de um ambiente institucional compatível com às demandas apresentadas pelo sistema econômico<sup>307</sup>.

Sendo assim, uma abordagem que pretende compreender a estruturação institucional da regulação estatal sempre deverá se iniciar com um estudo analítico da Constituição Econômica, que compõe justamente a base fundamental de regência da atividade regulatória atribuída ao Estado Regulador do Brasil<sup>308</sup>.

Traduzindo a temática da regulação econômica para uma linguagem institucional estabelecida pelo sistema jurídico brasileiro, cumpre estabelecer, em primeiro plano, uma concepção mais geral de ingerência estatal sobre as relações econômicas – e, por consequência, mais compatível à noção ampla construída pela abordagem econômica: a de intervenção econômica, sendo a qual o manejo de mecanismos jurídico-institucionais que possibilitem a interposição do autoridade pública

---

<sup>306</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

<sup>307</sup> Richard Posner, nesse sentido, defende que “[...] a proteção efetiva de direitos econômicos básicos promove o crescimento econômico. Embora a proteção básica de tais direitos seja tradicionalmente uma função de uma lei estadual ou lei federal, a Constituição não é irrelevante para essa função”. Desse modo, a Constituição ao exercer um papel de garantia de direitos, com a limitação da soberania estatal e a provisão de serviços governamentais, incluindo-se, nesse rol de serviços, um sistema judicial dotado de efetivo poder de polícia, que será responsável por assegurar a proteção dos direitos de propriedade e da força dos contratos, acaba contribuindo para que esses direitos sejam exercidos de forma eficiente. Cf. POSNER, Richard. The Constitution as na Economic Document, **The George Washington Law Review**, v. 56, n. 1, nov., pp. 04-38, 1987. p. 28.

<sup>308</sup> Seguindo essa perspectiva, Juarez Freitas defende que deve existir um modelo de regulação constitucionalmente orientada, cuja capacidade efetividade deverá ser capaz de, além de corrigir as imperfeições do mercado, evitar aqueles modelos conduzidos por um ceticismo regulatório que apenas contribuem para as disfuncionalidades do mercado, pois a carência regulatória, por outro lado, somente reforça as patologias do sistema econômico. Cf. FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e principais vieses. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. p. 94.

nas estruturas de mercado, modulando as relações econômicas estabelecida entre os particulares, os comportamentos primários destes ou os resultados oriundos dessas condutas, na busca de efeitos com repercussões no plano micro ou macro do sistema econômico<sup>309</sup>.

Essa concepção de intervenção estatal envolve, em específico, a possibilidade de assunção de posição econômica pelo Estado, não baseada no poder decorrente da sua participação no mercado, mas sim no poder institucional outorgado por toda a coletividade. Sendo assim, tal poder institucionalizado decorre precipuamente das implicações derivadas da Constituição Econômica, mas também pode ser legitimado por outras instituições normativas presentes em todo o sistema jurídico<sup>310</sup>.

Ademais, é importante ressaltar que a compreensão mais ampla desse fenômeno da intervenção estatal sobre as estruturas de mercado termina contemplando “toda e qualquer forma de ingerência e interação do Estado no domínio econômico e nos negócios econômicos das pessoas privadas, de molde a constrange-las a alterar a concepção original de suas condutas econômicas (ou o resultado delas)”<sup>311</sup>.

Sendo assim, a intervenção estatal na estrutura econômica engloba, no dizer de Egon Bockmann Moreira<sup>312</sup>:

o exercício da atividade econômica propriamente dita (através de empresas estatais ou pela *régie directe*), a sua regulação normativa e a atividade administrativa concreta delas derivadas (ou a elas ínsitas), bem como o poder de polícia administrativa no controle, fiscalização e punição dos desvios.

A relevância desse enfoque conceitual de intervenção estatal no domínio econômico se justifica pois permite que a eficácia da aplicação dessa medida interventiva seja compatível com uma finalidade previamente desejada. Sendo assim, não se qualifica como intervenção estatal sobre o domínio das relações econômicas, por exemplo, uma

---

<sup>309</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 152.

<sup>310</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 152.

<sup>311</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 153.

<sup>312</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 153

ingerência estatal decorrente de uma modificação do ambiente institucional despropositada economicamente<sup>313</sup>.

Tem de haver, portanto, a presença de uma finalidade subjacente que seja capaz de legitimar a adoção da medida interventiva pelo Estado sobre o domínio das relações econômicas. Essa perspectiva pode ser aplicada, inclusive, não apenas nas situações nas quais envolvam a imposição de condutas aos particulares, mas também quando se incentiva a adoção de comportamentos estimulados pela medida interventiva aplicada<sup>314</sup>.

O estímulo estatal de um agir econômico adotado pelos agentes particulares também está abrangido, portanto, por uma eventual medida interventiva. É aquilo que Eros Grau qualifica de “intervenção por indução”, quando o Estado “manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados<sup>315</sup>”.

Nada obstante, é de fundamental importância lembrar que sempre haverá um grau mínimo de “constrangimento” pelo Estado para que seja adotada a medida pretendida com o estímulo estatal efetivado sobre o mercado. Por tal razão, é que se reconhece, mesmo em tais situações, o exercício de um poder econômico concebido por razões institucionais, que termina rivalizando com o poder econômico reunido pelos agentes particulares, dada a sua participação no mercado<sup>316</sup>.

Ademais, a escolha de eventual estratégia interventiva caberá ao Estado Regulador no exercício de seus atributos institucionais. De certo modo, a estratégia interventiva eventualmente selecionada dependerá bastante de uma análise pragmática, geralmente conduzida por um viés contextual e consequencialista, na qual se deverá levar

---

<sup>313</sup> Segundo o que defende Eros Grau, a condição de intervenção estatal somente pode ser verificada naquelas situações em que se constatar uma atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Caso contrário, estar-se-á diante de uma mera atuação estatal, a qual, por ostentar um sentido mais amplo, pode conotar uma ação estatal tanto na área de titularidade própria (um serviço genuinamente público, por exemplo), como também em área de titularidade da iniciativa privada. Logo, a atuação estatal na esfera econômica constitui gênero do qual a intervenção estatal é espécie. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 92.

<sup>314</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 153.

<sup>315</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 147.

<sup>316</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 156.

em consideração o leque de possibilidades e limites previstos no quadro institucional aplicado<sup>317</sup>.

Aliás, a própria Constituição Econômica confere essa razoável “margem empírica de apreciação”, em seus Artigos 170<sup>318</sup>, 173<sup>319</sup> e 174<sup>320</sup>, todos conjugados de modo sistêmico, facultando-se, desse modo, ao Estado Regulador Brasileiro a possibilidade de adotar a estratégia regulatória que entender adequada para a situação concreta se apresentar na realidade analisada, quando estiver na condução das medidas interventivas que poderão ser promovidas sobre a realidade econômica subjacente<sup>321</sup>.

Não se pode deixar de ressaltar, em contrapartida, a importância de que seja ponderada a aplicação de alguns critérios bastante pertinentes pelo Estado Regulador, durante o processo de escolha da estratégia interventiva que se revelar mais adequada para a realidade econômica a ser afetada.

Segundo Gustavo Binjenbojm, o primeiro critério seria a relevância de se identificar claramente a finalidade socialmente desejada com a intervenção estatal proposta, devendo-se fazer o cotejo analítico dos níveis de eficiência derivados das hipóteses consideradas em tal análise, entre todas as disponíveis, para se alcançar o resultado desejado. Já o segundo critério seria a necessidade de avaliação das variáveis temporais e de intensidade relativos ao contexto no qual está inserida a situação sobre a qual irá repercutir a medida de intervenção selecionada. Por fim, o terceiro critério estaria associado a análise de custos e benefícios envolvidos à eficácia da medida interventiva pretendida, na medida em que esses custos serão assumidos por alguém, de modo que

---

<sup>317</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163.

<sup>318</sup> Cf. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

<sup>319</sup> Cf. 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.

<sup>320</sup> Cf. 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.

<sup>321</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163

também poderão gerar outros estímulos para os agentes envolvidos pela mesma medida interventiva escolhida<sup>322</sup>.

Logo, nota-se que a intervenção econômica eventualmente promovida pelo Estado Regulador se funcionaliza a partir dos efeitos gerados sobre as relações de mercado, ora produzindo efeitos imediatos na definição da conduta dos agentes econômicos, ora ocasionando consequências derivadas da opção econômica adotada pelos agentes<sup>323</sup>.

Em ambas as hipóteses, espera-se que, de todo modo, a intervenção estatal promovida seja efetiva para as justificativas adotadas, produzindo os efeitos esperados com a concretização dos efeitos desejados.

#### **4.3.3. Os mecanismos institucionais e a noção de regulação estatal: a intervenção estatal em sentido estrito e a intervenção regulatória. A abrangência sobre os espaços do mercado**

Em que pese ser possível indicar as mais variadas formas de classificação dos instrumentos de intervenção estatal, geralmente disseminadas entre os mais diversos juristas que se dedicaram a analisar tal temática<sup>324</sup>, irá se adotar a proposta de

---

<sup>322</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 196.

<sup>323</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 161.

<sup>324</sup> Egon Bockmann Moreira afirma que essas propostas de classificação podem ser agrupados a partir de quatro características bastante comuns: “(i) o instrumento jurídico através do qual a atuação estatal no domínio econômico se dá (lei ou ato administrativo), (ii) a forma pela qual é posta em prática a intervenção (se regulação geral e abstrata – lei e regulamento – ou se intervenção concreta – lei-medida, atuação econômica direta, poder de polícia), (iii) a intensidade da ação interventiva (se excludente ou inclusiva da iniciativa privada), e (iv) as consequências sancionatórias da ação interventiva (se repressivas ou premiais)”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 179. Nessa perspectiva, destaque-se algumas daquelas disseminadas na doutrina: LAUBADÉRE, André de. **Direito público económico**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 28-30; MONCADA, Luís Cabral. **Direito económico**. 5 ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 41-57; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: ELALI, André; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 170-171; MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987. p. 143-152; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, Antônio Carlos dos. **Direito Económico**. 5 ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública e Regulación Económica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. p. 293-296; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 810; dentre outras. Dessas a mais referenciada, sem dúvida, é aquela proposta por Eros Roberto Grau em tese defendida sobre a estrutura normativa da Ordem Econômica Constitucional de 1988, cuja aprovação lhe rendeu a titularidade da cátedra de Direito Econômico na Universidade de São Paulo. Cf. **A ordem**

categorização formulada por Egon Bockmann Moreira acerca das possibilidades da intervenção estatal sobre o domínio das relações econômicas, em função do seu inegável valor metodológico para os objetivos pretendidos com o presente estudo.

Afinal, como já era defendido por Eros Grau, as classificações não são verdadeiras, nem tampouco falsas, mas podem ser úteis ou inúteis. A depender do objetivo que se buscar analisar, essa categorização poderá ser útil ao demonstrar os aspectos de cada categorização específica que se busca indicar<sup>325</sup>.

Em relação à categorização proposta para o presente estudo, os mecanismos institucionais colocados à disposição do Estado Regulador para funcionalizar as possibilidades da intervenção estatal se subdividem em duas hipóteses indicadas de forma específica: (a) a intervenção em sentido estrito; e (b) a intervenção regulatória ou regulação jurídica.

Segundo o que defende Egon Bockmann Moreira, a proposição dessa hipótese de categorização envolveria a seguinte formulação<sup>326</sup>:

Propõe-se uma definição restrita de regulação, limitada ao estabelecimento de normas (gerais e abstratas, mas também na condição de preceitos-medida ou de atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento (e respectivas sanções). Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio econômico privado.

Enquanto que a intervenção estatal em sentido estrito envolveria uma ação estatal direta no domínio das relações econômicas, a intervenção regulatória contemplaria o estabelecimento de regras específicas responsáveis por implicar na adoção de comportamentos pelos terceiros afetados – os agentes particulares.

Essa diferenciação proposta termina criando a possibilidade de que a abordagem econômica de regulação econômica – de caráter bem mais amplo, envolvendo qualquer atividade estatal, propositada ou não, que possa vir a interferir na atuação dos agentes

---

**econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 146-149.

<sup>325</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 91.

<sup>326</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 181.

econômicos – seja associada à definição jurídica de intervenção regulatória – de caráter mais restrito, pois engloba apenas as proposições normativas destinadas a moldar as condutas econômicas da iniciativa privada, de modo a estimular a produção de efeitos econômicos oriundos do mercado.

Por tal ponto de vista, a participação material do Estado na condução direta de atividades econômica termina perdendo relevância para a proposição de eventuais medidas interventivas que poderão ser promovidas sobre as estruturas de mercado, prestigiando-se, assim, as medidas de intervenção regulatória.

Seguindo tal panorama, com a hipótese da intervenção regulatória enquanto regulação jurídico-econômica propriamente dita, o Estado Regulador acaba assumindo a responsabilidade por (a) impor regras de conduta a serem direcionadas aos agentes particulares; (b) controlar o cumprimento dessas regras de condutas; e (b) aplicar as eventuais sanções cabíveis para os desvios verificados (sejam elas positivas ou negativas). Abranger-se-á, portanto, as atividades interventivas tendentes a regular o comportamento dos agentes econômicos por medidas de natureza repressiva (sanções negativas); como também por aquelas medidas de natureza incentivadora (sanções positivas)<sup>327</sup>.

E essas atividades interventivas irradiarão os seus efeitos sobre todos os espaços delimitados pelo mercado, tanto aqueles segmentos setoriais (que serão afetados pelas regras próprias de uma regulação setorial – é o caso daquelas responsáveis por legitimar a atuação de Agências Reguladoras); como aqueles segmentos gerais (que serão afetadas pelas regras estatuídas por sistemas normativos destinados ao Direito Antitruste – é o caso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência)<sup>328</sup>.

Mesmo sabendo-se que existem aqueles que o manejo de medidas de intervenção regulatória possa assumir níveis de intensidade distintos<sup>329</sup>, é fato que as estratégias

---

<sup>327</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 184.

<sup>328</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016. p. 185.

<sup>329</sup> Alexandre Ditzel Faraco argumenta que a principal distinção entre a regulação concorrencial e a regulação setorial consiste na variação de intensidade com a qual a ação estatal – no caso, a intervenção regulatória – poderá afetar a exploração do poder econômico. Enquanto que a regulação geral aplicada aos setores de ampla competitividade pretende conter o abuso de condutas anticompetitivas, a regulação setorial busca restringir em maior grau o exercício do poder econômico, a ponto de, inclusive, substituí-lo, por intervenções regulatórias. Cf. FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, pp. 9-41, out./dez., 2013. p. 10; Por isso, é que Caio Mario da Silva Pereira Neto e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho defendem a possibilidade de existir interfaces entre as hipóteses de intervenções regulatórias em ambas as situações,

regulatórias adotadas poderão ser aplicadas para todos para os diferentes espaços de atuação distribuídos por todo o mercado<sup>330</sup>, na medida em que todos essas possibilidades estão articuladas, na verdade, em redes institucionais interligadas, de forma a permitir que seja analisada a adequação da medida ao objetivo regulatório previamente definido<sup>331</sup>.

Daí porque se infere a utilidade metodológica do valor apresentado por tal enfoque conceitual: a complexidade do fenômeno que será objeto de aprofundamento mais a frente – a corrupção e os mecanismos de enfrentamento – exige uma multiplicidade de alternativas institucionais a serem ponderadas, permitindo, desse modo, que seja adotada a estratégia regulatória mais adequada para as finalidades pretendidas.

#### **4.3.4. O desenho institucional à luz da Constituição Econômica: a autonomia e os limites da intervenção regulatória**

Como dito na subseção anterior, a Constituição Econômica representa a base fundamental do quadro institucional responsável por estabelecer as condições e possibilidades relativas à intervenção estatal sobre os espaços das estruturas do mercado brasileiro.

Uma visão que parece ser compartilhada por todos aqueles que se dedicaram ao estudo analítico da Constituição Econômica é a aquela pela qual se reconhece a preponderância da iniciativa privada na livre exploração dos espaços do mercado<sup>332</sup>. Conseqüentemente, restaria ao Estado apenas a prerrogativa de promover uma intervenção estatal de natureza exclusivamente supletiva, segundo as hipóteses especificamente indicadas na referida ordem constitucional<sup>333</sup>.

---

cuja utilidade será determinada a partir das condições específicas de cada atividade em face da qual o Estado Regulador pretende, de algum modo, intervir. Cf. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE, **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, pp. 13-48, jan./abr., 2016. p. 17.

<sup>330</sup> Baseando-se no uma teoria jurídica da regulação econômica, Calixto Salomão Filho afirma que os setores regulados seriam aqueles de “mercados dominados”, ao passo que os setores não regulados seriam aqueles de “mercados de acesso e permanência controlados”. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-63.

<sup>331</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163.

<sup>332</sup> SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos, **Boletim de Ciências Econômicas XLVI**, Coimbra, v. 46, pp. 67-116, 2003. p. 86.

<sup>333</sup> Nesse sentido, André Cyrino Rodrigues esclarece ser necessário defender “uma compreensão constitucionalmente adequada dos limites à atuação direta do ente público na economia. Especificamente, é oportuno aprofundar a interpretação do *caput* do art. 173 da Constituição, o qual consubstancia o limite

Essa feição acabará impondo ao Estado Regulador Brasileiro que a condução de suas atividades regulatórias seja promovida em conformidade com a aplicação de parâmetros tendentes a busca a racionalização das intervenções estatais a serem realizadas sobre o mercado.

Nesse sentido, é que Juarez Freitas defende a existência da aplicação de critérios de racionalização capazes de assegurar a imparcialidade de um modelo regulatório constitucionalmente orientado, mediante o qual se busca suprimir aquelas disfuncionalidades identificadas no funcionamento do mercado, mas sem esquecer das próprias imperfeições dos mecanismos regulatórios e dos desvios que poderão ser cometidos pelos agentes do governo<sup>334</sup>.

Deve ser, portanto, observado esse parâmetro da imparcialidade na assimilação do quadro institucional estabelecido pela Constituição Econômica, afastando-se, em contrapartida, qualquer radicalismo ideológico eventualmente defendido acerca do conteúdo institucional responsável por reger as atividades do Estado Regulador Brasileiro<sup>335</sup>.

Isso levará a pretensão de se construir um caminho intermediário em que se possa excluir os extremos decorrentes de uma radicalização: nem uma possível indefinição do conteúdo constitucional, tampouco um absolutismo constitucional em termos de intervenção regulatória sobre a realidade econômica<sup>336</sup>.

A abordagem das estratégias regulatórias, por consequência, deverá ser balizada por esse caminho intermediário. O desenho institucional dessa atividade regulatória terá

---

básico da intervenção direta, em harmonia com o princípio da subsidiariedade". Cf. CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma Análise Econômica do Art. 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

<sup>334</sup> FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e principais vieses. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. p. 98.

<sup>335</sup> Sobre os perigos associados às interpretações puramente ideológicas da Constituição Econômica, André Rodrigues Cyrino defende que tal perspectiva alargaria a amplitude da norma constitucional de forma tão abrangente a ponto de torna-la antidemocrática. E também poderia resultar numa concentração excessiva de poderes regulatórios que decorreriam da capacidade interventiva da jurisdição constitucional. Cf. CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 114

<sup>336</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 116.

a incumbência, por sua vez, de equacionar aqueles eventuais antagonismos que poderão estar presentes na Constituição Econômica.

Por tal razão, é que Sérgio Guerra defende que a regulação estatal tenderá a implementar sempre objetivos declaradamente econômicos, a exemplo de controle de estruturas concentradas, condutas anticompetitivas, flexibilização de barreiras, etc., mas também provocará efeitos econômicos derivados da adoção dessas intervenções regulatórias, em específico, aqueles desejados pelo quadro institucional em vigência, tal como aqueles de natureza ambiental, urbanístico, social, etc.<sup>337</sup>.

Mesmo porque, a regulação estatal constitucionalmente orientada deve ser entendida enquanto uma via de mão-dupla: ao tempo em que o mercado exige a participação regulatória do Estado para lhe garantir um ambiente institucional adequado ao funcionamento regular de seus mecanismos (propriedade, contratos, etc.), o Estado espera que o mercado produza objetivos socialmente desejáveis, os quais poderão ser estimulados por intermédio da regulação estatal do sistema econômico (eficiência, maximização da riqueza, proteção ambiental, objetivos redistributivos)<sup>338</sup>.

Por evidência, não seria incomum identificar que uma regulação de primeira ordem, isto é, aquela destinada a implementar uma maior eficiência para facilitar a reprodução das transações econômicas, seja acompanhada da produção de efeitos esperados por uma regulação de segunda ordem, que geralmente está associada à inibição de efeitos indesejados do coletividade ou à promoção de efeitos socialmente desejados pela coletividade<sup>339</sup>.

Sendo assim, a opção constitucional pela escolha regulatória deverá estar associada a um estado de equilíbrio entre as posições jurídicas afetadas, de tal forma que a intervenção regulatória deverá se concretizar sempre de maneira adequada, necessária e proporcional aos interesses envolvidos<sup>340</sup>. Daí a relevância de critérios específicos de

---

<sup>337</sup> GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 378.

<sup>338</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 155.

<sup>339</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 158.

<sup>340</sup> GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 379.

aplicação de normas jurídicas<sup>341</sup>, tais como a proporcionalidade e a eficiência administrativa<sup>342</sup>.

Levando-se em consideração todas essas ponderações e a necessidade de observância desses parâmetros, é que se poderá compreender o desenho institucional colocado no primeiro e mais importante estatuto regulatório brasileiro, a Constituição Econômica. Nada obstante, é importante lembrar: realizadas as adequações necessárias, as razões econômicas serão relevantes para tal análise<sup>343</sup>.

Seguindo essa perspectiva, é de se notar que existe um quadro institucional estabelecido na Constituição Econômica cuja fundante se estabelece com a consolidação da proteção à liberdade econômica dos agentes privados que buscam a livre exploração dos mercados<sup>344</sup>.

Logo, a prevalência da exploração dos bens e recurso econômicos deverá assegurada aos agentes particulares. Pode-se dizer, por sua vez, que esse é o contraponto

---

<sup>341</sup> Segundo a proposição teórica de Humberto Ávila sobre as normas jurídicas, esses critérios de aplicação de normas jurídicas podem ser qualificados enquanto postulados jurídicos. Eles se situam em um segundo plano normativo e estabelecem a estrutura de aplicação das espécies normativas, as regras e os princípios jurídicos. Por tal razão, os postulados possuem modos de funcionamentos distintos das espécies normativas propriamente, assimilando, portando, a condição de genuínas “metanormas”. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed, rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89.

<sup>342</sup> Para a abordagem econômica da regulação, estes critérios são traduzidos com a construção dos parâmetros de observância de adequação da ingerência estatal sobre o mercado, que é o caso dos parâmetros da eficiência, da racionalidade, das escolhas incentivadas e do equilíbrio.

<sup>343</sup> Nesse sentido, André Rodrigues Cyrino sustenta que a abordagem econômica possui três principais utilidades na análise institucional da Constituição Econômica: (i) como forma de evidenciar os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas da ordem econômica constitucional (perspectiva heurística); (ii) como meio de identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições da ordem econômica, inclusive no que diz respeito às causas das mudanças em tal ordem constitucional (perspectiva descritiva); e (iii) além de ser instrumento apto a informar juízes e outros formados de políticas públicas sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta do direito (perspectiva normativa). Cf. CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 183-184.

<sup>344</sup> Como bem coloca Octacílio dos Santos Silveira Neto, a proteção ao regime de livre mercado está presente na Constituição Econômica, ao afirmar que “quando falamos em livre mercado, por certo estamos falando de um mercado modulado juridicamente pelos princípios balizadores da ordem econômica brasileira, mais especificamente os princípios do artigo 170 da nossa Constituição Federal. Pela própria leitura do artigo observe que sua aplicação tem um duplo sentido: i) garantir liberdade econômica ao mercado e; ii) sua instrumentalização com o fito de obter-se o bem comum por meio dos ganhos de eficiência”. Cf. SILVEIRA NETO, Otacílio Silveira. A terceira onda – a glória extemporânea do livre mercado no Brasil. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 6, n. 02, set., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5800/4618>. Acesso em: 24.07.2019.

institucional ao caráter excepcional da exploração do poder econômico de natureza institucional e atribuído ao Estado Brasileiro.

Será por meio de uma valorização institucional da garantia fundamental da liberdade de iniciativa econômica que o Estado Regulador poderá promover, de modo subjacente, a geração de efeitos positivos igualmente desejados no quadro institucional da Constituição Econômica.

Mesmo porque, custos decorrentes da efetivação desses efeitos socialmente desejados reclamam a obtenção de recursos compatíveis. Afinal de contas, segundo a excelente metáfora pensada por Flávio Galdino, é necessário admitir que os “direitos não nascem em árvores”. Se a consecução desses objetivos exige a prévia provisão de recursos econômicos, somente a iniciativa privada poderá funcionalizar o mercado de modo mais eficiente, fazendo circular a riqueza necessária para a obtenção dessas finalidades desejadas pela coletividade<sup>345</sup>.

Nesse rol de efeitos socialmente desejáveis podem ser incluídos vários daqueles valores institucionais que a Constituição Econômica tende não apenas a valorizar a sua produção, mas projetar a sua provisão.

Tem-se a garantia da existência digna, em primeiro lugar, que deverá ser efetivada em favor de toda a coletividade. Um melhor desempenho das estruturas de mercado será capaz de assegurar, evidentemente, a circulação de riquezas em um primeiro momento. Com a expansão das relações econômicas, a tendência é que as riquezas produzidas possam ser redistribuídas por toda a coletividade, cada vez mais integrada ao mercado, aproveitando-se, desse modo, desses efeitos positivos ocasionados pelo seu adequado funcionamento<sup>346</sup>.

Seguindo a mesma lógica, a própria garantia institucional da consecução do desenvolvimento econômico, com a redução das desigualdades regionais e sociais, a

---

<sup>345</sup> Flávio Galdino defende a reformulação da concepção da teoria dos direitos subjetivos para incluir o fator dos custos envolvidos empiricamente na consecução desses direitos, na medida em que tal esse enfoque conceitual geralmente não envolve uma análise das consequências que decorrem inevitavelmente de uma atividade prestacional. Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: os direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 215-235.

<sup>346</sup> Nesse sentido, é bastante pertinente a correlação que André Vaz Lopes e Pedro Ivo Sebba Ramalho fazem entre desempenho econômico e ambiente institucional. Cf. LOPES, André Vaz; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Instituições, Regulação e Desenvolvimento, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 40, nov./dez./jan., 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=661>. Acesso em: 24.07.2019.

redistribuição da propriedade privada e a promoção do pleno emprego dos fatores de produção por toda a coletividade, além da própria defesa do consumidor e do meio ambiente de modo sustentável, podem ser atendidas mediante um processo adequado de alocação eficiente dos bens e recursos econômica, cuja consequência primordial consiste na elevação do bem estar a ser experimentado por toda a coletividade.

Assim, a adoção de estratégias regulatórias, dentre todas aquelas colocadas à disposição do Estado regulador, deverá seguir a tendência de verificar a existência de imperfeições no funcionamento do mercado; disfuncionalidades regulatórias e falhas comportamentais, diante do parâmetro ideal de equilíbrio, a fim de que seja promovida a intervenção regulatória mais adequada para o desvio concretamente constatado<sup>347</sup>.

Isso porque, a mera identificação de uma imperfeição na condução das relações econômicas não exaure a utilidade da intervenção regulatória, devendo ser ponderada, em seguida, a definição sobre o modo de intervenção mais adequado e a nível de intensidade compatível para reequilibrar o funcionamento das estruturas de mercado ao seu estado anterior de equilíbrio e eficiência<sup>348</sup>.

Aliás, a adoção de uma estratégia adequada poderá também ser utilizada para redirecionar a intervenção regulatória para que sejam alcançados outros valores presentes no quadro institucional aplicável e valorizados mediante deliberações promovidas democraticamente, ora efetivando aqueles valores socialmente e institucionalmente pretendidos, como a higidez do meio ambiente, ampliação da oferta de bens essenciais, inclusão de pessoas com necessidades especiais ou historicamente discriminadas, ora inibindo os efeitos indesejáveis, como a degradação ambiental, lesão a consumidores, a discriminação de grupos minoritários, etc<sup>349</sup>.

#### 4.4. A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA REGULATÓRIA: A TEORIA ECONÔMICA DA REGULAÇÃO, O RISCO DE CAPTURA E AS FALHAS DE GOVERNO

Levando-se em consideração as ponderações apresentadas na subseção anterior, a exposição realizada tendeu a demonstrar que a abordagem tradicionalmente realizada

---

<sup>347</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 176.

<sup>348</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 176.

<sup>349</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 176.

pelos primeiros teóricos econômicos da regulação estatal – aqueles integrados à “Teoria do Interesse Público” – está baseada na justificação da intervenção estatal enquanto mecanismo capaz de corrigir as imperfeições identificadas no funcionamento das estruturas de mercado – as denominadas falhas de mercado<sup>350</sup>.

Seguindo tal perspectiva, a regulação econômica seria incumbida primordialmente de manter o equilíbrio da atividade regulada, ao afastar as falhas de mercado identificadas no seu funcionamento<sup>351</sup>. E o ente regulador ostentaria a condição de “ser onisciente” e capaz de identificar, mais do que ninguém, qual seria a regulação mais adequada para cada situação de mercado colocada sob o enfoque da análise econômica<sup>352</sup>.

Esse período perdurou por volta de sessenta anos, tendo alcançado o seu ápice no intervalo compreendido entre as décadas de 1945 e 1965. Tratou-se, de modo inegável, de um período caracterizado por um forte desempenho econômico dos países de todo o mundo. E também pelo desenvolvimento de uma teoria econômica pautada na defesa estruturada de um crescente intervencionismo estatal – para além da teoria macroeconômica de Keynes<sup>353</sup>, também se notou um forte desenvolvimento de teorias tais como a da Economia do Bem-Estar e a do Desenvolvimento<sup>354</sup>.

Nada obstante, grande parte dessas ideias terminaram sofrendo duras críticas após a derrocada do apogeu da denominada “Era da Regulação”. Daí então que se iniciou

---

<sup>350</sup> Ao admitir que as justificativas econômicas comumente apontadas para a regulação estatal coincidem com o propósito de corrigir as falhas de mercado, Diogo Coutinho termina reconhecendo também que “[...] a utilização da regulação com o objetivo primário de promover a redistribuição de renda ou a equidade é tida como um expediente heterodoxo entre os estudiosos da regulação. A eficiência como contraponto da equidade, nesse contexto, é quase sempre vista como vetor principal a justificar a ação reguladora”. Cf. COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104.

<sup>351</sup> CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de Mercado e Falhas de Governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica, **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n.2, pp. 281-303, 2008. p. 284-285; em igual sentido: DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, pp. 335-359, jul./set., 2002. p. 336.

<sup>352</sup> COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

<sup>353</sup> John Maynard Keynes foi um dos mais relevantes economistas que se dedicaram a estudar os aspectos da política macro econômica em tempos de ciclos recessivos, a exemplo da Grande Depressão de 1929, pregando, dentre outras derivações, um forte intervencionismo estatal em termos de investimentos, para combater o desemprego, a inflação, etc. Cf. SILVA, Adroaldo Moura. Apresentação: Keynes e a Teoria Geral. In: KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução: Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultura (Os Economistas), 1996. p. 5-22.

<sup>354</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, **Cambridge Journal of Economics**, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 708.

o período da Era de Transição. Tanto em razão da experiência observada com as políticas regulatórias aplicadas durante fases de menor desempenho econômico, tanto em função da expansão de políticas econômicas em sentido diversos, foram cunhadas as primeiras teorias econômicas que defendiam, a partir de dados empíricos extraídos da realidade de tal período, a existência de “falhas de governo” associados ao avanço das políticas estatais de cunho regulatório<sup>355</sup>.

Logo, se existiam as ditas “falhas de mercado”, em função das quais se estabeleciam as bases para a expansão da regulação econômica, também existiam “falhas de governo”, que recomendavam ser necessário recuar com o avanço das políticas regulatórias<sup>356</sup>.

Essas circunstâncias, na verdade, coexistiam no cenário estabelecido a partir da intervenção estatal sobre as relações de mercado, de forma tal que ambas poderiam se sobrepor reciprocamente, a depender do contexto efetivamente analisado<sup>357</sup>.

Em sentido inverso ao ideário subjacente à “Era da Regulação”, a defesa da existência de “falhas de governo” partia da pressuposição de que as políticas regulatórias não estavam corrigindo as falhas de mercado, nem tampouco estariam promovendo o bem estar do sistema socioeconômico<sup>358</sup>.

Logo, a essência desse enfoque teórico tinha como base a compreensão de que o Estado não seria mais aquele ser “onisciente, benevolente e onipotente” que buscava exclusivamente a prosperidade coletiva, sobretudo por se apresentar como titular de interesses supra individuais<sup>359</sup>.

Por consequência, aquela presunção de um “governo perfeito” (em contraposição a concepção de “mercados imperfeitos”) acabaria não resistindo a

---

<sup>355</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 709.

<sup>356</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 45.

<sup>357</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 15.

<sup>358</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 15.

<sup>359</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p. 709.

identificação dessas disfunções. Até porque, impõe reconhecer que essa premissa de “governo perfeito” provavelmente não seria admitida pela coletividade, caso essas imperfeições fossem levadas em consideração, deixando de centralizar o enfoque apenas nas tradicionais falhas de mercado<sup>360</sup>.

Seguindo tal panorama, é de se destacar a posição de George Stigler<sup>361</sup> acerca das premissas desenvolvidas pelos teóricos do interesse público, quando, além de reconhecer a falibilidade dessa ideia de que a regulação estatal visaria apenas a proteção da coletividade em geral, reconhece que o processo político também careceria de uma explicação racional: os interesses políticos seriam imponderáveis, ora revelados por “atos de grande virtude” (a libertação dos escravos, por exemplo), ora externados por “atos da mais baixa venalidade” (congressista atuando em seu próprio interesse, em prejuízo dos anseios da coletividade)<sup>362</sup>.

Percebe-se que, por razões lógicas, a grande contribuição promovida pelos teóricos do pensamento crítico à regulação econômica foi justamente a de introduzir alguns conceitos do pensamento neoclássico da Escolha de Chicago ao estudo das políticas regulatórias tradicionalmente atribuídas ao Estado, principalmente a concepção de racionalidade associada a todos os tipos de atores sociais.

Logo, a compreensão da regulação estatal deveria necessariamente incorporar a premissa de que “os sistemas políticos são racionalmente planejados e racionalmente aplicados, o que significa dizer que eles são instrumentos apropriados para a realização de desejos de membros da sociedade”<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 18.

<sup>361</sup> George J. Stigler um dos mais reconhecidos economistas pertencentes à Escola de Chicago, tendo se destacado nos estudos desenvolvidos na área da microeconomia. Foi ele quem se apresentou como grande precursor da teoria econômica crítica à regulação estatal, quando resolveu publicar o seminal artigo “A Teoria da Regulação Econômica” em 1971 – um dos três mais relevantes para o fortalecimento desse enfoque teórico, além do artigo “Teorias da Regulação Econômica”, de Richard Posner (1974), e do artigo “A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação”, de Sam Peltzman (1976). Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 15.

<sup>362</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 24.

<sup>363</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 24.

A problematização envolvendo a regulação econômica deveria não mais se destinar a identificar os melhores “mecanismos” destinados à concretização do interesse da coletividade, mas, na verdade, buscar entender “quando” e “por que” uma indústria (ou um grupo de pessoas ideologicamente alinhado) seria capaz de se utilizar do aparato estatal para atingir os seus exclusivos propósitos; ou o próprio grupo integrado ao Estado é capaz de “escolher” essa indústria para beneficiar outros<sup>364</sup>.

Analisando a problemática acima colocada, Stigler estabelece a compreensão primordial de seu trabalho de que a regulação geralmente é adquirida, então, pela indústria. Não apenas adquirida, mas a regulação é concebida e operacionalizada em benefício da indústria, ou seja, de interesses privados<sup>365</sup>.

E essa aquisição aconteceria justamente em razão do Estado ser o único detentor de uma das ferramentas sociais mais relevantes para a coletividade: o poder de coerção. Por tal razão, a atribuição de tais poderes (subvenção direta; controle de ingresso e saída dos mercados; controle da circulação de produtos substitutos e complementares; e fixação de preços) forja as condições favoráveis para que a indústria possa se utilizar deles, com o objetivo de maximizarem a sua lucratividade<sup>366</sup>.

Associando o aparato coercitivo atribuído ao Estado e a racionalização do processo político, George Stigler vislumbra a existência de um verdadeiro “mercado da política” disponibilizado aos grupos de interesses da sociedade, dentre os quais se destaca a possibilidade de aquisição da atividade regulatória estatal. Por consequência, o funcionamento desse mercado regulatório estaria baseado na transação destinada a permitir a circulação de dois importantes recursos: o dinheiro e os votos<sup>367</sup>.

Com a transação desses “produtos” entre indústria e meio político, o custo destinado à aquisição da regulação estatal é “suportado” pelos partidos políticos, que

---

<sup>364</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 24.

<sup>365</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

<sup>366</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 25-28.

<sup>367</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 36.

constituem o principal grupo de interesse responsável por defender os interesses dos seus integrantes. Sendo assim, quanto maior a indústria e mais sensível forem os interesses pretendidos, maior também será o custo envolvido com a aquisição das políticas regulatórias oferecidas pelos partidos políticos<sup>368</sup>.

Partindo dessas considerações, é que George Stigler inaugurou a aplicação das premissas neoclássicas no estudo da regulação estatal do sistema econômico, visando inverter a lógica do pensamento construído pelos teóricos do interesse público: enquanto que a ação do mercado poderia contribuir, de modo mais amplo e eficiente, para alcançar o equilíbrio da economia e maximização da riqueza, a ação do Estado seria geralmente ineficiente para atingir essa mesma finalidade, se considerado o inegável risco de captura do aparato estatal e dos custos envolvidos durante tal processo<sup>369</sup>.

Inferiu-se, de um lado, do Teorema de Coase a compreensão de que a intervenção estatal somente se justifica quando os custos envolvidos com as transações forem relevantes a ponto de impedir que essas relações aconteçam no mercado. Caso contrário, deve-se permitir que o próprio mercado funcione sem a interferência do Estado, pois tenderá a alcançar um resultado mais eficiente em tais condições<sup>370</sup>.

De outro lado, utilizou-se da compreensão da racionalidade aplicada ao sistema político – construída originariamente pelos teóricos do *Public Choice*<sup>371</sup>, para conceber a existência de um verdadeiro mercado político, em que se construirá a oferta e a demanda

---

<sup>368</sup> STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 36-37.

<sup>369</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 35.

<sup>370</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 38.

<sup>371</sup> De forma bastante objetiva, Richard Posner apresenta uma concepção alternativa de Estado que demonstra a essência da “Teoria das Escolhas Públicas”. Ao invés de uma entidade supra individual que busca tomar decisões segundo critérios éticos, o Estado seria compreendido como “uma arena na qual grupos de interesses se digladiam em busca de vantagens, sem preocupações éticas”. Por tal razão, é que não seria convincente as ideias defendidas pelos teóricos do interesse público, pois a redistribuição dos “bens públicos” não ocorreria na sociedade em função da busca de uma “eficiência estatal”, mas, na verdade, em razão do tratamento da redistribuição dessas políticas públicas como “mercadoria” – ou seja, a alocação se daria seguindo as regras da oferta e da procura. Logo, apenas os grupos de interesses capazes de “superar os problemas do carona” e “sobrepujar assim os grupos rivais na obtenção de proteção e benesses do governo” seriam justamente organizados de forma coesa, e não dispersa. Cf. POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 111-112; 123-124.

por atividades regulatórias, e não um “espaço” imperfeito que necessita ser “corrigido”, em nome do interesse coletivo que lhe é subjacente.

A conjugação desses dois fatores gerou esse “ceticismo regulatório” vislumbrado por George Stigler. Nesse cenário, a regulação somente justificaria a sua existência, na realidade, porque constitui o resultado necessário daquele processo de “captura privada” experimentado pelos agentes públicos, sobretudo quando compreendidos, de modo ingênuo, enquanto detentores do espírito público<sup>372</sup>.

Reforçando a originalidade dessas ideias antecipadas por Stigler, as bases teóricas e as evidências empíricas analisadas na “Teoria da Regulação Econômica” também foram abordadas por Richard Posner, para confrontá-las com os demais enfoques teóricos desenvolvidos anteriormente, em específico, a “Teoria do Interesse Público” e a “Teoria da Captura”, esta desenvolvida também por cientistas políticos<sup>373</sup>.

Em que pese ter havido a identificação de falhas em alguns fundamentos adotados por Stigler em seu artigo seminal, a conclusão de Richard Posner foi a de reconhecer que se tratava da teoria a mais promissora a abordar o fenômeno da regulação estatal. Ela teria avançado mais do que a “Teoria da Captura” desenvolvida por cientistas políticos por ter introduzido os pressupostos centrais da abordagem econômica ao objeto em discussão, destacando as proposições de que as pessoas “procuram promover os seus próprios interesses e o fazem de forma racional”<sup>374</sup>.

Nada obstante, ao demonstrar as diferenças de padrões utilizados nas abordagens dos cartéis privados e a busca pela regulação adquirida, Richard Posner apresenta a crítica de que a “Teoria Econômica da Regulação” não aparente ser precisa e refinada o suficiente para definir quais seriam aqueles mercados mais compatíveis para uma predisposição maior ao avanço da regulação capturada, não permitindo, assim, que se possa teorizar, de modo abrangente, os fatores indicativos para se equalizar o número de

---

<sup>372</sup> Dessa observação é que Diogo Coutinho afirma que George Stigler era um dos mais céticos – senão o mais incrédulo – nos benefícios das políticas regulatórias. Por pior que fossem as falhas observadas no funcionamento do mercado, era preferível que não houvesse intervenção, para evitar, assim, qualquer risco de captura estatal. Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 46.

<sup>373</sup> Trata-se do artigo seminal “Teorias da Regulação Econômica” publicado em 1974.

<sup>374</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. Tradução: Mariana Mota Prado. . In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 59.

membros necessários à formação de um grupo capaz de maximizar a probabilidade de regulação<sup>375</sup>.

Após reconhecer que tal enfoque parece mais “uma lista de critérios relevantes para prever se o mercado obterá legislação favorável”, Richard Posner finaliza o estudo analítico concluindo que a maior contribuição da teoria econômica consistiu justamente em “iluminar outras áreas, entre aquelas que não tratam do comportamento de mercado”, pois o “pressuposto geral da economia, que o comportamento humano pode ser compreendido como uma resposta de seres individualistas ao meio ambiente, deve ter ampla aplicação no processo político”<sup>376</sup>.

A razão lógica que conduz as relações tanto na esfera política (e, por consequência, da atividade regulatória), como na esfera econômica, é a mesma: os indivíduos se comportariam da mesma maneira, conduzindo-se pelas suas próprias motivações, na busca dos seus interesses próprios<sup>377</sup>, de tal maneira que, por consequência, os agentes políticos serão tidos, em grande parte das situações, como auto interessados e maximizadores de seus recursos de poder<sup>378</sup>.

Essa foi justamente a crítica que mais repercutiu nas discussões desenvolvidas durante a “Era da Transição”. Com efeito, o pragmatismo da regulação estatal demonstrava, por vezes, que o Estado Regulador não estava atuando para tutelar o interesse da coletividade, mas apenas para atender a interesses específicos reivindicados por grupos de pressões distribuído pela sociedade.

Tal cenário fez com que se iniciasse uma crescente insatisfação com o ativismo aplicado à expansão dessas políticas regulatórias durante esse período de transição. O desenvolvimento dessas teorias surgiu justamente com o propósito de justificar a

---

<sup>375</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. Tradução: Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 64.

<sup>376</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. Tradução: Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 67; 74.

<sup>377</sup> CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de Mercado e Falhas de Governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica, **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n.2, pp. 281-303, 2008. p. 296.

<sup>378</sup> ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 77.

necessidade de se estabelecer uma maior contenção do avanço cada vez mais crescente das atividades regulatórias atribuídas ao Estado sobre as estruturas de mercado<sup>379</sup>.

Até porque, esse avanço regulatório, inevitavelmente, implicou na construção de um ambiente institucional repleto de condições favoráveis ao desenvolvimento dessas imperfeições regulatórias, as falhas de governo. De fato, não é desarrazoado reconhecer que o conjunto dessas disfunções termina influenciando na modelagem da tessitura que os instrumentos regulatórios assumem na busca da consecução das suas finalidades institucionais, sobretudo porque os agentes envolvidos estão interessados, em maior ou menor grau, na maximização dos seus interesses a partir dos estímulos apresentados<sup>380</sup>.

Como bem reconheceu Joseph Stiglitz, a hipótese das falhas de governo não são apenas cogitadas pelo senso comum, mas são observadas na realidade econômica das sociedades. É prudente reconhecer, portanto, que os governos podem muito bem terem as suas funções subvertidas<sup>381</sup>.

Percebe-se, em tal panorama, que a concepção de falhas de governo geralmente está associada às disfuncionalidades identificadas no exercício das atividades regulatórias pelos agentes públicos. Ora se referem a casos de incompetência, ora se referem a hipóteses de corrupção, com a subversão, inclusive, dos papéis e interesses de cada um dos envolvidos, por intermédio da conjugação de atos de captura e de pressão de ambos os interessados (políticos, burocratas e empresas)<sup>382</sup>.

Com essa percepção, o enfoque sobre essas inoperacionalidades tende a destacar aquelas consequências negativas causadas pela expansão da atividade regulatória.

---

<sup>379</sup> CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997. p.

<sup>380</sup> GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**. 207 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 123.

<sup>381</sup> STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation (preliminary and incomplete). In: *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, **Tobin Project's Conference**, pp. 1-25. Florida: The Tobin Project, 2008. Disponível em: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7V5C>. p. 15.

<sup>382</sup> STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation (preliminary and incomplete). In: *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, **Tobin Project's Conference**, pp. 1-25. Florida: The Tobin Project, 2008. Disponível em: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7V5C>. p. 15.

Podemos destacar, desse modo, algumas dessas disfunções, conforme indicam alguns estudiosos.

A primeira dessas disfunções que certamente é a mais abordada envolve a questão dos custos relacionados à condução das atividades regulatória pelo Estado. Como já era sinalizado pelo próprio Richard Posner<sup>383</sup>, a regulação econômica é atividade estatal que envolve a criação de um aparato público bastante robusto, especialmente em termos burocráticos, para fazer cumprir as suas atribuições.

Além do mais, é de fundamental importância colocar em evidência a noção de “custos totais” acarretados pela expansão da regulação. Isso quer dizer que, além daqueles “custos de produção” pertinentes ao gasto público necessário à condução dessas atividades, também devem ser considerados os “custos de cumprimento” que recaem sobre as empresas e indivíduos; como também os “custos invisíveis” que incidem sobre toda a coletividade, em termos de recuo verificados no desempenho econômico e tecnológico, que é desestimulado em função de tais políticas estatais<sup>384</sup>.

Evidentemente, a expansão das atividades regulatórias leva ao aumento excessivo de todos esses custos associados à intervenção estatal, o qual terá de ser suportado, inevitavelmente, pela sociedade afetada. Tanto aqueles “custos de produção” da regulação estatal já internalizados no gasto público, como aqueles “custos de cumprimento” e os “custos invisíveis” que recaem sobre a coletividade, na medida em que constituem verdadeiras externalidades do processo regulatório<sup>385</sup>.

E a condição de externalidades atribuída a esses custos, além de impossibilitar que seja realizado a adequada fiscalização social sobre esse tipo de despesa causada, termina fazendo com que eles sejam “internalizados” pelo mercado, na condição de verdadeiros “custos de transação”.

---

<sup>383</sup> No seu artigo seminal “Teorias da Regulação Econômica”, Richard Posner já afirmava que, ao buscar a desconstrução dos pressupostos da “Teoria do Interesse Público, “o conceito de governo como instrumento sem custos, fidedigno e efetivo e alteração do comportamento do mercado também já se desfez”. Cf. POSNER, Richard. *Teorias da Regulação Econômica*. Tradução: Mariana Mota Prado. . In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 51.

<sup>384</sup> BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 19.

<sup>385</sup> BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 20.

Todo esse contexto acaba favorecendo a expansão desnecessária das atividades regulatórias, criando um “excesso de regulação” (que constitui outra disfuncionalidade regulatória), ao mesmo tempo que também impõe um movimento de recuo no fluxo das transações econômicas que poderiam ser realizadas pelos agentes econômicos afetados por esses custos, mas que deixam de viabilizá-las<sup>386</sup>.

Para além da imposição de um custo imoderado e uma intervenção excessiva, as atividades regulatórias também podem ser a causa direta de comprometimento dos níveis de concorrência de um determinado mercado ou de seus segmentos.

Se retomarmos aquela premissa relacionadas ao ponto de influência geralmente imposto pelos grupos de interesses (consumidores, empresários, entre outros) e o poder de captura que essa ingerência efetivamente detém sobre o reguladores, torna-se bastante plausível fazer o prognóstico de que a aquisição da regulação detém a plena capacidade de servir de instrumento para manter os concorrentes fora do mercado regulado<sup>387</sup>.

É necessário destacar, por outro lado, que a imposição dessa influência pelos grupos de interesses envolvidos deve abranger as intenções dos próprios atores políticos associados as políticas regulatórias e os burocratas responsáveis por implementá-las, dado que ambos poderão vislumbrar a maximização dos seus interesses individuais tanto na carreira pública em potencial, como também na sua transposição futura para o próprio mercado regulado<sup>388</sup>.

Vale destacar, ademais, que algumas das próprias imperfeições do mercado também não serão devidamente equacionadas, em razão da repercussão externa causada pela consolidação da captura das estruturas regulatórias executadas pelos grupos de interesses. O custo de oportunidade (*trade off*) é absolutamente deletério diante de tal cenário deficitário<sup>389</sup>. Tanto aqueles agentes não regulados, como os próprios

---

<sup>386</sup> BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 20-21.

<sup>387</sup> Um exemplo apresentado por Fábio Nusdeo é aquele no qual se observa “a introdução de padrões exageradamente estritos de qualidade ou de segurança para certos setores, a tal ponto de apenas uma ou duas empresas poderem atendê-los, propiciando para estas uma posição de mono ou oligopólio sendo tais padrões sugeridos pelas unidades reguladas”. Cf. NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário – Um “Vol D’oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro. In. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo. **Filosofia e Teoria Geral do Direito – Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior por seu Septuagésimo Aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 421.

<sup>388</sup> BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 27-28.

<sup>389</sup> Segundo a lição objetiva de Cristiano Carvalho, o custo de oportunidade é o custo em que incorre o indivíduo por deixar de ter escolhido a segunda melhor alternativa, pois ele, ao escolher a primeira hipótese,

consumidores serão diretamente afetados pelo efeito nocivo dessas externalidades regulatórias<sup>390</sup>.

Nisso, aqueles bens públicos cuja provisão deficiente certamente terão a sua oferta no mercado comprometida, pois não haverá incentivos para que o mercado os forneça aos consumidores interessados. Tampouco será possível equalizar adequadamente a distribuição dos direitos de propriedade sobre as consequências causadas por externalidades geradas pelas transações econômicas. Nem mesmo as carências informacionais poderão ser supridas a quem delas sofrer, gerando, por consequências, perdas de eficiência e tolerância a comportamento oportunistas adotados pelos agentes não regulados.

Interessante, em tal sentido, é a abordagem realizada por Filipe Lobo Gomes, ao subdividir as falhas de governo em duas categorias: (a) aquelas decorrentes do desenho institucional estabelecido na legislação capaz de modela as estruturas regulatórias – em que há uma participação mais ativa dos atores políticos; e (b) aquelas decorrentes da aplicação equivocada das disposições responsáveis por disciplinar as regras do eventual regime regulatório implementado<sup>391</sup>. Partindo dessa divisão, é possível especificar, também, as disfunções derivadas de cada uma dessas hipóteses de falhas de governo categorizadas:

Essas falhas decorrem de comportamentos rentistas que acabam por gerar um comércio regulatório paralelo. São exemplos típicos das falhas de governo: a) decorrentes da modelagem concebida na lei que institui o regime regulatório: a.i) a identificação da lei com interesses de grupos privados bem organizados (stakeholders); a.ii) leis baseadas em diagnósticos equivocados, análise deficiente de políticas e má informação; a.iii) insensibilidade das leis às dificuldades práticas; a.iv) falhas do legislativo no entendimento de complexos e sistêmicos efeitos das intervenções regulatórias; a.v) falhas de coordenação decorrentes da multiplicação de leis que regulam o mesmo objeto, por vezes, de forma incoerente; a.vi) falhas legais em razão da mudança de circunstâncias e da obsolescência das disposições existentes; a.vii) falhas legais decorrentes da substituição de razões tecnocráticas pelas políticas; b) decorrentes dos erros de implementação dos comandos legais: b.i) insucesso nas estratégias de implementação da regulação; b.ii) pressão de grupos de interesse sobre as agências; b.iii) inadequada informação e equívocos de análise técnica por parte

---

renunciou voluntariamente aquelas remanescentes. Essa troca (*trade off*) sempre envolverá, de modo subjacente, a renúncia daquilo que é preciso sacrificar para obter a utilidade daquela selecionada. Cf. CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

<sup>390</sup> BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 29.

<sup>391</sup> GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**. 207 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 183.

dos funcionários das agências; b.iv) insuficiente consciência dos membros das agências em relação aos efeitos sistêmicos da regulação; b.v) falhas de coordenação na atuação das agências; b.vi) obsolescência de instrumentos e estratégias regulatórias; b.vii) inadequada execução da lei, ou inexecução em virtude da captura por grupos de interesse (stakeholders), em decorrência da preservação de interesses da burocracia e por lentidão, torpor ou omissão administrativa; b.viii) controles excessivos ou insuficientes, distorcendo os legítimos fins da regulação legal; b.ix) desvio nos objetivos de leis de regulação e de redistribuição, gerando efeitos oblíquos (beneficiando não exatamente os destinatários da lei) ou perversos (prejudicando, direta ou indiretamente, os próprios destinatários da lei, ou que gerem paradoxos regulatórios, efeitos opostos aos pretendidos pela regulação); b.x) processos de decisão não democráticos, de pouca ou nenhuma transparência.

Sendo assim, a hipótese das falhas de governo não é apenas cogitada pelo senso comum da coletividade, mas são observadas, em verdade, no próprio contexto da realidade econômica em que aquelas estão inseridas. Deve-se reconhecer, portanto, que os governos podem muito bem terem as suas funções subvertidas, como reconheceu o próprio Joseph Stiglitz<sup>392</sup>.

Logo, assim como é importante reconhecer a existência de imperfeições de funcionamento das estruturas de mercado, legitimando, por consequência, a atuação estatal para corrigi-las, não se pode deixar de considerar a existência de falhas de governo também que acabam fragilizando a efetividade das intervenções regulatórias promovidas sob tal contexto<sup>393</sup>.

De todo modo, embora seja bastante plausível o caráter nocivo das consequências eventualmente causadas por uma intervenção inadequada, não se pode, ainda assim, deixar reconhecer o papel relevante que a regulação estatal desempenha tanto em favor da coletividade, como também em prol do próprio mercado<sup>394</sup>.

Mesmo porque, se não for possível conceber um modelo adequado de governança para evitar essas disfunções, o próprio mercado irá se ressentir de uma política regulatória responsável por assegurar a estabilidade necessária para potencializar

---

<sup>392</sup> STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation (preliminary and incomplete). In: Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation, **Tobin Project's Conference**, pp. 1-25. Florida: The Tobin Project, 2008. Disponível em: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7V5C>. p. 15.

<sup>393</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 71-72.

<sup>394</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 56-57.

a viabilidade das transações econômicas em andamento, mediante a provisão de um ambiente institucional equilibrado, no qual estarão inseridas as suas estruturas internas.

#### **4.4.1. A abordagem econômica da regulação e a corrupção enquanto desdobramento da teoria da captura**

É interessante destacar, antes de qualquer outro tema, a evidente correlação guardada entre as ponderações trazidas na seção anterior aos problemas enfrentados pela regulação econômica atribuída ao Estado Regulador, em termos de demandas por políticas regulatórias, grupos de pressão e o inegável risco de captura derivado do exercício de tal atribuição estatal.

No caso da clássica abordagem concebida pelos teóricos econômicos da regulação estatal, a percepção era a de que os entes reguladores estariam sujeitos em grande parte das ocasiões, por serem compostos de agentes políticos e burocratas igualmente dotados de racionalidade, a assimilar as pressões promovidas pelos mais diversos grupos sociais organizados e interessados em obter benefícios derivados da atividade regulatória estatal.

Sendo assim, a atividade regulatória deixaria de ter a função primordial de promover o afastamento das imperfeições identificadas nas relações de mercado, com o objetivo de reequilibrá-lo a um estado ótimo, para servir apenas aos interesses daqueles que fossem mais eficientes na disputa social travada pelos grupos de interesses organizados.

Dependendo dos custos associados as pressões exercidas sobre os entes reguladores e o grau de oportunismo compartilhado nos grupos mais organizados, e da racionalidade limitada dos demais grupos menos organizados, as comunidades vencedoras dessa disputa tenderiam a se dedicar mais a promover uma pressão mais adequada e robusta sobre os agentes políticos e burocratas, ao invés de aperfeiçoarem as suas aptidões produtivas, de modo a torna-las mais eficientes.

Em que pese ter havido o aperfeiçoamento do pensamento inicial de George Stigler por outros teóricos, ao mesmo tempo em que diversas críticas também foram construídas contra tal ceticismo regulatório<sup>395</sup>, é de fundamental importância reconhecer que a tendência de se intensificar a aproximação estabelecida entre os grupos sociais de

---

<sup>395</sup> Relembrar das reflexões propostas na Seção 4 do presente estudo.

pressão e os agentes públicos propicia o surgimento das condições favoráveis tanto para o advento de falhas regulatórias, como para o aparecimento de comportamentos corruptos<sup>396</sup>.

Por tal percepção, é que Leopoldo Pagotto defende que “quando a demanda de legislação não é atendida pela oferta e os jogadores envolvidos não se restringem ou se limitam pelas regras de mercado, surge espaço para a corrupção”<sup>397</sup>.

Isso quer dizer que, para além de todas as demais falhas enfrentadas pela atividade regulatória estatal, a corrupção também é um relevante distúrbio que deverá ser enfrentado pelo Estado Regulador no exercício das atribuições interventivas estabelecidas pelo quadro institucional em vigência – a Constituição Econômica.

Desse modo, a corrupção também pode ser qualificada enquanto uma das diversas “falha de governo” enfrentada no exercício da função regulatória<sup>398</sup>, assim como as demais que foram pontuadas ao longo do presente estudo<sup>399</sup>.

Apesar dessa correlação ser uma circunstância inegável derivada desse mesmo panorama de convergência de interesses públicos e privados, impõe-se destacar que o risco de corrupção não se confunde, necessariamente, com o risco de captura<sup>400</sup>.

Em certas situações, a captura regulatória pode se apresentar de forma bem mais ampla, sendo promovida por intermédio de recursos lícitos, mas que aparentemente poderiam configurar uma conduta não associada a nenhum interesse público subjacente.

---

<sup>396</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 247.

<sup>397</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 247.

<sup>398</sup> É importante fazer a advertência de que a noção conceitual de corrupção receberá o aprofundamento devido na seção seguinte, de modo que a referência ora realiza tem a finalidade apenas de demonstrar o ponto de convergência pelo qual se pode associar a eventual sintonia existente entre as condutas ilícitas adotadas pelos agentes particulares e os desvios de funcionamento do mercado.

<sup>399</sup> Sobre essa temática, Fernando Araújo defende que uma “assimetria de incentivos” aos agentes públicos (políticos e burocratas), seja pela ausência de benefícios em potenciais, seja pela inexistência de custos associados as práticas ineficientes, faz prevalecer os interesses oportunistas no setor público, ora pela assimilação de pressões exercidas pelos grupos organizados em troca de apoio eleitoral, ora pela prática de corrupção pura e simples, geralmente por meio de suborno. Cf. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 54-55.

<sup>400</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 249.

Já em outro cenário, a captura regulatória se torna apenas um “eufemismo” para o significado de corrupção<sup>401</sup>.

Nesse último contexto, a baliza fundamental responsável por traçar a linha divisória entre a captura regulatória e os comportamentos corruptos está associada a introdução do elemento favorecimento e subversão da finalidade pública, em favor de interesses privados, no contexto da relação mantida entre os grupos privados e os agentes públicos. Esse fenômeno de favorecimento e subversão aconteceria justamente para “transformar as relações impessoais em pessoais, geralmente visando à transferência de renda ilegal dentro da sociedade ou a simples apropriação indevida de recursos de terceiros ou a garantia de tratamento diferenciado”<sup>402</sup>.

Sendo assim, é possível assimilar a lógica de surgimento e desenvolvimento da corrupção social e política da seguinte maneira<sup>403</sup>:

Os agentes públicos, em geral, e os políticos, em particular, agem como *homo economicus*. Os políticos têm como objetivo principal a eleição, a reeleição e a obtenção de um fluxo de renda. O mercado político não é perfeito, e os eleitores não possuem controle total sobre as ações dos seus escolhidos. Ademais, existe muita assimetria de informação, e o próprio processo de negociação política [...] gera espaço para o pagamento de serviços de representação de interesses de *lobbies*.

Supondo a existência de algum controle sobre o comportamento dos políticos, há um *trade-off* entre a obtenção de propinas e a possibilidade de reeleição. Por exemplo, caso fique claro à base eleitoral de um deputado que ele defende o interesse de alguns grupos de pressão do que os interesses mais genéricos das bases que o elegeram, aumentará a possibilidade de que o mesmo não se reeleja; por outro lado, a propina implícita à representação dos *lobbies* pode compensar, na margem, a perda da eleição seguinte.

O fato é que, em ambas as situações, haverá sempre uma racionalização da intervenção estatal sobre o domínio das relações econômicas, podendo existir, a depender de fatores institucionais (benefícios e riscos envolvidos) e do poder de negociação dos

---

<sup>401</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 249.

<sup>402</sup> SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Corrupção e produção de bens públicos. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 129.

<sup>403</sup> SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Corrupção e produção de bens públicos. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 129.

agentes públicos e privados, um ambiente mais favorável a esse tipo de comportamento anômalo<sup>404</sup>.

Conseqüentemente, em tais ambientes, os entes reguladores estarão tanto mais acessíveis e receptivos aos interesses específicos defendidos pelos grupos privados integrados aos setores regulados, como mais resistentes e relutantes em buscar o cumprimento dos deveres institucionais que deveriam perseguir durante o exercício da função regulatória atribuída legitimada pelo interesse da coletividade<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora UnB, 2002. p. 63.

<sup>405</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 249.

## 5. MERCADO, REGULAÇÃO E CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA REGULAÇÃO ANTICORRUPÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Com base nas duas seções anteriores do presente estudo, em que se pôde fazer uma abordagem analítica relacionada ao funcionamento do mercado e as condições e possibilidade de intervenção estatal na atividade econômica, foi possível chegar à conclusão de que a interação inter-sistêmica estabelecida entre o mercado e atuação estatal estabelece a garantia de que o Estado deverá manter deferência à livre exploração da atividade econômica pela iniciativa particular.

Tudo isso, evidentemente, informado por todas aquelas balizas constituídas pelas normas jurídicas – ora regras, ora princípios ou postulados<sup>406</sup> – concebidas dentro da sistemática valorativa estabelecida pela Constituição Econômica do Brasil<sup>407</sup>.

Assim como a incursão eventualmente levada a efeito pelo Estado Regulador deverá ter como pressuposto a necessária observância da garantia fundamental da liberdade econômica assegurada à iniciativa particular<sup>408</sup>, a intervenção regulatória também deverá estar de acordo com os fundamentos consolidados na Constituição Econômica e, sobretudo, no quadro institucional que dela deriva<sup>409</sup>.

Daí porque se nota a relevância de uma abordagem interdisciplinar, com a utilização de parâmetros informativos da ciência econômica, para que seja possível melhor compreender a tensão inerente à relação construída entre Estado Regulador e iniciativa privada, tal qual se buscou fazer na seção anterior.

---

<sup>406</sup> Nesse sentido, André Elali elenca a sistematização de todas essas espécies normativas: soberania econômica, propriedade e sua função social, livre iniciativa e livre concorrência, valorização do trabalho humano e promoção do pleno emprego, proteção do meio ambiente, proteção do consumidor e redução das desigualdades regionais e sociais. Cf. ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 275.

<sup>407</sup> Dando o exemplo dos incentivos fiscais, enquanto modalidade de intervenção regulatória a ser utilizada pelo Estado Regulador Brasileiro, André Elali prossegue afirmando que “no caso do Brasil, tal impõe o exame dos princípios aplicáveis à ordem econômica, que determinam a forma de atuação do Estado e dos agentes econômicos. Instituir incentivos em ofensa a esses princípios, bem como as normas próprias da tributação e das finanças públicas, é gerar situações totalmente diferentes das propostas na Constituição Econômica”. Cf. ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 275.

<sup>408</sup> OLIVEIRA FILHO, João Grandino. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988**. 122 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal da Bahia, 2012. p. 76.

<sup>409</sup> CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010. p. 255.

Partindo dessa premissa fundamental<sup>410</sup>, é que, além de compreender os aspectos essenciais inerentes ao objeto central do presente estudo, isto é, a fenomenologia da corrupção inserida dentro do mercado, se buscará avaliar quais as eventuais hipóteses de intervenções regulatórias que poderão ser utilizadas pelo Estado Regulador no enfrentamento de tal anomalia, cuja presença no mercado é indiscutível na atualidade.

Dessa proposição, também se pretenderá vislumbrar, mesmo de modo propositivo e ainda em construção, as condições e possibilidades específicas de um regime próprio de intervenção regulatória destinado a enfrentar de maneira mais adequada o fenômeno da corrupção – uma verdadeira regulação anticorrupção ou “direito de intervenção anticorrupção”<sup>411</sup>.

### 5.1. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O FENOMENO DA CORRUPÇÃO: DA VISÃO SOCIO-POLÍTICA À CONCEPÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA

Muito embora o presente estudo tenha adotado um viés eminentemente interdisciplinar, pelo qual se utiliza conceitos típicos do Direito e da Economia, a compreensão do fenômeno da corrupção possui a tendência de ir muito mais além do que as conclusões que essas áreas podem oferecer, mesmo quando conjugados os seus principais parâmetros de investigação analítica.

Não há como negar, nessa perspectiva, que a corrupção esteja relacionada a fenômeno integrado ao sistema macro social e de caráter multifacetado. Isso quer dizer que a análise de tal temática envolve a atenção de diversos ramos das ciências que se dedicam ao estudo das relações sociais.

Logo, a corrupção deve ser claramente compreendida como um problema verdadeiramente complexo, podendo haver, inclusive, a concorrência entre diversas causas determinantes e, certamente, inter-relacionadas. Todas essas abordagens, por sua

---

<sup>410</sup> Rememore-se, aqui, a pertinência daquele paradigma de controle da atividade regulatória estatal defendido por Egon Bockmann Moreira – o de que Estado Regulador deverá se comportar, sobretudo, de forma sensata frente a iniciativa privada, quando resolver atuar sobre o domínio das relações econômicas.

<sup>411</sup> DANTAS, Felipe Araújo. **Direito anticorrupção no Brasil: internacionalização, política interna e novos paradigmas sancionatórios e institucionais**. 229f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, 2010. p. 96.

vez, estariam adequadas a partir das perspectivas adotadas, sendo bastante elucidativas, se bem articuladas, para esclarecer o fenômeno da corrupção<sup>412</sup>.

A vista de tal perspectiva, a corrupção acaba sendo indicada como uma temática de múltiplos significados. Um verdadeiro fenômeno universal<sup>413</sup>. No dizer de Luis Roberto Barroso, é um fenômeno que se desenvolveu no cenário brasileiro, por exemplo, de modo “generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais e privadas, agentes públicos e privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo”<sup>414</sup>.

Sendo assim, os vários enfoques colocados à disposição pelas ciências sociais terão evidente utilidade para tornar compreensível esse fenômeno, de modo que cada um desses segmentos irá dar, por consequência, a sua contribuição efetiva ao debate inerente a tal temática problematizada<sup>415</sup>.

Em que pese a complexidade dessa problematização, é possível identificar, de certo modo, um aspecto compartilhado por grande parte dos enfoques igualmente aplicáveis. Sob tal perspectiva, a corrupção estará associada, na maioria das ocasiões, a um processo concreto de “rompimento” de vínculos de confiança estabelecido entre os indivíduos inseridos dentro de uma determinada coletividade<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> CARVALHO, Victor Aguiar. **Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos**, Revista Eletrônica da PGE-RJ. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI4>. Acesso em: 28.07.2019.

<sup>413</sup> GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídica-sociológica, **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 26, pp. 203-245, 2004. p. 204.

<sup>414</sup> BARROSO, Luis Roberto. Prefácio – Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil. PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção: Lava-Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Portfólio Penguin, 2019. p. 12.

<sup>415</sup> Seguindo tal perspectiva, é de se destacar a proposição de Eugen Dimant e Thorben Schulte que defendem a aplicação de um corte interdisciplinar realmente complexo, propondo, inclusive, a estratificação da investigação analítica em três planos: (i) o plano interno, com os aportes da teoria comportamental e da escolha racional; (ii) o plano mediano, com a análise de valores, regras sociais, educação, cultura, etc.; e (iii) plano externo, com a influência da história, ambiente político e burocrático, do ambiente econômico, do ambiente jurídico, outros aspectos institucionais, etc. Cf. DIMANT, Eugen; SCHULTE, Thorben. The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective, **German Law Journal**, v. 17, n. 01, pp. 53-72, 2016. p. 58.

<sup>416</sup> Leopoldo Pagotto defende, inclusive, que a confiança é um dos principais pilares da vida social, refletindo-se sobre a política e economia. Cf. PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 57.

Partindo de uma perspectiva filosófica, Alaôr Caffé Alves sustenta que a corrupção se reveste da condição de fenômeno envolvido ao plano sensorial da humanidade, podendo ser aferido por meio do “processo pelo qual se compara aquilo que é passageiro, transitório, contingente em face daquilo que era imutável, perfeito, eterno”. Dito isso, é que se vislumbra na corrupção a degradação ética-moral daquela forma humana essencialmente boa, justa e igual em todas as partes, de modo que, se essa exploração não está colocada de forma visível, o sistema de convívio social poderá ser concebido como justo e quem age conforme ele, em tese, não é corrupto<sup>417</sup>

Espera-se desses indivíduos, portanto, um comportamento regido por padrões de conduta que balizam as relações estabelecidas entre os atores sociais envolvidos. A depender de uma maior ou menor rigidez do aspecto ético-moral desses padrões prevaletentes em uma determinada sociedade, o fenômeno da corrupção poderá adotar um percurso de expansão ou de retração no contexto social afetado<sup>418</sup>.

Transpondo essa visão nuclear para o aspecto político-jurídico, nota-se a corrupção como aquela “subversão” da legitimidade racionalmente concebida pela coletividade em favor dos seus representantes. A confiança política depositada nos representantes é submetida a um processo de quebra sistemática promovida na busca de interesses meramente privados, restando prejudicado, em contrapartida, o interesse da coletividade.

Por isso que o grau de corrupção envolvido nas relações sociopolíticas está relacionado a lógica racional segundo a qual “onde a confiança é maior a corrupção tenderia a ser menor, enquanto onde a confiança é menor a corrupção tenderia a ser maior”<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> ALVES, Alaôr Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio; NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder econômico: direito, pobreza, violência e corrupção**. Barueri: Manole, 2009. p. 174-177.

<sup>418</sup> GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil : entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

<sup>419</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 58.

A corrupção estaria envolvida, desse modo, com a interface<sup>420</sup> constituída entre a esfera pública e o interesse privado<sup>421</sup>. No caso brasileiro, a modernização estatal teria contribuído<sup>422</sup> diretamente para que fosse possível facilitar esse processo de subversão da finalidade pública em substituição pelo interesse privado<sup>423</sup>.

Em termos mais objetivos, e dentro do panorama sócio-político, a corrupção pode ser vislumbrada como a conduta tendente a explorar abusivamente uma atribuição genuinamente pública, deturpando a sua base de legitimidade, com o propósito exclusivo de obter um proveito individual, seja com a aquisição de poder político, seja pela obtenção de vantagens econômicas<sup>424</sup>.

No direito posto, é natural observar que a delimitação das práticas de corrupção decorre tradicionalmente da verificação da incidência de tipos normativos – sobretudo, de caráter penal – que estão associados a práticas de favorecimento praticadas no âmbito da administração pública e em todas as suas esferas. A tipificação de desses comportamentos, em grande parcela, também pode ser vista como consequência de um processo de internalização do direito internacional público, cujo específico segmento se dedica ao compromisso de transparência internacional e combate à corrupção<sup>425</sup>.

---

<sup>420</sup> Acerca dessa interface de interesses, Conrado Gontijo a vislumbra, na realidade, como um verdadeiro “conflito de interesses”, que surge naturalmente do processo de escolha pelo qual deve passar os agentes públicos: o de optar por exercer corretamente as suas atribuições ou se beneficiar, mesmo que indevidamente, de tal posição especial. Cf. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro**. 250 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2014. p. 18.

<sup>421</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002. p. 59.

<sup>422</sup> É interessante consignar, em tal sentido, a aplicação de tal raciocínio ao cenário institucional brasileiro realizada por Sérgio Abranches, quando afirma que “o Estado cresceu e burocratizou-se e a organização política seguiu estreita e incapaz de processar institucionalmente toda essa diversidade, de agregar e expressar com eficácia e regularidade a pluralidade de interesses e valores”. Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismos de Coalizão: o dilema institucional brasileiro, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34. p. 7.

<sup>423</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 65.

<sup>424</sup> FERRAZ, Sérgio. Corrupção: algumas reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 17, mar./abr./mai, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=364>. Acesso em: 28.07.2019. p. 9.

<sup>425</sup> DANTAS, Felipe Araújo. **Direito anticorrupção no Brasil: internacionalização, política interna e novos paradigmas sancionatórios e institucionais**. 229f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília, 2010. p. 73.

Com base nesse parâmetro, é que se pode fazer, inclusive, um esboço de um regime jurídico que está relacionado à internalização normativa de padrões normativos-positivos destinados a qualificar as condutas praticadas que eventualmente se qualificam como atos de corrupção.

Trata-se de uma concepção microjurídica do fenômeno da corrupção. Essa concepção, por sua vez, não está desassociada da função regulatória estatal, como se verá mais adiante. Ela é vista, na realidade, como uma das alternativas institucionais, dentre as quais o Estado Regulador pode ser utilizar, no exercício das suas atribuições regulatórias. Sendo assim, atomizam-se aquelas práticas encaradas enquanto atos de corrupção, de tal maneira que essas condutas terminam sendo qualificadas juridicamente como ilícitos normativos, que geralmente estão disciplinados por normas sancionatórias de natureza penal e/ou administrativa. Todavia, esse esforço legislativo não se revela suficiente para exaurir o fenômeno da patologia que inegavelmente é constituído pela corrupção.

Tal visão atomizada, na maioria das situações, é associada a modalidade *corrupção-suborno*, que ocorre quando há a retribuição da qual se favorece o agente público corrupto, quando este atua por meio de eventual ato ilícito em seu próprio benefício (prejudicando o interesse público). Partindo dessa visão ainda restritiva, é enfatizada, ainda, a relação entre público e privado, porque há confusão entre as essas que envolvem o agente público – típico do patrimonialismo estatal.

Porém, como visto, a mera regulamentação penal e administrativa, numa atividade legislativa de tipificação de condutas, não é suficiente para delinear o fenômeno sócio-político que é a corrupção. Neste âmbito, importam as noções de *corrupção-favorecimento* e *corrupção-solapamento*, que permitem uma compreensão mais ampla das práticas de corrupção, indo além daquelas meras disciplinas sancionatórias típicas do direito penal e do direito administrativo<sup>426</sup>.

A primeira está relacionada “a que importa no privilegiamento do privado em detrimento do público”, enquanto que a segunda se associa “a que atinge o fundamento último da legitimidade”. Essas duas noções fogem dos aspecto material-típico, para

---

<sup>426</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 185, jul./set., pp. 1-18, 2008. p. 4-8.

adentrarem no campo das ações coordenadas que, aparentemente lícitas, possam estar representando um prejuízo ao interesse da coletividade<sup>427</sup>.

É importante notar, dessa análise, que a corrupção por retribuição material é apenas a manifestação dessas duas outras facetas do mencionado fenômeno. A segunda ainda pressupõe a ideia de dicotomia público e privado, podendo de certo modo ser evitada com regimes sujeitos à uma maior conscientização democrática, selecionando os que privilegiam os interesses próprios.

Todavia, a última modalidade importa em crise sistêmica, na qual a própria legitimidade dos gestores públicos é mitigada por um sistema político permeado de interesses privados, modulando-o totalmente a comportamentos voltados ao cumprimento de compromissos pessoais, contra a ideia de bem-estar coletivo. Nesse último caso, questiona-se até mesmo a juridicidade do Estado envolvido, porque deve ser vista numa visão macro-jurídica<sup>428</sup>.

Vê-se que, em todas essas abordagens, o enfoque primordial é de caráter eminentemente valorativo. O reforço desse teor valorativo termina se justificando porque a finalidade precípua é aquela de garantir a proteção do quadro tradicional do “bom funcionamento da administração pública”, especialmente a sua capacidade institucional de prestar serviços públicos. Sem falar na contribuição dos vieses moralizantes oriundos de outros segmentos de análise<sup>429</sup>.

Sob tal perspectiva, percebe-se que a intervenção estatal do Estado brasileiro está tradicionalmente direcionada a tipificação delituosa de atos de corrupção que atentam contra atividade funcional exercida pela administração pública, baseando-se, geralmente, em componentes de forte natureza moral e, também, de confiança na atividade pública, em consonância com aquilo já antecipado mais acima<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 185, jul./set., pp. 1-18, 2008. p. 4.

<sup>428</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 69.

<sup>429</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e Compliance no Brasil*. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 724.

<sup>430</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e Compliance no Brasil*. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 725.

Acontece que, quando se confronta essa perspectiva metodológica com a lógica interdisciplinar adotada no presente estudo, se torna perceptível a limitação analítica que ostenta tal ponto de vista tradicional, circunstância que acaba prejudicando, de uma forma ou de outra, a capacidade reflexiva derivada de tal corte epistemológico.

De plano, é possível constatar que essa visão termina afastando a evidente abrangência que a regulação econômica pode estabelecer sobre o fenômeno da corrupção. Tal limitação, por decorrência, termina sendo responsável por restringir a amplitude da capacidade institucional colocada à disposição do Estado Regulador para enfrentar essa imperfeição naturalmente associada à exploração das atividades econômicas, sempre em conformidade com os fundamentos da Constituição Econômica.

Sem embargo da possibilidade da intervenção regulatória de cunho estatal se fazer presente no enfrentamento aos atos de corrupção identificados no domínio das relações econômicas, é de fundamental importância destacar igualmente que a abordagem econômica permite justamente “isolar incentivos a propinas para agentes do governo, avaliar suas consequências e sugerir reformas”, conforme defende Susan Rose-Ackerman<sup>431</sup>.

Portanto, a utilização de tal abordagem qualifica a corrupção enquanto verdadeiro problema econômico cujo enfoque deve ser centrado nos incentivos derivados do ambiente institucional em que estarão inseridas as transações econômicas<sup>432</sup>.

Tratam-se de incentivos tanto relacionados aos potenciais benefícios que poderão ser obtidos a partir das práticas corruptas, como também de risco de detecção das transações corruptas e do poder de negociação dos corruptores e dos corrompidos em potencial<sup>433</sup>.

Em suma, a prática de corrupção é entendida enquanto ação racional igualmente considerada e implementada pelos agentes econômicos envolvidos. Ela está centrada,

---

<sup>431</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora UnB, 2002. p. 59.

<sup>432</sup> CARVALHO, Victor Aguiar. **Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos**, Revista Eletrônica da PGE-RJ. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI4>. Acesso em: 28.07.2019.

<sup>433</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora UnB, 2002. p. 63.

dentre outros fatores relevantes, na análise dos custos e benefícios oriundos de comportamento corrupto. E, por consequência, se o ambiente institucional produz incentivos aos agentes nele inseridos, também será possível reconhecer que existe uma correlação entre estímulos aos agentes racionais, desempenho econômico e práticas de corrupção<sup>434</sup>.

## 5.2. UMA PROBLEMATIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO SOB O ENFOQUE DO REGULACÃO ECONÔMICA:

### 5.2.1. A teoria econômica e o dilema do agente e do principal: as informações, a racionalidade limitada e o rent seeking

A abordagem econômica da corrupção tende sempre a partir do pressuposto estabelecido com a racionalidade individual do agente corrupto. Em tal perspectiva, o indivíduo é colocado em evidência para a investigação econômica: é um agente racional (*o Homo Economicus*) responsável por tomar decisões, ponderando, sempre, os custos e riscos envolvidos e os benefícios líquidos que poderão derivar a partir da adoção de um comportamento relacionado a corrupção<sup>435</sup>.

É o comportamentalismo econômico que está na base lógica de uma ação racional voltada à corrupção. Em tese, a cadeia de raciocínios adotados pelo agente individual o habilitará a escolher pela adoção de um ato de corrupção. A premissa desse comportamento seria a de que a racionalidade individual do agente sempre o levaria a perseguir a maximização da utilidade e do bem-estar dos seus comportamentos<sup>436</sup>.

Essa perspectiva, inclusive, se amolda perfeitamente à compreensão da corrupção enquanto fenômeno pelo qual se efetiva a subversão da finalidade pública pelos anseios meramente particulares. Desde que exista, por evidência, uma margem de

---

<sup>434</sup> RAMALHO, Renato Marques. **Corrupção, Instituições e Desenvolvimento: a corrupção tem impacto sobre o desempenho econômico?** 42 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Economia, Escola de Economia de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 11-13.

<sup>435</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 177.

<sup>436</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 226.

discricionarieidade para que a autoridade pública possa distribuir os benefícios almejados e gerir os riscos e custos envolvidos com o seu comportamento<sup>437</sup>.

A propósito, o próprio Gary Becker formulou toda uma teoria econômica de abrangência geral aplicada as práticas criminosas baseada na premissa da racionalidade individual dos agentes criminosos, assim como foi desenvolvida especificamente para os comportamentos associados à corrupção<sup>438</sup>.

Quando introduzirmos a variável da racionalidade individual no âmbito da atividade regulatória estatal, é de se notar que os agentes políticos e os burocratas poderão certamente perseguir a concretização dos seus interesses pessoais, em detrimento dos anseios públicos inerentes às funções que estão exercendo.

Daí porque é possível vislumbrar a dinâmica da relação entre agente e principal na análise de mecanismos regulatórios. Com efeito, se o principal seria aquele que estaria disposto a delegar uma atividade para o agente, por necessidades das mais diversas<sup>439</sup>, é fato que o agente poderá agir racionalmente para se beneficiar os seus interesses, mesmo sendo um “mandatário” dos interesses dos principal<sup>440</sup>.

À medida que a assimetria de informações existente entre agente e principal for reduzindo com a consolidação de tal relacionamento, esse grau de racionalidade irá ser reduzido cada vez mais para ambos. A divergência entre os interesses, em contrapartida, poderá crescer cada vez mais, a ponto de ser eliminada, circunstância que muito raramente acontece na realidade prática.

O fator diferencial que diminui a ineficiência constatada no dilema do agente e do principal é justamente o fator informacional. Cada vez que for maior a vantagem

---

<sup>437</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora UnB, 2002. p. 59.

<sup>438</sup> BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Jornal of Political Economy**, v. 76, n. 2, mar./abr., pp. 169-217, 1968. p. 207-208.

<sup>439</sup> Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi reconhecem, inclusive, que, se não é possível fazer de tudo quando as demandas são extremamente complexas e diversificadas, você acabará tendo de se colocar em um dilema de agente e principal. Cf. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 265.

<sup>440</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 75.

informacional do agente, este será mais estimulado agir de modo oportunista, perseguindo exclusivamente os seus interesses<sup>441</sup>.

Portanto, a racionalidade acaba sendo limitada pelo grau de informação envolvida na relação entre principal e agente<sup>442</sup>, de modo que os comportamentos oportunistas (*rent seeking*<sup>443</sup>) serão diretamente estimulados, em maior ou menor grau, pela intensidade e amplitude das vantagens informacionais envolvidas em tal relacionamento.

No caso do fenômeno da corrupção, enquanto que os políticos e os burocratas seriam os agentes, a coletividade seria o principal<sup>444</sup>. Sendo assim, o grau de informação que poderia limitar o grau de racionalidade oportunista desses agentes seria justamente a existência de um regime democrático consolidado na sociedade<sup>445</sup>.

Caso contrário, à medida que a democracia estivesse passando por um processo de fragilização, a corrupção se intensificaria cada vez mais para prejudicar o interesse compartilhado por toda a coletividade, em favor dos benefícios obtidos indevidamente pelos agentes públicos oportunistas<sup>446</sup>.

---

<sup>441</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 75.

<sup>442</sup> Quebra-se, nesse ponto, o dogma neoclássico da hiper-racionalidade, reconhecendo-se que a capacidade cognitiva dos agentes econômicos é significativamente limitada, isto é, estes nem sempre poderão assimilar todas as informações sinalizadas dentro do mercado. O próprio Friedrich Von Hayek já reconhecia essa limitação de uma “ordem econômica racional”, pois defendia que o conhecimento dos dados econômicos “nunca existe de uma forma concentrada ou integrada”, ou seja, está sempre disperso e distribuído de forma incompleta e, até mesmo, contraditória pelos indivíduos que o possuem. Cf. HAYEK, Friedrich Von. O uso do conhecimento na sociedade, Tradução: Philippe A. Gebara Tavares, **Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia**, v. 1, n. 1, jan./jun., pp. 153-162, 2013. p. 154.

<sup>443</sup> A teoria do *rent seeking* está associada a premissa de que “os agentes procurarão obter o máximo de renda possível, respeitando ou não as regras da conduta econômica e social”, de modo que tal ação poderá gerar a transferência indevida de benefícios sociais em favor de interesses individuais, por intermédio de diversas formas de privilégio (a corrupção seria uma delas. Por isso, é que esses agentes são comumente denominados de “caçadores de renda”. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Corrupção e produção de bens públicos. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 129.

<sup>444</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 177.

<sup>445</sup> Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, ao abordar a questão dos caçadores de renda, defende que a corrupção pode ser um desdobramento de uma atividade caçadora de renda, a depender da estrutura de incentivos que predomina no campo das instituições econômicas, políticas e sociais de uma determinada sociedade. Isso porque “todos os agentes, se puderem, caçam renda dentro e fora da lei, caso não haja nenhuma consideração de restrição moral e legal que imponha algum custo à ação”. Cf. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Corrupção e produção de bens públicos. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 128.

<sup>446</sup> CARVALHO, Victor Aguiar. **Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos**, Revista Eletrônica da PGE-RJ. Disponível em:

Com mais transparência, governança e responsabilidade, fortalecem-se os mecanismos adequados de vigilância, comando e controle, punição e desestímulo contra essas vantagens informacionais, potencializando, por consequência, o risco de surgimento de práticas de corrupção, tanto na fase anterior à incorporação dos agentes públicos (*seleção adversa*), como também durante a fase de exercício das funções públicas (*o risco moral*)<sup>447</sup>.

### 5.2.2. A corrupção como problema de ação coletiva: o oportunismo sistêmico

Para além de uma perspectiva associada a arranjos individuais baseados em estímulos racionalmente estabelecidos, até mesmo conduzida mediante as proposições informadas pela teoria econômica dos jogos<sup>448</sup>, é de fundamental importância destacar que a lógica comportamental associada às práticas de corrupção pode ser igualmente observada pela perspectiva das ações coletivas.

Há quem defenda, inclusive, que o surgimento de comportamentos corruptos se assemelha mais a um problema de ação coletiva, do que um problema derivado do dilema de principal-agente, especialmente em ambientes institucionais caracterizados pela presença de uma corrupção de natureza sistêmica<sup>449</sup>.

Isso se justifica porque o dilema da ação coletiva geralmente é estabelecido “naquelas situações em que, se todos os indivíduos que formam parte de um grupo humano atuam de maneira racional, atendendo aos seus próprios interesses, em longo prazo pode-se acabar gerando um problema coletivo que fere a todos os indivíduos”<sup>450</sup>.

---

<http://www.revistaelectronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI4>. Acesso em: 28.07.2019.

<sup>447</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 49.

<sup>448</sup> Segundo o que defende Ronald Hilbrecht, “a teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações de outros”. A proposição econômica dos jogos parte da premissa de que os agentes são racionais nas decisões adotadas, sopesando os objetivos e preferências; as limitações e restrições relevantes às suas ações; e que as melhores ações poderão ser adotadas, mediante esse exercício de ponderação. Resumidamente, a “teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes”. Cf. HILBRECHT, Ronald. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: n: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 115.

<sup>449</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 181.

<sup>450</sup> SÁNCHEZ, Fernando Jimenez. **A armadilha política: a corrupção como problema de ação coletiva**. Tradução: Affonso Ghizzo Neto. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/a-armadilha-politica-a-corrupcao-como-problema-de-acao-coletiva>. Acesso em: 28/07/2019.

Deve haver uma convergência coletiva de interesses no sentido de que essa racionalidade individual amplificada necessita ser evitada. Caso contrário, todo o prejuízo decorrente de tal cenário também será compartilhado por todos, em razão da amplitude alcançada pelos comportamentos oportunistas, na medida em que, de um ponto de vista individual, a racionalidade deve se conduzir para conter os efeitos desse problema de ação coletiva.

Se a cooperação institucional não for suficiente para assegurar que todos os indivíduos possam respeitar essas regras, no sentido de evitar esse comportamento oportunista generalizado, “o controle dos interesses individuais não é possível e o grupo se expõe a uma situação de dilema de ação coletiva. Isto é o que costuma acontecer naqueles entornos sociais onde os cidadãos percebem muita corrupção”<sup>451</sup>.

Portanto, em que pese a visão tradicional dos problemas de ação coletiva concebidos por Mancur Olson tenha se baseado na compreensão de que os indivíduos não se agrupam necessariamente pela busca de um “interesse comum”<sup>452</sup>, a corrupção acaba sendo identificada enquanto verdadeiro “bem coletivo ou público” que deriva da atuação (*lobbie*) dos grandes agrupamentos de pressão envolvidos.

Ou seja, a fruição dos benefícios da corrupção ocorrerá de forma indivisível e não exclusiva pelos agentes eventualmente beneficiários, sejam aqueles que arcaram com os custos decorrentes das práticas de corrupção, sejam aqueles que oportunamente aproveitaram (“pegando carona”) desse contexto – os *free riders*<sup>453</sup>.

Logo, os atores eventualmente interessados nos resultados decorrentes da implementação de práticas de corrupção tenderão a maximizar os interesses compartilhados por todos os agentes afetados, tenham eles cooperado para a efetivação desses comportamentos, ou não. Isso porque a predominância de uma percepção de corrupção dentre de um determinado ambiente institucional poderá exercer uma

---

<sup>451</sup> SÁNCHEZ, Fernando Jimenez. **A armadilha política: a corrupção como problema de ação coletiva**. Tradução: Affonso Ghizzo Neto. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-armadilha-politica-a-corrupcao-como-problema-de-acao-coletiva>. Acesso em: 28/07/2019.

<sup>452</sup> OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Tradução: Fábio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 60.

<sup>453</sup> BORSANI, Hugo. Relações entre política e economia: Teoria da Escolha Pública. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 115-116.

repercussão determinante nas ações individuais que poderão ser racionalmente adotadas agentes interessados<sup>454</sup>.

Em tais situações, a racionalidade dos agentes conduz a seguinte lógica comportamental<sup>455</sup>:

Especificamente, se você espera que outros em sua comunidade ajam corruptamente, você será incentivado a agir da mesma forma porque os custos individuais de se engajar em comportamentos baseados em princípios superam os benefícios individuais. Até um indivíduo que prefere agir honestamente pode não ver outra escolha a não ser comportar-se de forma corrupta quando estiver agindo em um ambiente completamente corrupto. Sob tais condições, os custos de comportamentos baseados em princípios podem incluir o ostracismo, a ridicularização, a estigmatização ou a vingança (por exemplo, a perda de emprego ou até mesmo a vida) a pedido de ou por outros membros da comunidade.

Quando aplicamos a raciocínio da ação coletiva às práticas de corrupção, a lógica comportamental praticamente se inverte: espera-se que mesmo aqueles dissidentes honestos assimilem a tendência de se corromper, na medida em que os custos da “honestidade” termina sendo altíssimo, em comparação aos benefícios bastante reduzidos que poderão advir das abstenções de práticas corruptas.

Transpondo o raciocínio da teoria da agência para tal realidade, a verdade é que “o principal não demonstra verdadeiro interesse em controlar a corrupção do agente ou [...] encontramos um principal “sem princípios”<sup>456</sup>.

Esse quadro sistêmico de corrupção não baseado apenas em análises individuais, mas também compartilhado de forma coletiva, demonstra as razões pelas quais “as sociedades podem ficar presas em equilíbrios subótimos e autorreforçados nos quais os indivíduos se envolvem na corrupção porque esperam que todos sejam corruptos, e esses comportamentos, então, alimentem as expectativas coletivas negativas”<sup>457</sup>.

<sup>454</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 181.

<sup>455</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 181.

<sup>456</sup> SÁNCHEZ, Fernando Jimenez. **A armadilha política: a corrupção como problema de ação coletiva**. Tradução: Affonso Ghizzo Neto. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-armadilha-politica-a-corrupcao-como-problema-de-acao-coletiva>. Acesso em: 28/07/2019.

<sup>457</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 182.

Diante desse cenário de “consolidação” da corrupção, as reformas e modificações institucionais acabarão sendo dissuadidas pelos agentes públicos interessados em manter o estado de coisas baseado na corrupção sistêmica. Isso gera um problema de ação coletiva de “segunda ordem”: os grupos de agentes políticos terão menos incentivos para alterar essa sistemática, pois são aqueles que mais se beneficiam dos efeitos positivos da corrupção, justificando-se, desse modo, eventuais manipulações de agendas de reformas que poderiam ser implementadas em tal contexto<sup>458</sup>.

Portanto, não é relevante se existe eventualmente uma vantagem informacional entre o agente (políticos e burocratas) e o principal (coletividade). Afinal, o principal não está interessado em aperfeiçoar o monitoramento das ações do agente. Ou então é fortemente desincentivado a fazê-lo.

As regras de funcionamento são absolutamente invertidas: se não há um prognóstico positivo de que as instituições e os agentes políticos e burocratas poderão agir honestamente, a “escolha” mais racional é tentar obter igual acesso aos oportunistas que facilitem a satisfação dos meus interesses. Por tal razão, enquanto estas expectativas não mudem, a teoria da agência não proporcionará verdadeiras soluções para reduzir a corrupção<sup>459</sup>.

### 5.3. A “REGULAÇÃO ANTICORRUPÇÃO” SOB O PARÂMETRO DA MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA INTERVENÇÃO REGULATÓRIA RESPONSIVA:

Muito embora tenha se discutido, num primeiro momento, a relevância do comportamento corrupto para o funcionamento do mercado, até mesmo quanto a imprecisão dos dados empíricos existentes<sup>460</sup>, é praticamente inegável a concordância na

---

<sup>458</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 182.

<sup>459</sup> SÁNCHEZ, Fernando Jimenez. **A armadilha política: a corrupção como problema de ação coletiva**. Tradução: Affonso Ghizzo Neto. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-armadilha-politica-a-corrupcao-como-problema-de-acao-coletiva>. Acesso em: 28/07/2019.

<sup>460</sup> PINOTTI, Maria Cristina. Os efeitos econômicos da corrupção. In: PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 175.

atualidade sobre o fato de que as práticas de corrupção afetam diretamente a dinâmica de funcionamento do mercado<sup>461</sup>.

Não somente representa um impacto sobre a dinâmica das relações econômicas, mas a corrupção constitui um fator determinante para que a circulação e a distribuição dos bens e recursos econômicos ocorra de forma ineficiente<sup>462</sup>. Tal percepção se justifica porque, ao gerar estímulos equivocados aos agentes econômicos, a corrupção termina “substituindo o critério da eficiência pelo critério da proximidade política ou da compra de facilidades”<sup>463</sup>.

O fato é que, independentemente da sua intensidade, a corrupção afeta negativamente a o bem-estar e a produtividade das relações econômicas. Sem embargo, evidentemente, daqueles impactos causados às demais atividades estatais – e não relacionadas à atividade regulatória, causando externalidades sociais extremamente nocivas para toda a coletividade<sup>464</sup>.

Portanto, não se pode concordar, de maneira alguma, com algumas posições concebidas para defender a “eficiência” da corrupção. Com efeito, ao invés de analisar eventuais efeitos positivos gerados em função desses comportamentos, deve-se colocar em evidência o fato de que “as distorções que a corrupção ajuda a evitar ou superar podem ser criadas, mantidas e mesmo aumentadas por funcionários e políticos corruptos exatamente por causa do seu potencial de corrupção”.

É um ciclo deletério que, por ser vicioso, altera profundamente a dinâmica das relações econômicas afetadas. Trata-se de uma falha de governo que repercute tanto nos incentivos conferidos aos agentes estatais na condução da atividade regulatória, como também nos estímulos dados aos agentes econômicos, na medida em que beneficia não o

---

<sup>461</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption: a Study in Political Economy**. Nova Iorque: Academic Press Inc., 1978. p. 2.

<sup>462</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 75.

<sup>463</sup> FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017. p. 5.

<sup>464</sup> PINOTTI, Maria Cristina. Os efeitos econômicos da corrupção. In: PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 175.

critério de eficiência de produção de mercado, mas sim de extração indevida de renda por meio de comportamentos oportunistas (*rent seeking*)<sup>465</sup>.

Sendo assim, ao invés de impulsionar positivamente as relações de mercado, a corrupção se revela como verdadeira falha de governo que, ao se desdobrar de um processo de captura tolerável, gera distorções no funcionamento do mercado, quando favorece a alocação de recursos em atividades improdutivas, ao mesmo tempo em que produz custos de transação desnecessários para as relações de mercado<sup>466</sup>.

Se, por um lado, é inequívoca a nocividade dos efeitos que a corrupção exerce sobre o funcionamento adequado do mercado, também não se pode deixar de reconhecer que, por outro lado, tal fenômeno é absolutamente reprovável sob o parâmetro do sistema jurídico em vigência, sobretudo, quando consideramos os parâmetros institucionais estabelecidos na Constituição Econômica.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa chega a ser enfático ao desaprovar as práticas corruptas adotadas, por exemplo, pelas empreiteiras, que, em razão do comportamento delituoso adotado por seus proprietários e controladores, acabam contrariando todos os fundamentos incorporadores na Ordem Econômica presente nos Artigos 170 e seguintes da Constituição Federal, atribuindo à atividade produtiva “uma missão social fundada na ética dos negócios e na defesa da promoção do bem público e das categorias mais significativas da sociedade (consumidores, concorrentes)”<sup>467</sup>.

Quando estes exercem, de modo continuado e permanente, um comportamento pautado pela promiscuidade entre os interesses públicos e os anseios privados, essas condutas se traduzem em verdadeiro abuso do poder econômico constitucionalmente assegurado a todos, pois estão infringindo diretamente todos aqueles fundamentos presentes no Título VII, Capítulo I da Constituição Federal e são, conforme o §5º do art.

---

<sup>465</sup> PINOTTI, Maria Cristina. Os efeitos econômicos da corrupção. In: PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 179.

<sup>466</sup> SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Corrupção e produção de bens públicos. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 130.

<sup>467</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Performance bonds*: quebra de interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos. PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 210.

173 da Constituição Federal, absolutamente responsáveis pelos atos praticados contra a Ordem Econômica<sup>468</sup>.

Portanto, a Constituição Econômica exige a observância de um standard comportamental a ser obrigatoriamente observado pelos agentes econômicos, seja pela iniciativa particular, seja pelo próprio Estado<sup>469</sup>. Caso contrário, caberá ao Estado Regulador se utilizar das suas atribuições institucionais para intervir e regular o comportamento dos agentes econômicos corruptos, de modo a fazer valer os valores traduzidos nos fundamentos eventualmente violados e constantes da Constituição Econômica<sup>470</sup>.

Se a corrupção se reveste da condição de violação aos fundamentos da Constituição Econômica, ora mediante o abuso do poder econômico atribuído aos agentes particulares, ora por desvios regulatórios, a implementação de boa regulação certamente será fundamental para a combater as distorções causados pelo comportamento corrupto identificado no mercado<sup>471</sup>.

Tem-se a necessidade, para alcançar tal propósito, de deixar estabelecidas as premissas pelas quais se poderia propor uma regulação estatal adequada e sensata aos eventuais comportamentos corruptos identificados no mercado. São elas: a Teoria da

---

<sup>468</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Performance bonds*: quebra de interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos. PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 210.

<sup>469</sup> Interessante destacar a posição de Vladimir França acerca desse estatuto fundamental, ao defender que “os princípios constitucionais da ordem econômica e da ordem social funcionam como garantias fundamentais dos administrados em face das políticas públicas. Esses preceitos da CRFB podem perfeitamente servir de parâmetros para o controle da juridicidade das políticas públicas, seja em razão de excesso intervencionista contra os direitos fundamentais individuais dos administrados, seja em virtude da insuficiência ou omissão do Estado perante a Justiça Social. Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 202, abr./jun., pp. 7-29, 2014. 23.

<sup>470</sup> Como se verá mais à frente, a opção pela “estandardização de comportamentos na gestão organizacional” está associada ao “reconhecimento de limites de legitimação da intervenção passa a se antecipar já ao âmbito da condução da atividade empresarial, fixando as condutas de cautela devida para a estabilização de medidas incertas (temerárias ou fraudulentas) e suspeitas (de corrupção e deslealdade na concorrência)”, de modo a substituir, por consequência, aquela mentalidade repressora por uma de caráter preventivo, em relação as infrações à ordem econômica. Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance, **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, a. 2, v. 2, n. 2, dez., pp. 112-120, 2014. p. 113.

<sup>471</sup> OLIVEIRA, Gesner. O triângulo perverso da corrupção: corrupção razoável, monopólio e corrupção necessária. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009. p. 170.

Informação, a Teoria do Desenho de Mecanismo e a Teoria da Multiplicidade Institucional.

O primeiro paradigma apresenta pressuposição de que os agentes individuais não possuem um amplo acesso as informações difundidas, de modo disperso e transitório, por todo o mercado. Logo, a racionalidade deles é limitada pelo conhecimento informacional que possuem perante o mercado. E muito provavelmente as decisões que serão tomadas estarão baseadas em assimetrias informacionais, circunstância que acabará modulando os estímulos que serão assimilados pelos agentes individuais durante o processo de tomada de decisões<sup>472</sup>.

Diante dessa pressuposição, o relevante a se considerar é que os agentes individuais não modularão os seus comportamentos mediante a exploração de uma hiper-racionalidade, mas por intermédio das informações assimiladas durante a difusão conhecimento realizada pelas relações econômicas.

Sendo assim, o critério de eficiência de uma determinada escolha racional adotada deixará de ser aquela decorrente do processo alocativo para dar lugar aquelas baseada na adequação máxima dos incentivos veiculados com o objetivo de influenciar o comportamento dos agentes econômicos<sup>473</sup>.

Em relação ao segundo pressuposto, infere-se a sua utilidade a partir da concepção de que os mecanismos podem ser modelados com base nos incentivos distribuídos aos agentes potencialmente afetados por esses estímulos, nos diversos jogos que estão participando.

Se os mecanismos constituem os elementos predeterminados que regem a forma como ocorrerá uma determinada disputa entre agentes racionais, eles poderão ser mais

---

<sup>472</sup> NÓBREGA, Marcos. Novos Marcos Teóricos em Licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, abr./mai./jun., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=617>. Acesso em: 29/07/2019. p. 2-3.

<sup>473</sup> NÓBREGA, Marcos. Novos Marcos Teóricos em Licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, abr./mai./jun., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=617>. Acesso em: 29/07/2019. p. 5.

eficientes se os incentivos forem distribuídos adequadamente aos agentes potencialmente afetados<sup>474</sup>.

Por isso, levando-se em consideração os propósitos envolvidos e as informações difundidas nas relações afetadas, poderão ser modelados diferentes tipos de mecanismos destinados a produzir os incentivos adequados frente aos agentes potencialmente afetados, constituindo, por consequência, diversos equilíbrios para cada uma das hipóteses concebidas<sup>475</sup>.

O modelo dos mecanismos sempre estará numa posição adaptável ao incentivo pretendido com o jogo a ser proposto frente aos agentes racionais que poderão ser afetados por esses estímulos.

Não menos importante, o terceiro e último paradigma suscitado se refere a existência de mais um arranjo institucional em um determinado ambiente institucional eventualmente considerado. Esses arranjos institucionais, ao produzirem incentivos aos agentes racionais nele inseridos, poderão modular mais as escolhas e os comportamentos desses indivíduos, a depender do grau de mudança estabelecido pela multiplicidade constituída<sup>476</sup>.

Por consequência, um determinado quadro institucional sempre poderá ser modificado em diferentes intensidades, dando lugar a cenários mais simples ou mais complexos, desde que a multiplicidade de alternativas institucionais seja utilizada mais amplamente por aqueles atribuídos de tal incumbência, mediante escolhas estratégicas destinadas a tal finalidade<sup>477</sup>.

---

<sup>474</sup> NÓBREGA, Marcos. Novos Marcos Teóricos em Licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, abr./mai./jun., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=617>. Acesso em: 29/07/2019. p. 5-6.

<sup>475</sup> NÓBREGA, Marcos. Novos Marcos Teóricos em Licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, abr./mai./jun., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=617>. Acesso em: 29/07/2019. p. 8.

<sup>476</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 185.

<sup>477</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 185.

Com esses pressupostos, podemos chegar à conclusão intuitiva de que os comportamentos dos agentes racionais poderão ser estimulados a partir de cada mecanismo institucional eventualmente modelado com base nas informações difundidas entre esses indivíduos, sendo que todas essas alternativas poderão ser apresentadas de forma simultânea e múltipla em um mesmo ambiente institucional.

Aplicando ao fenômeno da corrupção, impõe-se a compreensão de que a regulação anticorrupção poderá ser implementada mediante a adoção de diversas alternativas regulatórias, cujos estímulos poderão se diferenciar a partir dos incentivos produzidos para cada comportamento corrupto afetado, tudo isto dentro de um mesmo ambiente institucional.

Seja a conduta mais compatível com o dilema do agente e do principal, seja a conduta mais pertinente com o dilema de ação coletiva, o Estado Regulador poderá adotar as escolhas regulatórias cuja pertinência seja mais adequada para a hipótese regulada, estimulando, negativa ou positivamente, os agentes corruptos de um modo mais responsivo e eficiente aos propósitos almejados.

Partir-se-á, portanto, desse paradigma para buscar a identificação daqueles eventuais mecanismos institucionais destinados a promover uma efetiva regulação anticorrupção, por meio das alternativas de intervenções regulatórias colocadas a disposição do Estado Regulador, tudo para fazer prevalecer as escolhas regulatórias mais adequadas, sensatas e eficientes, se confrontadas com os fundamentos estabelecidos na Constituição Econômica.

### **5.3.1. A re-regulação e as regras de comando e controle: a importância do regime jurídico-normativo da tipificação sancionatória e o deslocamento de perspectiva em função do caráter dissuasor da punição**

Muito embora a tendência de desregulação tenha afetado diversos segmentos produtivos distribuídos pelo mercado, impondo um movimento de recuo da intervenção e estatal sobre as relações econômicas, a presença do Estado Regulador nunca deixou de existir na condução de ingerências regulatórias frente às transações econômicas promovidas pelos agentes econômicos.

Na realidade, o que se observou foi um fenômeno de retorno da atividade regulatória estatal após esse momento inicial de afastamento. Daí em diante, a regulação

tradicional foi substituída por um estatuto regulatório mais consentâneo com a realidade econômica atual, em que prepondera a necessidade de que exista uma prévia qualificação técnica na condução das intervenções estatais sobre as relações de mercado<sup>478</sup>.

Eis o denominado o movimento denominado de “re-regulação”<sup>479</sup>. Por meio dele, enquanto que promoveu o redimensionamento de suas atividades regulatórias, o Estado Regulador continuou a promover intervenções sobre as relações econômicas. Sendo que, daí em diante, as intervenções seguem a tendência de acontecerem geralmente de modo mais sensato e prudente.

Sob tal perspectiva, é que, mesmo tendo havido uma inegável erosão do modelo tradicional de regulação estatal baseada na sanção<sup>480</sup>, não se pode deixar de reconhecer o papel fundamental que a punição exerce na promoção da atividade regulatória sobre as práticas de corrupção<sup>481</sup>.

Isso porque, quando adotamos o dilema do agente e do principal na compreensão do surgimento de práticas de corrupção, a incidência do binômio prescrição-sanção sobre os comportamentos dos agentes individuais acaba se transformando em fator determinante a ser considerado na cadeia de racionalidade exercitada pelos agentes infratores, até chegar a decisão definitiva sobre praticar um ato de corrupção, ou não<sup>482</sup>.

Nesse sentido, é o fator da exigibilidade de condutas que assegura a importância da sanção na regulação de práticas de corrupção. Com o respaldo da previsão da punição

---

<sup>478</sup> GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**. 207 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 129.

<sup>479</sup> MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto-Regulação, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, abr./jun., pp. 123-128, 2002. p. 124.

<sup>480</sup> FRAZÃO, Ana. Corrupção e compliance: um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral. In: LAMACHIA, Cláudio; PETRACA, Carolina (Org.). **Compliance: essência e efetividade**. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2018. p. 196.

<sup>481</sup> Conforme reconhece Leopoldo Pagotto, a regulação estatal certamente poderá lançar mão das regras de comando e controle contra as práticas de corrupção, se necessário e adequado for para a conduta corrupta a ser regulada. Cf. PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 75.

<sup>482</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

estatal, a sanção promove o esforço de influenciar, de forma contundente, o comportamento dos agentes individuais regulados<sup>483</sup>.

A menos que os agentes regulados assumam efetivamente o risco de sofrerem os efeitos da imposição das penalidades previstas, eles terão de modular os seus comportamentos a partir dos parâmetros normativos de orientação comportamental estabelecidos nas disposições legais aplicáveis às situações concretas em análise<sup>484</sup>.

Por tal razão, é que essa modalidade de intervenção é denominada de “regulação por comando e controle”, por ser funcionalizada a partir da força coercitiva das prescrições normativas garantida pela aplicação de sanções imediatas<sup>485</sup>. Será justamente a aplicação da reprimenda adequada ao agente infrator que poderá influenciá-lo, indiretamente, a não reincidir no comportamento oportunista punido em momento anterior.

Nada obstante, a contundência dessa modalidade de regulação por comando e controle depende necessariamente que os benefícios sob os controles das autoridades sejam efetivamente reduzidos; que os poderes discricionários das autoridades sejam igualmente diminuídos; e que os custos e os riscos associados às práticas de corrupção sejam consideravelmente elevados<sup>486</sup>.

Ou seja, a regulação de comando e controle somente terá impacto regulatório contra as práticas de corrupção se houver efetividade no cumprimento das sanções estabelecidas nas disposições normativas aplicáveis. Logo, todas as etapas do processo de responsabilização dos agentes corruptos devem ser implementadas na realidade concreta dos casos regulados.

Eis as etapas: (1) o monitoramento para identificar potenciais riscos de corrupção; (2) investigação das suspeitas de corrupção; e (3) a efetiva punição nas

---

<sup>483</sup> COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

<sup>484</sup> COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

<sup>485</sup> COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

<sup>486</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002. p. 81.

situações em que existe evidência suficiente de que as práticas de corrupção aconteceram concretamente<sup>487</sup>.

Se qualquer uma dessas fases do processo de responsabilização dos agentes corruptos permanecer fragilizada, ter-se-á instalada a falta de punição daqueles que deveriam se submeter aos efeitos sancionatórios das previsões normativas.

Com isso, o cenário de impunidade tenderá a se expandir, reduzindo o impacto aquelas variáveis racionais associadas ao risco de cometer esses delitos (a exemplo da probabilidade de condenação e o efeito dissuasivo da pena). Ao mesmo tempo, os benefícios associados aos comportamentos corruptos tenderão a se elevar, uma vez que o custo de oportunidade envolvido também será elevado, caso o agente individual cogite se decidir por não dar seguimento aos atos de corrupção<sup>488</sup>.

Este parecer ser definitivamente a grande causa da inefetividade das políticas regulatórias de comando e controle baseadas no caráter sancionador das medidas aplicadas no cenário brasileiro<sup>489</sup>.

Em que pese existir um verdadeiro sistema múltiplo de esferas do poder punitivo atribuído ao Estado<sup>490</sup> e uma graduação com alto grau de severidade das penalidades cominadas para os infratores, os índices de percepção de corrupção continuam ainda elevados no Brasil, se comparado com outros sistemas jurisdicionais avaliados sob o mesmo critério<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 186.

<sup>488</sup> RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. p. 64-65.

<sup>489</sup> Nesse sentido, Ivo Gico Junior e Carlos Alencar indicam a pesquisa realizada por Ehrlich acerca do comportamento criminoso na sociedade, pela qual se chegou à conclusão, após análises de evidências empíricas, de que “a maior probabilidade de ser pego geralmente pode produzir um efeito dissuasivo maior do que a magnitude da punição”. Cf. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção, **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 7, jan./jun., pp. 75-98, 2011. p. 77.

<sup>490</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 211.

<sup>491</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 225-227.

Ivo Gico Júnior e Carlos Alencar, a propósito, se dedicaram a elaborar um modelo de abordagem econômica aplicada às práticas de corrupção, mediante o qual concluíram que a corrupção se trata de fenômeno contínuo, que está associado à estrutura de incentivos dos agentes envolvidos, sendo possível, assim, identificar diversos níveis de corrupção em variados contextos; e que um aumento na probabilidade da punição é a variável mais importante no estabelecimento de níveis mais reduzidos do equilíbrio atual da corrupção, de modo que a hipótese de aplicação das sanções acaba exercendo um efeito dissuasivo substancial<sup>492</sup>.

Ao testarem empiricamente tal conclusão, também chegaram ao resultado de que “nossos resultados demonstram que a chance de um servidor público corrupto ser criminalmente processado é muito menor que 34,01%, e as chances de ser civilmente processado são ainda menores, apenas 24,26%”. Pior, “a chance de ser efetivamente condenado criminalmente é de meros 3,17%, enquanto a chance de ser responsabilizado civilmente é – novamente – ainda menor, apenas 1,59%”<sup>493</sup>.

Sendo assim, apesar de termos destacado a relevância da regulação por comando e controle para uma efetiva implementação de uma agenda regulatória anticorrupção no contexto brasileiro, a experiência social e a evidência histórica demonstram que tal atividade regulatória funcionalizada por meio da sanção é absolutamente ineficaz no controle regulatória das práticas de corrupção, seja qual for a natureza envolvida (penal, administrativa ou cível), justamente porque a probabilidade de punição é praticamente desprezível, ou seja, a impunidade tem níveis elevados que afetam a utilidade sancionatória para tal agenda regulatória.

Voltando, assim, para aquela perspectiva dos estímulos distribuídos adequadamente entre os agentes individuais, é preciso que a informação pertinente seja encaminhada aos destinatários para desincentivá-los a cometer novos atos de corrupção.

O grande dilema associado a esses desestímulos, por sua vez, é que a informação veiculada pelo Estado Regulador está equivocada: enfatiza-se excessivamente o rigor sancionatório com a elevação da magnitude das penalidades previstas legalmente, ao

---

<sup>492</sup> ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção, **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 7, jan./jun., pp. 75-98, 2011. p. 80.

<sup>493</sup> ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção, **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 7, jan./jun., pp. 75-98, 2011. p. 89-90.

invés de se robustecer a aplicação das tipificações penais e/ou administrativas sancionadoras já existentes, como se tem observado cada vez mais nos últimos anos.

### 5.3.2. A regulação responsiva e a indução por estímulos: a persuasão, a dissuasão, a cooperação e a autorregulação

Mesmo que a regulação anticorrupção seja tradicionalmente associada à hipótese das sanções veiculadas por normas de comando e controle<sup>494</sup>, é de fundamental importância destacar a contribuição que a intervenção regulatória veiculada por intermédio de mecanismos indutores de comportamentos pode apresentar para a busca de um adequado modelo institucional de regulação anticorrupção.

Há que se ressaltar duas justificativas, a princípio, sobre a relevância da regulação por indução na adoção de medidas interventivas de combate à corrupção.

Em primeiro lugar, a imposição de uma agenda regulatória anticorrupção baseada exclusivamente em regras de comando e controle esgota todos os seus esforços acumulados em mecanismos sancionatórios concebidos na ignorância da relevância dos incentivos e desincentivos que repercutem no processo de interação estabelecido com os agentes individuais regulados, sobretudo porque a modelagem desse tipo de mecanismo acontece apenas de modo unilateral<sup>495</sup>.

Quer dizer, as regras de comando e controle, quando estruturadas sem considerar a lógica comportamental do mercado, e imposta unilateralmente aos seus destinatários, acabam sendo concebidas de forma absolutamente inadequada, por não serem efetivas para os objetivos pretendidos.

Já em um segundo plano, o pragmatismo é enfático ao demonstrar a inadequação dos mecanismos engendrados sob tal perspectiva. Se a realidade prática é contundente ao revelar que as intervenções regulatórias são mais eficazes quando pretendem coordenar, de maneira otimizada, os incentivos econômicos presentes em determinado mercado,

---

<sup>494</sup> Apesar de expandir a relevância de tal coercibilidade para não se resumir apenas ao propósito retributivo, mas também para abranger os objetivos de prevenção e reparação, Felipe Araújo Dantas ainda concentra toda a sua análise sobre o valor coercitivo da sanção penal na conformação de um “direito de intervenção anticorrupção. Cf. DANTAS, Felipe Araújo. **Direito anticorrupção no Brasil: internacionalização, política interna e novos paradigmas sancionatórios e institucionais**. 229f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, 2010. p. 109.

<sup>495</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 220.

torna-se intuitivo que a regulação por mecanismos de indução facilitará a criação de uma maior sintonia voluntariamente desenvolvida pelos agentes regulados e reduzirá consideravelmente os custos decorrentes das atividades regulatórias<sup>496</sup>.

Desse modo, apesar da regulação por regras de comando e controle sejam igualmente importantes durante a implementação de uma agenda regulatória anticorrupção<sup>497</sup>, não poderá a atividade regulatória estatal deixar de reconhecer a importância das circunstâncias pragmáticas relacionadas aos fenômenos sociais e econômicos eventualmente afetados pela promoção da intervenção estatal.

Por tal percepção, é que se defenderá o caráter responsivo da atividade regulatória estatal destinada a implementar uma agenda anticorrupção. Se a problemática da corrupção depende de uma sensibilidade institucional, dos estímulos absorvidos e de um padrão racional individual<sup>498</sup>, torna-se necessário que a regulação anticorrupção seja aquela capaz de responder efetivamente as necessidades e contingências regulatórias delineadas pelos próprios setores regulados.

Logo, a regulação deve ser responsiva para assegurar que cada uma das contingências regulatórias obtenham a resposta regulatória adequada, em diferentes graus e níveis de regulação. Esse é o cerne da defesa de uma regulação responsiva, cunhada pioneiramente por Ian Ayres e John Braithwaite<sup>499</sup>.

Quebrar-se-á, assim, a visão tradicional da regulação anticorrupção funcionalizada apenas por mecanismos exclusivamente sancionatórios. Se a indução de comportamentos for mais adequada e efetiva para tal finalidade, deverá ela ser preponderante na adoção de mecanismos destinados a tal propósito. A utilidade dos

---

<sup>496</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 167.

<sup>497</sup> Leopoldo Pagotto aponta pelo menos três contribuições positivas asseguradas pela regulação por regras de comando e controle: (i) são percebidas como mais facilmente aplicáveis ao estabelecer padrões claros de comportamento; (ii) deixam evidente quando uma ação é requerida; e (iii) determinam sanções a serem aplicadas na hipótese de verificada a violação. Cf. PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 218.

<sup>498</sup> FRAZÃO, Ana. Corrupção e compliance: um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral. In: LAMACHIA, Cláudio; PETRACA, Carolina (Org.). **Compliance: essência e efetividade**. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2018. p. 197.

<sup>499</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1992. p. 4-5.

estímulos gerados para os agentes regulados é que será relevante para determinar quais os mecanismos indutivos mais adequados entre aqueles disponíveis.

O atributo da responsividade impõe à atividade regulatória estatal que tal função terá de se desenvolver a partir do contexto no qual ela estará inserida. Aliás, a própria definição da melhor estratégia regulatória não dependerá de medidas previamente estabelecidas, mas sim daquelas providências que obtiveram resultados positivos de acordo com a realidade pragmática. Não há limites para a amplitude e intensidade que a regulação estatal pode atingir efetivamente, sob a perspectiva da responsividade<sup>500</sup>.

A ideia central da responsividade é a de que terá de existir necessariamente uma prévia análise contextualizada dos comportamentos a serem submetidos à regulação estatal<sup>501</sup>.

Para os casos envolvendo a corrupção, a regulação responsiva se adequa aquela compreensão de que, embora a sanção tenha uma relevância no combate a tal patologia, os demais mecanismos regulatórios serão igualmente relevantes para alcançar os mesmos propósitos, quiçá atingir resultados mais efetivos do que aqueles decorrentes de medidas sancionadoras<sup>502</sup>.

Nesse sentido, os desvios de corrupção deverão ser abordados por uma regulação conduzida sob o enfoque da responsividade a partir de duas importantes premissas: (a) os agentes individuais (políticos, burocratas e empresários) possuem diversas motivações que conduzem os seus comportamentos, de acordo com a racionalidade de cada desses atores e as assimetrias informacionais envolvidas; e (b) a utilização dos estímulos pertinentes serão relevantes para os objetivos pretendidos, surgindo, a partir de então, a figura das pirâmides gradativa de estímulos variados e dos estágios de assimilação<sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1992. p. 5.

<sup>501</sup> PUCCI, Rafael Diniz. **Criminalidade Ambiental Transnacional: desafios para a sua regulação jurídica**. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 80.

<sup>502</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 220.

<sup>503</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 221.

Em relação à primeira perspectiva, basta apenas lembrarmos dos paradigmas colocados preliminarmente para se realizar um exame analítico da atividade regulatória estatal direcionada aos atos de corrupção: os indivíduos possuem racionalidades determinadas pelo conhecimento adquirido nas relações socioeconômicas, adotando comportamentos, por consequência, a partir das informações assimiladas em tal ambiente informacional.

Por evidência, esses indivíduos terão de disputar também os mais variados jogos entre si, de acordo com a racionalidade construída a partir desse conjunto de informações. Desde jogos de cooperação até jogos de competição, acontecendo de forma simultânea ou, até mesmo, de maneira sequencial. Todo esse processo, enfim, acabará sendo modelado a partir dos estímulos que serão disseminados por todo esse ambiente informacional.

Evidentemente, o Estado Regulador terá de implementar os estímulos especificamente adequado para cada uma dessas motivações racionalmente estabelecidas pelos indivíduos potencialmente corrompíveis, alternativas que iremos abordar mais a frente.

No que se refere à segunda premissa, as “pirâmides gradativas de estímulos variados” nada mais são do que a representação da perspectiva da multiplicidade institucional igualmente destacada em momento anterior. Para que seja possível harmonizar os estímulos pertinentes com as motivações específicas, é necessário que o Estado Regulador possa dispor de diversos mecanismos institucionais destinados a funcionalizar a atividade regulatória na realidade concreta.

Dentre esses múltiplos mecanismos, será adotado aquele que for mais compatível com a motivação detectada, a fim de que todos os estágios de influência comportamental sejam vencidos efetivamente e, por consequência, todo o processo de indução regulatória possa alcançar o resultado pretendido.

Desde a mera persuasão para fins de estabelecer comportamentos auto regulatórios, indo até a utilização de medidas de sanção efetiva, será facultado ao Estado Regulador se utilizar da política regulatória mais adequada às motivações detectadas. Por evidência, tal interação deverá geralmente acontecer do modo mais maleável possível,

sempre no objetivo de induzir efetivamente os comportamentos desejados pela política regulatória aplicada<sup>504</sup>.

O importante disso tudo é que a política regulatória de indução utilizada na atividade regulatória anticorrupção seja exatamente aquela adequada ao resultado esperado pelo Estado. Caso contrário, a medida de indução poderá gerar distorções no equilíbrio racional dos agentes regulados, resultando no estímulo de comportamentos indesejáveis aos interesses regulatórios envolvidos, inclusive, ainda mais nocivos daqueles combatidos.

Cabe ressaltar, ademais, que a condução de políticas regulatórias indutoras geralmente estabelece uma verdadeira cadeia de interação com os destinatários das medidas indutivas realizadas. Logo, a indução regulatória se processa mediante a adoção de uma sequência de estágios específicos de influência comportamental, estabelecendo desde graus superficiais de influência, até chegar a níveis de ingerência quase que condicionantes dos agentes estimulados.

Enquanto que a persuasão se coloca em grau superficial de influência, mediante uma perspectiva esfera conciliatória, dentro de um estágio *ex ante*, com a pretensão de prevenir as condutas sem utilizar de qualquer medida mais efetiva (medidas de cooperação e autorregulação), a dissuasão já se coloca em grau mais robusto de influência, mediante uma perspectiva de confronto, dentro de um estágio *ex post*, com a pretensão de detectar violações, estabelecer a culpa e eventualmente penalizar os infratores (medidas de coação e regulação)<sup>505</sup>.

O fato é que, sem a rigidez formal típica das regras sancionatórias<sup>506</sup>, as políticas regulatórias de natureza indutora poderão gerar os incentivos necessários para desestimular os comportamentos oportunistas e os atos de corrupção praticados tanto

---

<sup>504</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 223.

<sup>505</sup> SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, mai., pp. 183-208, 2017. p. 186.

<sup>506</sup> Nesse sentido, Rafael Diniz Pucci sustenta que a regulação responsiva é justamente o oposto da regulação formal, pois esta aborda todos os casos da mesma maneira, enquanto que aquela analisa, por sua vez, todas as peculiaridades inerentes aos casos regulados. Cf. PUCCI, Rafael Diniz. **Criminalidade Ambiental Transnacional: desafios para a sua regulação jurídica**. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 80.

pelos agentes públicos (políticos e burocratas), como pelos agentes particulares (empresários), desde que concebidas mediante um grau adequado de *enforcement*, ora de caráter persuasivo, ora de caráter dissuasivo.

### 5.3.3. O quadro regulatório anticorrupção no cenário brasileiro:

Se conjugarmos a diversidade de alternativas regulatórias dispostas no quadro institucional brasileiro que poderiam se direcionar a proposta de uma agenda regulatória anticorrupção, torna-se perfeitamente possível identificar uma verdadeira convergência entre os paradigmas da multiplicidade institucional e da responsividade regulatória, ambos devidamente abordados nas subseções anteriores.

Basicamente, é possível identificar a construção de um modelo regulatório baseado, em maior ou menor grau, na proposição de duas principais estratégias regulatórias para uma agenda anticorrupção no Brasil: (a) as medidas associadas ao *enforcement*, cuja base é estruturada a partir do método regulatório de monitoramento, comando e controle das infrações econômicas, dando ênfase a utilização normativa da sanção, seja por meio da dissuasão preventiva, seja por meio da repressão punitiva<sup>507</sup>; (b) as medidas associadas ao *compliance*, cuja base é fundada a partir do método regulatório destinado a prevenir e reduzir os riscos de ocorrência de atos de corrupção, tanto por meio da cooperação efetiva, como por intermédio da persuasão positiva na implementação de estratégias regulatórias anticorrupção<sup>508</sup>.

Partindo dessa subdivisão de modelos regulatórios, é que iremos analisar de que forma o quadro institucional regulatório está atualmente estruturado para dar respostas efetivas às práticas de corrupção, de modo a verificar se tal modelo está adequado às premissas da multiplicidade e da responsividade, cuja pertinência foi demonstrada mais acima.

---

<sup>507</sup> Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 185.

<sup>508</sup> BRENER, Paula Rocha Gouveia; PINTO, Felipe Martins. Responsabilidade corporativa e compliance: novas estratégias de prevenção à criminalidade econômica. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 343.

*5.2.3.1. A regulação de comando e controle, o regime jurídico de tipificação sancionatória e o enforcement derivado de tal modelo:*

Tradicionalmente, a previsão de diversos dispositivos legais destinados à responsabilização pessoal aplicada às práticas de corrupção mediante a tipificação de natureza penal, administrativa e até mesmo cível, no sistema jurídico brasileiro já era capaz de demonstrar uma efetiva presença de múltiplos mecanismos institucionais direcionados à utilização de regras de comando e controle contra os eventuais responsáveis<sup>509</sup>.

Exemplificando, existem diversas modalidades de tipos legalmente estabelecidos a partir do binômio prescrição-sanção difundidos por todo o sistema jurídico nacional que comprovam essa tendência múltipla, tanto em relação a hipótese de eventual sanção aplicada às pessoas físicas, como também aquelas situações nas quais se poderá cogitar a responsabilização da pessoa jurídica, podendo ser citados aqueles disseminados no Código Penal (Artigo 317, Corrupção Passiva; Artigo 333, Corrupção Ativa; Artigo 337-B, Corrupção Ativa em Transação Internacional; e Artigo 316, Concussão; e Artigo 312, Peculato); na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/93); na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429); e, mais recentemente, na Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013).

Mesmo que seja de fundamental importância a discussão sobre a necessidade de harmonização dessas esferas punitivas, a fim de afastar eventuais ingerências excessivas e até mesmo arbitrárias, não há como negar a relevância de todo esses esforços sancionatórios que pode oportunamente ser implementado pelos entes reguladores competentes em promover a responsabilização dos corruptores e dos corrompidos.

Até porque, como bem destacou Lindsey Carson e Mariana Prado, a cumulação de alternativas institucionais pode trazer uma eficiência global para o quadro institucional destinado a combater a esses desvios comportamentais, na medida em que desestimula o

---

<sup>509</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 209-212.

surgimento de mecanismos de autorreforço ou corruptas culturas institucionalmente enraizadas<sup>510</sup>.

Essa multiplicidade institucional assume, inclusive, um papel relevante na regulação anticorrupção a ser implementada de forma sistêmica. A medida em que tal diversidade “oferece uma possível estratégia para ultrapassar essas barreiras arraigadas à mudança institucional”, a multiplicidade adquire a capacidade de evitar mudanças abruptas nesse quadro institucional, fornecendo apenas novos caminhos alternativos para atingir os mesmos objetivos ou outros semelhantes – ou seja, associados à agenda de regulação anticorrupção<sup>511</sup>.

Vale destacar que, em tal contexto, a Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013) se destaca enquanto importante instrumento de multiplicidade institucional de natureza reativa direcionado a implementar uma agenda regulatória anticorrupção, visto que tal estatuto estabelece: (a) a responsabilização empresarial de pessoas jurídicas por atos de corrupção; (b) estatui um sistema paralelo de responsabilização que podem culminar na aplicação de sanções administrativas imputáveis a entidades jurídicas que se diferenciam da tradição punição judicial; (c) essas sanções variam entre a aplicação de multas consideráveis até a hipótese de publicização da punição aplicada em diversos meios; e (d) reforça mecanismos cíveis de responsabilização dos indivíduos envolvidos, com a desestruturação de todos os benefícios obtidos ilegalmente, a exemplo de subsídios, doações, empréstimos, subvenções, etc<sup>512</sup>.

Desde que tal multiplicidade institucional não tenha a estrutura de dissuasão desarticulada pela desorganização estatal e, principalmente, impunidade, cumpre reconhecer que todos esses mecanismos possuem efetiva relevância para a implementação de uma agenda regulatória anticorrupção verdadeiramente efetiva no cenário brasileiro.

---

<sup>510</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 186.

<sup>511</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 186.

<sup>512</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 186.

Não se pode, além disso, deixar de reconhecer a relevância dos efeitos dissuasivos que as regras de comando e controle exercem para terceiros ainda não decididos a incorrer em práticas de corrupção. Logo, a efetivação de regras sancionadoras conduzidas pelo Estado Regulador, além de serem importantes no desincentivo a reincidência daquelas condutas já submetidas à responsabilização punitiva, também contribuem fundamentalmente para persuadir outros agentes individuais a não consumarem novos atos de corrupção<sup>513</sup>.

No entanto, é importante levar em consideração que esse grau de dissuasão deve ser estruturado em um nível equilibrado, de modo a não inviabilizar a eficácia dos mecanismos indutivos destinados à persuasão dos potenciais agentes infratores que ainda não se corromperam.

Caso contrário, a imposição de um excesso de regulação repressiva, em tempo hábil, poderia limitar o campo da cooperação dos agentes regulados com os entes reguladores, seja por meio de mecanismos de autorregulação, seja por intermédio de instrumentos de regulação assistida<sup>514</sup>.

É importante, inclusive, a observância de uma coerência na adoção de cada uma dessas estratégias regulatórias na efetiva implementação de uma agenda regulatória anticorrupção, sob pena de que a utilização desequilibrada de uma determinada estratégia regulatória possa vir a inviabilizar as demais, cenário que certamente desbordaria daquela ideia de responsividade regulatória.

#### 5.2.3.2. *A regulação assistida e a cooperação:*

Nesse sentido, destacam-se, ainda, as importantes contribuições promovidas pelos instrumentos de regulação assistida e de cooperação, que estão previstos

---

<sup>513</sup> Ressalte-se, neste ponto, a advertência já realizada por Gustavo Binbenojm: a de que mesmo as regras de comando e controle assumem a estrutura de incentivos, sendo a sanção punitiva uma forma de desestimular condutas socialmente indesejáveis, se considerada a conduta prescrita que pretende ser evitada pelo ente regulador. Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

<sup>514</sup> Até porque, Christian Fernandes Gomes da Rosa defende justamente que a intervenção causada pelo sistema jurídica nas relações sociais possui um nível “ótimo” de eficácia, a partir do qual se torna comum uma certa “indiferença social” ao conteúdo prescritivo de eventual intervenção normativa, tornando-se inútil qualquer tentativa de elevação de seu poder dissuasivo. Cf. ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, 2008. p. 63-64.

reconhecidamente como instrumentos legítimos pela agenda regulatória anticorrupção estabelecida no sistema brasileiro.

No primeiro caso, tem-se aqueles instrumentos que buscam facilitar a aproximação dos agentes infratores com os entes reguladores, ambos imbuídos de um espírito colaborativo. É, pois, justamente o caso dos instrumentos de sanções premiaias traduzidos pela colaboração premiada e pelos acordos de leniência<sup>515</sup>.

No caso da colaboração premiada, é possível identificar o reconhecimento da sua legitimidade institucional pela dispersão de diversos regramentos legais assegurando a sua aplicação em hipóteses específicas: (a) o § 4º do art. 159 do Código Penal para os crimes de extorsão mediante sequestro (“Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”); (b) o § único do art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (“Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”); (c) o § único do art. 8 da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (“O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”); (d) o art. 14 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 (“O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”); (e) o § 5º do art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (“A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”); (f) o art. 41 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (“O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na

---

<sup>515</sup> No dizer de Gustavo Binbenbojm, as sanções premiaias podem ser compreendidas enquanto prescrições normativas que induzem comportamentos desejáveis, por intermédio da promessa de que será assegurada a contrapartida referente a premiação de um direito ou ampliação de um direito já reconhecido. Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”); e (g) art. 3º, Inc. I (“Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada”), e art. 4º, *caput* (“O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados”), ambos da Lei nº. 12.850, de 02 de agosto de 2013<sup>516</sup>.

Já em relação ao acordo de leniência, esse mecanismo de cooperação está igualmente previsto no Art. 16 da Lei Anticorrupção – Lei Federal nº 12.846/2013 (“A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”).

Em ambas as alternativas, a concepção desses instrumentos se justifica no sentido de assegurar estrategicamente a obtenção de efeitos concretos para a regulação tradicional por regras de comando e controle, por intermédio da utilização alternativa de mecanismos de regulação assistida, cuja implementação envolve negociações tendentes a garantir os estímulos necessários aos agentes colaboradores envolvidos nos atos de corrupção que os entes reguladores buscam punir<sup>517</sup>.

É importante que a condução dessas iniciativas colaborativas seja realizada de forma coerente e harmoniosa pelos eventuais entes reguladores envolvidos. Isso porque, caso assim não se proceda, os incentivos necessários à persuasão dos agentes infratores envolvidos não serão produzidos, frustrando, assim, qualquer hipótese de colaboração cogitada para os fatos apurados. Devem as autoridades promover as negociações cabíveis

---

<sup>516</sup> PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 228-229.

<sup>517</sup> FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017. p. 22.

de forma integrada, a fim de evitar eventuais distúrbios na condução dessas colaborações, como é bem destacado por Ana Frazão<sup>518</sup>.

Sendo frutíferas as iniciativas adotadas em tal sentido, a efetivação dessas medidas de cooperação contribuem decisivamente para assegurar a implementação da regulação por regras de comando e controle, assistindo-a com os seguintes resultados: (a) evitar a formação de grupos organizados voltados a prática de atos de corrupção, reduzindo o grau de confiança entre os possíveis interessados em participar dessas colusões corruptivas, quando aumenta a probabilidade de que um dos integrantes possa agir racionalmente para prejudicar os demais, como se fosse um verdadeiro “prisoneiro” inserido neste dilema de confiança (dissuasão *ex ante*); (b) identificar aqueles grupos organizados para a prática de corrupção já estruturas concretamente, mediante a colaboração de um de seus membros ou de todos (dissuasão *ex post*); e (c) facilitar e assistir a implementação de regulação por regras de comando e controle tendentes a efetivar punições, como contrapartida de vantagens (estímulos) oferecidos em troca das informações prestadas, quando o grupo criminoso já havia sido detectado por outros meios legítimos<sup>519</sup>.

Sendo assim, é de fundamental importância que as políticas regulatórias indutivas voltadas a viabilizar a implementação de mecanismos de cooperação (regulação assistida) sejam adequadas para a obtenção de tal finalidade. Ou seja, a utilização desses mecanismos institucionais de cooperação (colaboração premiada e acordos de leniência, principalmente) os incentivos precisam ser exatamente aqueles suficientes para dissuadir racionalmente os agentes infratores, convencendo-os a quebrar o elo de confiança com os demais partícipes e a cooperar com as autoridades reguladoras responsáveis<sup>520</sup>.

### 5.2.3.3. *A autorregulação regulada e o compliance:*

No que se refere, enfim, às medidas institucionais direcionadas a induzir comportamentos destinados a estimular a iniciativa autônoma a ser promovida pelos

---

<sup>518</sup> FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017. p. 26.

<sup>519</sup> LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; LUZ, Reinaldo Diogo. Análise do programa de leniência da Lei Anticorrupção Brasileira: características e efetividade. In: In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 130-131.

<sup>520</sup> LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; LUZ, Reinaldo Diogo. Análise do programa de leniência da Lei Anticorrupção Brasileira: características e efetividade. In: In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 130.

próprios agentes regulados, é importante ressaltar que estas providências, além de favorecerem a sinalização de valores e a estimulação da cooperação entre Estado e os cidadãos, também se destinam a “incentivar a autorregulação naquilo em que esta possa ser convergente com os propósitos da regulação estatal”<sup>521</sup>.

Como outra consequência do movimento de “desregulação” identificado após o fortalecimento da crítica do ceticismos regulatório, a concepção de autorregulação tem a sua base fundamental estabelecida a partir daquela forma de regulação constituída por meio de um conjunto de regras concebido por uma organização ou associação (entidade que agrupa diversas organizações), ficando a qual igualmente responsável pela aplicação dessas regras perante os seus membros e, em algumas situações, outros agentes econômicos envolvidos<sup>522</sup>.

Quando nos deparamos com o quadro institucional em consolidação no cenário brasileiro, é perceptível que se constituiu um modelo regulatório estruturado com base na concepção de autorregulação regulada<sup>523</sup>.

Ou seja, apesar do Estado Regulado ter se privilegiado, de certa maneira, a promoção da autonomia regulatória desenvolvida pelos próprios agentes regulados na condução das relações econômicas, os entes reguladores continuam a exercer as suas funções e a cooperar com o setor privado a partir de uma certa “distância”, tudo para assegurar que os métodos regulatórios utilizados de forma complementar sejam capazes de implementar o cumprimento real e efetivo dos marcos regulatórios que poderiam ser utilizados pela regulação estatal<sup>524</sup>.

O fundamental é que a proposição de modelos autorregulatórios seja acompanhada de uma alteração efetiva dos comportamentos induzidos, por meio da

---

<sup>521</sup> FRAZÃO, Ana. Corrupção e compliance: um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral. In: LAMACHIA, Cláudio; PETRACA, Carolina (Org.). **Compliance: essência e efetividade**. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2018. p. 198.

<sup>522</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.

<sup>523</sup> BECKER, Camila Mauss. **Compliance, autorregulação regulada e o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito penal brasileiro**. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica em Rio de Grande do Sul, 2018. p. 44-46.

<sup>524</sup> BECKER, Camila Mauss. **Compliance, autorregulação regulada e o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito penal brasileiro**. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica em Rio de Grande do Sul, 2018. p. 44-46.

adoção de comportamentos e orientações adequadas na organização dos agentes econômicos<sup>525</sup>, dada a orientação de que novos padrões de dever de colaboração e padronização de condutas devem ser efetivamente observados<sup>526</sup>.

Dentro dessa perspectiva, destaca-se a figura do *compliance* como conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo destinado a reforçar a adequação dos comportamentos adotados pelo agente regulado à legislação vigente<sup>527</sup>, de modo a buscar não apenas a prevenção de atos de corrupção em potencial, mas também de propiciar o retorno ao estado anterior de integridade e conformidade<sup>528</sup>.

Em relação ao principal marco regulatório estabelecido no cenário brasileiro (a Lei nº. 12.8246/2012), a contribuição relevante foi aquela incorporada no sentido de assimilar a existência de programas de integridade estruturada por agentes regulados enquanto fator atenuante das eventuais penalidades que poderão ser aplicadas após a verificação da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção<sup>529</sup>.

O seu Artigo 7º é bastante explícito quanto a tal sentido, aduzir no seu inciso VII, textualmente, que “a existência de mecanismos e procedimentos internos de

---

<sup>525</sup> De forma bastante pertinente, Fernando Aurelio Zilveti traz a crítica de que a real utilidade e importância dos modelos de governança, para além da incorporação formal de meros regramentos internos e procedimentais, consiste na mudança efetiva de comportamento e de postura que os agentes econômicos devem assumir nas relações de mercado, não sendo suficiente e bastantes “regras de *compliance* formais, com burocratas ostentando cargos de responsabilidade por contas públicas ou *chief compliance officers* a editarem códigos e conduzirem sonolentos treinamentos”. Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio. **Tributação e corrupção: tudo como dantes no quartel d’Abrantes?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-e-corrupcao-tudo-como-dantes-no-quartel-dabrantes-05052019>. Acesso em: 08.09.2019.

<sup>526</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e Compliance no Brasil*. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 743.

<sup>527</sup> Em sentido análogo, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini conceituam *compliance* como “o ato voltado ao cumprimento das normas reguladoras de determinado setor”. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52.

<sup>528</sup> FRAZÃO, Ana. *Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário*. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017. p. 18.

<sup>529</sup> FRAZÃO, Ana. *Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário*. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017. p. 20.

integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Com a regulamentação advinda da promulgação do Decreto 8.420/2015, pretendeu-se afastar o “vazio regulatório” que girava em torno da Lei Anticorrupção, dando lugar a um verdadeiro “excesso regulatório”, buscando-se densificar, em contrapartida, a implementação de tal iniciativa autorregulatória.

Tal percepção se justifica pelo fato de que, após ter sido uma conceituação geral acerca do conceito de programas de integridade (Artigo 41), foram introduzidos cerca de 16 (dezesseis) incisos<sup>530</sup> que serviriam para se aferir a existência de efetiva adesão de mecanismos internos de precaução pelos agentes regulados interessados em tal prática de governança<sup>531</sup>.

De todo modo, o fato é que, apesar de ter havido esse esforço normativo destinado a fortalecer a cultura de governança e a instituição de programas de integridade no cenário econômico brasileiro, ainda não houve uma mudança significativa no padrão de comportamentos adotados pelos agentes regulados inseridos no mercado brasileiro.

Isso se deve à circunstância de que, como diversos especialistas já apontaram em estudos recentes, a falta de reprovabilidade da conduta imputada às organizações (pessoas jurídicas) impede “uma leitura de maior alcance sobre a avaliação da importância do compliance” em tal ambiente regulatório<sup>532</sup>.

Evidentemente que, sem a adoção de políticas regulatórias indutivas com o potencial efetivo de gerar estímulos positivo, a mera previsão de programas de integridade

---

<sup>530</sup> Eduardo Saad-Diniz resume, em esforço analítico, essas 16 (dezesseis) possibilidades em práticas objetivamente identificadas em outras experiências regulatórias, enumerando tais mecanismos da seguinte forma: *tone at the top*; protocolos de conduta; código de ética; medidas de integridade; *compliance* de terceiros; treinamento e monitoramento; avaliação periódica de risco; controle de prestação de contas; controles internos e estratégias de reação e pronta interrupção em vista das irregularidades; mecanismos específicos para situações de irregularidades; canais de comunicação e *due diligence*. Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e Compliance no Brasil*. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 743.

<sup>531</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e Compliance no Brasil*. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 743.

<sup>532</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e Compliance no Brasil*. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 746.

e de *compliance* como apenas “critério de dosimetria da pena”<sup>533</sup> não se demonstra ser efetivamente produtora, pois cria condições para que “a empresa que diligentemente arcou com os altos custos da estruturação de programas de cumprimento normativo, ao fim e ao cabo, será tão responsável quanto aquela que nada investiu para evitar resultados danosos”<sup>534</sup>.

Com uma potencial readequação dessa estrutura de incentivos – em caráter *de lege ferenda*, é bastante provável que a utilidade regulatória dos programas de *compliance* possa ser efetivamente reforçada, na medida em que, caso seja adotada uma regulamentação mais precisa a respeito dos benefícios subjacentes a adoção dessas medidas autorregulatórias, haverá os estímulos necessários para obter uma maior adesão dos agentes regulados eventualmente interessados em tal modelo regulatório.

## 6. CONCLUSÃO:

Mais do que a pretensão de se esgotar a problematização proposta durante o início deste estudo, a presente dissertação se dedicou mais a trazer uma provocação alternativa à discussão subjacente à temática da corrupção.

Por vezes, a análise da fenomenologia da corrupção está centrada no exame sistemática da incidência dos tipos normativos destinados a estabelecer um controle sancionatório de tal patologia social. E em outras oportunidades, a tendência consiste em analisar a amplitude que pode alcançar os efeitos negativos da corrupção em face de um regime político constitucional estruturado sob a égide do republicanismo.

Inobstante, na presente pesquisa, essa dimensão alternativa tenta se justificar exatamente pela abordagem baseada na premissa de que o fenômeno da corrupção também pode ser assimilado durante o exercício da atividade regulatória estatal. Seja qual for a origem dos comportamentos oportunistas – ora derivado de agentes estatais, ora proveniente da iniciativa privada, entende-se que esses abusos geram profundas

---

<sup>533</sup> FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017. p. 19

<sup>534</sup> SARCEDO, Leonardo. **Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 169.

distorções no funcionamento regular do mercado, razão pela qual se justifica a intervenção estatal de caráter regulatório destinada ao seu enfrentamento.

Logo, a delimitação dos resultados obtidos dependeu justamente da adoção de tal perspectiva durante o desenvolvimento da presente pesquisa dissertativa, não deixando de considerar, em contrapartida, o fato de que novas abordagens acerca de tal temática poderão ser iniciadas a partir de tal paradigma adotado.

Sendo assim, pode-se afirmar que a proposição desse espírito interdisciplinar foi devidamente apresentada na abordagem inicial da dissertação. Considerando o aporte teórico muito bem estruturado por estudiosos que, partindo de uma visão luhmaniana, se dedicam a entender o influxo do sistema político sobre as relações jurídicas, a abordagem inicial da pesquisa lança a tendência de pressupor a existência de influências reciprocamente estabelecidas entre o ambiente econômico e o sistema jurídico. Chega-se à conclusão, aliás, de que é possível indicar a existência de acoplamentos estruturais entre esses sistemas.

A vista de tal perspectiva, o estudo foi iniciado após um aprofundamento realizado a respeito da aplicabilidade da Teoria dos Sistemas no estudo do Direito, em específico, as peculiaridades envolvendo o Direito e a Economia. Trouxe-se, conseqüentemente, conceitos como Sistemas e Comunicação; Autopoeise e Alopoiese do Direito e da Economia; e Acoplamento Estrutural dos Sistemas.

Depois de evidenciadas essas noções preliminares, notou-se que a convivência harmoniosa de tal interação sistêmica é assegurada precipuamente pelas balizas estabelecidas na Constituição Positiva, ante a posição hierarquicamente superior que tal unidade normativa assume em relação às demais, e cuja principal virtude reside na capacidade de assegurar a coerência interna de todo o sistema jurídico. Tal perspectiva não seria diferente com aquela dimensão normativa que acaba se estendendo sobre o fenômeno social para afetar as relações econômicas conduzidas pelos indivíduos.

Daí então que se pôde chegar à concepção de Constituição Econômica, na medida em que, ao se pressupor a superação de uma ordem jurídica de cunho exclusivamente liberal, se compreendeu que a normatividade constitucional também ostentaria a capacidade de disciplinar matérias tipicamente associadas às relações econômicas, às liberdades e ao comportamento dos indivíduos em um ambiente de mercado.

Nesse momento, ao compreender que a historicidade associada a tal processo corroborou a posição de que a ordem constitucional vigente sempre exerceu influência sobre as relações inerentes ao sistema econômico, também se vislumbrou que a Constituição Econômica não ocupa apenas um papel determinante na orientação da postura que o Estado deve eventualmente assumir perante o domínio das relações econômicas, mas também serve de baliza para as eventuais interações que poderão acontecer entre ambos os sistemas – o jurídico e o econômico.

Logo, o ponto fundamental abordado neste primeiro momento foi o de que seria necessário entender que as categorias próprias do sistema econômico poderiam ser assimiladas a partir daqueles fundamentos estabelecidos pelo quadro institucional estabelecida pelas diretrizes colocadas na Constituição Econômica. Dentre esses principais elementos essenciais, destacou-se, naquela altura e pela importância, a posição que a liberdade econômica ocupa em tal cenário institucional, devendo a qual ser compreendida, por consequência, como uma das bases fundantes da ordem econômica constitucional.

Na altura da conclusão do capítulo inicial, o método de abordagem interdisciplinar estava perfeitamente delineado, inclusive para aprofundar os dois pontos de convergência identificados no estabelecimento dessa interação entre sistemas, e que seriam essenciais para se alcançar os resultados almejados na última fase do presente estudo analítico.

Sendo assim, nos capítulos seguintes, enquanto que se buscou compreender como um dos principais elementos integrantes do sistema econômico poderia se relacionar com a estrutura político-jurídico mantida pelo Estado, também se buscou assimilar de que forma o Estado se comporta quando entende ser necessária a sua intervenção perante o sistema econômico. Daí que se chegou aos dois enfoques epistêmicos utilizados para reforçar as conclusões do trabalho: a visão institucional dos mercados e a tessitura normativa da regulação estatal da economia. Eles foram fundamentais para se dar prosseguimento a investigação proposta no último capítulo da pesquisa.

No segundo capítulo, a análise se dedicou a entender qual a adequada visualização do fator elementar que representa o mercado. Primeiro, entendeu-se que o mercado deve ser compreendido como aquele espaço destinado a facilitar a realização das transações econômicas negociadas pelos agentes individuais. Não se defendeu, por um

lado, que o mercado tem sua origem necessariamente estabelecida por meio de uma estrutura estatal, mas se concordou, de outro lado, que é necessária a existência de um arcabouço institucional responsável por assegurar a segurança e previsibilidade exigida para a facilitação das relações econômicas. Essa seria, então, a perspectiva institucional de mercado. E ela seria necessária exatamente para justificar que as intervenções estatais somente se justificariam se fossem absolutamente necessárias, uma vez que, caso contrário, os custos associados à realização das transações poderiam ser elevados e o desempenho das relações econômicas poderiam frustra, inclusive, as expectativas depositadas pelo próprio Estado.

Dando-se essa ênfase ao aspecto institucional dos mercados, seguiu-se, no terceiro capítulo do trabalho, com a análise normativa, mas também interdisciplinar, sobre como o quadro institucional presente no sistema jurídico brasileiro legitima ao Estado a possibilidade de realizar intervenções regulatórias sobre as estruturas do mercado.

Num primeiro momento, apresentou-se um apanhado histórico-conjuntural sobre as diversas formas institucionais que o Estado tradicionalmente assumiu para interferir nas relações econômicas. Depois, foi demonstrada a repercussão desse fator histórico na modelagem tradicional desenvolvida pelos teóricos da regulação acerca do papel institucional que o Estado deve assumir na correção dos desequilíbrios do mercado, indicando, inclusive, quais as principais imperfeições geralmente abordadas por essa linha de pensamento. Ao final, traçou-se um panorama bastante amplo sobre como o quadro institucional regulatório brasileiro está devidamente estabelecido no sistema jurídico, abordando-se os principais aspectos a ele relacionados, sobretudo a autonomia outorgada à função regulatória estatal e os limites que lhe são aplicados. Mas antes de encerrar esse panorama, demonstrou-se também aquelas principais críticas tecidas por aqueles que defendem o ceticismo regulatório, principalmente quando defendem um movimento de desregulação do mercado e uma maior liberalização da economia.

Nesse momento, é que se estabeleceu um ponto de convergência entre as falhas identificadas no exercício da função regulatória estatal, especialmente aquela relacionada a captura das estruturas regulatórias pelo poder econômico dos agentes privados, e as oportunidades de corrupção que acabam surgindo desse cenário de imperfeições.

Partindo-se dessa convergência é que se seguiu para a análise final da pesquisa proposta com a última seção da dissertação. Entendeu-se que, para além de uma abordagem jurídico-formal da noção de corrupção baseada na subversão que ocorre entre

os interesses públicos e os anseios particulares, seria necessária a proposição de uma problematização econômica de tal fenômeno. Tal perspectiva se justificaria em razão da contribuição que importantes pressupostos cunhados pela abordagem interdisciplinar de tal problemática poderia apresentar para o debate proposto, principalmente aqueles relacionados à racionalidade dos agentes individuais e à relevância dos incentivos para a modulação das práticas de corrupção.

Dessa visão, é possível compreender a corrupção mediante a proposição de dois modelos diferentes enfoques econômicos proposto para as relações entre os agentes públicos e a iniciativa privada: o dilema do agente e do principal e o problema de ação coletiva. Esses paradigmas assimilam a patologia da corrupção enquanto fenômeno concebido, em maior ou menor grau, em função dos estímulos dispensados aos agentes racionalmente incentivados a adotar comportamentos oportunistas, sendo o primeiro baseado na pressuposição de que os incentivos estariam concentrado na relação mantida entre agentes públicos (políticos e burocratas) e indivíduos; e o segundo fundado na compreensão de que esse conjunto de incentivos não se restringiria apenas aos agentes individualmente associadas às práticas corruptas, mas toda a coletividade influenciada por um oportunismos sistêmico.

O importante seria que, segundo o que foi definido no capítulo final da dissertação, a proposição de modelos de combate à corrupção deveria ser compatível com essa lógica estrutural de tomada de decisões racionais baseada nos incentivos produzidos pelo ambiente institucional inserido em tal cenário. Por tal razão, muito embora ainda seja bastante importante tal modelo, o modelo de regulação por regras de comando e controle fundadas na sanção de condutas deveria abrir espaço por outras alternativas regulatórias igualmente relevantes e eficazes para a implementação de uma agenda regulatória anticorrupção.

Propôs-se, nesse sentido, a implementação de uma agende regulatória anticorrupção deveria atender às exigências de multiplicidade institucional e de responsividade regulatória. Enquanto que a primeira visaria assegurar que tal patologia pudesse ser regulada por diversas frentes institucionais complementares, a segunda implicaria na necessidade de que essas frentes alternativas deveriam ser utilizadas para cada situação concreta específica e compatível com a proposta apresentada.

Com a conjugação de ambos, esses paradigmas permitem que se estruture uma agenda regulatória anticorrupção baseada em mecanismos de regulação por regras de comando e controle; de regulação assistida; e de autorregulação regulada.

Daí porque se pôde ampliar o espectro de opções regulatórias adotados em tal abordagem, para abranger outros instrumentos igualmente relevantes na desestruturação de comportamentos oportunistas detectados em tal conjuntura, mas não menos responsivos e eficazes, tendo como principal exemplo a figura dos programas de integridade e de *compliance*.

Assim, é que se poderá cogitar da implementação de uma agenda regulatória anticorrupção compatível não apenas com a necessidade de eficiência inferida da abordagem econômica utilizada na presente pesquisa, mas também com aqueles fundamentos da Constituição Econômica, igualmente relevantes para a garantia de um ambiente institucional que seja adequado ao funcionamento do mercado.

## REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Finanças públicas, democracia e accountability*. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. *Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*, **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 7, jan./jun., pp. 75-98, 2011.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de direito administrativo econômico – Vol. III**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALVES, Gastão Toledo. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- ARAÚJO, Fernando. Apresentação. In: NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Dijissey Shikida. *Microeconomia*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed, rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 1992.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle dos preços*, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, pp. 187-212, out./dez, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. Prefácio – Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil. PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção: Lava-Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Portfólio Penguin, 2019.
- BECKER, Camila Mauss. **Compliance, autorregulação regulada e o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito penal brasileiro**. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica em Rio de Grande do Sul, 2018.

BECKER, Gary. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence, **The Quarterly Journal of Economics**, v. 98, n. 3, aug., pp. 371-400, 1983.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Jornal of Political Economy**, v. 76, n. 2, mar./abr., pp. 169-217, 1968.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. 172 f. Tese (livre-docência) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico, **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 562-588, jul./dez. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda Indispensável Direito Econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem à Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem Estado**. Tradução: Vera Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

BORSANI, Hugo. Relações entre política e economia: Teoria da Escolha Pública. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004.

BRENER, Paula Rocha Gouveia; PINTO, Felipe Martins. Responsabilidade corporativa e compliance: novas estratégias de prevenção à criminalidade econômica. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Instituições, bom estado e Reforma da Gestão Pública. In: In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. 10ª reimp. São Paulo: Elsevier, 2004.

BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1 ed., 2 tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de Mercado e Falhas de Governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica, **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n.2, pp. 281-303, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: António Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico – direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Interpretação dos fatos jurídicos-tributários e os avanços da interdisciplinaridade. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, Victor Aguiar. **Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos**, Revista Eletrônica da PGE-RJ. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI4>. Acesso em: 28.07.2019.

CARVALHOSA, Modesto. *Performance bonds*: quebra de interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos. PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Usando a multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAVALLI, Cássio. O Direito e a Economia da Empresa. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: ELALI, André; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Editora, 2007.

CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation, **Cambridge Journal of Economics**, v. 21, n. 6, pp. 703-728, 1997.

CHANG, Há-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Fábio Ulhôa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Introdução. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

COUTINHO, Diogo. O Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento, **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, jan./jun., pp. 214/216, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma Análise Econômica do Art. 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DAHLMAN, Carl J. The problem of externality, **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 22, n. 1, pp. 141-162, apr., 1979.

DANTAS, Felipe Araújo. **Direito anticorrupção no Brasil: internacionalização, política interna e novos paradigmas sancionatórios e institucionais**. 229f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, 2010.

DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, , n. 200, abr./jun., p. 55-69, 1995.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DIMANT, Eugen; SCHULTE, Thorben. The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective, **German Law Journal**, v. 17, n. 01, pp. 53-72, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, pp. 335-359, jul./set., 2002.

ELALI, André. **Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Político e Econômico, 2006.

ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ELALI, André; PINHEIRO, Cristiano de Figueiredo. O controle da despesa pública em ciclos econômicos recessivos. In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 21, 2012, **Anais Eletrônicos do XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, pp. 212-238. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8599b9343f82e3b>

FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre direito civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno [et al.] (Org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-contratos-ordem-economica-e-principios-um-dialogo-entre-o-direito-civil-e-a-constituicao-20-anos-depois/view>. Acesso em: 18/06/2019.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, pp. 9-41, out./dez., 2013.

FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira, **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 5 (2), pp. 297-324, jul./dez., 2009.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Prefácio. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

FERRAZ, Sérgio. Corrupção: algumas reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 17, mar./abr./mai, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=364>. Acesso em: 28.07.2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio; NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder econômico: direito, pobreza, violência e corrupção**. Barueri: Manole, 2009.

FERREIRA, Antônio Carlos; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito. COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Econômica, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 128, pp. 18-23, out./dez., 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 185, jul./set., pp. 1-18, 2008

FIANI, Ronaldo. **Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras. Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência**. Brasília: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria\\_da\\_regulacao\\_economica.pdf](http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf). Acesso em: 10/07/2019.

FIANI, Ronald. Afinal, a quais interesses serve a regulação?, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 13, n. 2 (23), pp. 81-105, jul./dez. 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8 ed, rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 165-177, abr./jun., 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 202, abr./jun., pp. 7-29, 2014.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo necessário. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UNB, 2017.

FRAZÃO, Ana. Corrupção e compliance: um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral. In: LAMACHIA, Cláudio; PETRACA, Carolina (Org.). **Compliance: essência e efetividade**. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2018.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e principais vieses. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: os direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GANEM, Angela. O mercado como ordem social em Adam Smith, Walras e Hayek, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 21, n. 1 (44), p. 143-164, abr., 2012.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídica-sociológica, **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 26, pp. 203-245, 2004.

GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, **Economic Analysis of Law Review**, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010.

GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**. 207 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *law and economics*: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito, **Revista Juris**, Rio Grande, v. 11, pp. 199-222, 2005.

GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, António Carlos dos. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro**. 250 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

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

HAYEK, Friedrich Von. O uso do conhecimento na sociedade, Tradução: Philippe A. Gebara Tavares, **Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia**, v. 1, n. 1, jan./jun., pp. 153-162, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado, Tradução: Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, a. XLVI, n. 145, pp. 45-49, jan./mar., 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAENDER, Gabriel Boavista. **O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional**. 321f. Tese (Doutorado) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2014.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; LUZ, Reinaldo Diogo. Análise do programa de leniência da Lei Anticorrupção Brasileira: características e efetividade. In: In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LAUBADÉRE, André de. **Direito público econômico**. Coimbra: Almedina, 1985.

LOPES, André Vaz; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Instituições, Regulação e Desenvolvimento, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 40, nov./dez./jan., 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=661>. Acesso em: 24.07.2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986.

MACEDO, Bernardo; VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2010.

MASCARO, Alysso Leandro. Estado, Direito e Dinheiro: técnicas de intervenção o domínio econômico. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo. **Filosofia e Teoria geral do Direito: estudos em homenagem à Tercio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MATOS, Leonardo Figueiredo. **Custos de transação, instituições e o grau de comprometimento da firma: empresas estrangeiras no mercado brasileiro**. 67 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Mestrado Profissional em Administração, Área de concentração: Estratégia Internacional, Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=70>. Acesso em: 21.07.2019.

MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto-Regulação, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, abr./jun., pp. 123-128, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Estado e a Ordem Econômica, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 143, jan./mar., p. 37-50, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012

MENDONÇA, Fabiano. Hermenêutica Constitucional da Ordem Econômica Regulatória: princípios. In: FRANÇA, Vladimir; MENDONÇA, Fabiano; e XAVIER, Yanko (Org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

MONCADA, Luís Cabral. **Direito económico**. 5 ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MOTTA, Ronaldo Seroa; SALGADO, Lucia Helena. Introdução. In: MOTTA, Ronaldo Seroa; SALGADO, Lucia Helena (Org.). **Marcos regulatórios: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba : Editora Virtual Gratuita, 2016.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição – para o conceito de constituição econômica**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, pp. 23-41, jan./mar., 2014.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social, **Revista de Informação Legislativa**, a. 24, n. 96, pp. 121-128, out./dez., 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e a economia na Constituição de 1988, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, pp. 5-20, abr./jun., 1989.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e Estado de Direito. **Lua nova: revista de cultura e política**, São Paulo, v. 37, pp. 93-105, 1996.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Novos Marcos Teóricos em Licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, abr./mai./jun., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=617>. Acesso em: 29/07/2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações), **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, v. 02, pp. 141-158, 2001.

NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change e economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do tempo, Tradução: Antônio José Maristello Porto, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, pp. 13-30, set./dez., 2010.

NORTH, Douglass. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Tradução: Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998.

NUNES, Sergio José Zeri. **A economia de estagflação e a ordem econômica constitucional**. 149 f Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário – Um “Vol D’oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro. In. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo. **Filosofia e Teoria Geral do Direito – Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior por seu Septuagésimo Aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OGUS, Anthony. Regulation Revisited. In: **Public Law**. 2 ed. London: Sweet & Maxwell, 2009. Disponível em: <https://repub.eur.nl/pub/16031/A.%20Ogus,%20Regulation%20Revisited.pdf>. Acesso em: 19.07.2019.

OLIVEIRA, Gesner. O triângulo perverso da corrupção: corrupção razoável, monopólio e corrupção necessária. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009.

OLIVEIRA FILHO, João Grandino. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988**. 122 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal da Bahia, 2012.

OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Tradução: Fábio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública e Regulación Económica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

PAGGOZO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. 409f. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PETTER, Lafayette Josué. Constituição Econômica e Concorrência, **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, v. 3, n. 1, pp. 40-67, 2011.

PELTZMAN, Sam. Toward a More General Theory of Regulation, **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 19, n. 2, pp. 211-24, aug., 1976.

PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE, **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, pp. 13-48, jan./abr., 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINOTTI, Maria Cristina. Os efeitos econômicos da corrupção. In: PASTORE, Affonso Celso (Org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução: Fanny Wrabel. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

POSNER, Richard. The Constitution as na Economic Document, **The George Washington Law Review**, v. 56, n. 1, nov., pp. 04-38, 1987.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSSAMAI, Giancarlo Bernardi. **Livre iniciativa e limites à regulação estatal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. 172 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestrado em Direito Administrativo, 2014.

PUCCI, Rafael Diniz. **Criminalidade Ambiental Transnacional: desafios para a sua regulação jurídica**. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

RAMALHO, Renato Marques. **Corrupção, Instituições e Desenvolvimento: a corrupção tem impacto sobre o desempenho econômico?** 42 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Economia, Escola de Economia de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2006.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora UnB, 2002.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e Compliance no Brasil. LOBATO, Jose Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance, **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, a. 2, v. 2, n. 2, dez., pp. 112-120, 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. 173 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. 437 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

SÁNCHEZ, Fernando Jimenez. **A armadilha política: a corrupção como problema de ação coletiva**. Tradução: Affonso Ghizzo Neto. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-armadilha-politica-a-corrupcao-como-problema-de-acao-coletiva>. Acesso em: 28/07/2019.

SANTOS JUNIOR, Fernando Lucena Pereira dos. **Imunidade recíproca e livre concorrência: considerações acerca de sua fruição por empresas estatais**. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SARCEDO, Leonardo. **Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos, **Boletim de Ciências Econômicas XLVI**, Coimbra, v. 46, pp. 67-116, 2003.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia**

**baseada no conhecimento.** 336 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: Uma análise sob a óptica do direito e economia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SEIXAS, Luis Felipe Monteiro. **Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica.** 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

SILVA, Adroaldo Moura. Apresentação: Keynes e a Teoria Geral. In: KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** Tradução: Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultura (Os Economistas), 1996.

SILVA, André Felipe Alves. **Livre concorrência, neutralidade da tributação e incentivos fiscais: um enfoque sobre o potencial anticoncorrencial da “guerra fiscal” à luz da ordem econômica.** 134 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016.

SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, mai., pp. 183-208, 2017.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set., p. 15-34, 1988.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Corrupção e produção de bens públicos. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil.** 10<sup>a</sup> reimp. São Paulo: Elsevier, 2004.

SILVEIRA NETO, Otacílio Silveira. A terceira onda – a glória extemporânea do livre mercado no brasil. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 6, n. 02, set., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5800/4618>. Acesso em: 24.07.2019.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura.** 280 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações.** Tradução: Norberto de Paula Lima. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica, **Revista Brasileira de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, pp. 21-48, 1989.

STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. Tradução: Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

STIGLITZ, Joseph. **Economics of the public sector**. 3 ed. New York/London: W.W Norton & Company, 2000.

STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation (preliminary and incomplete). In: Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation, **Tobin Project's Conference**, pp. 1-25. Florida: The Tobin Project, 2008. Disponível em: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7V5C>.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 4 ed, rev, aument. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUSTEIN, Cass. **Paradoxes of the Regulatory State**, The University of Chicago Law Review, v. 57, n. 2, pp. 407-441, 1990.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 2011.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2018.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Tributação ambiental negativa: políticas públicas de fomento ambiental com uso de incentivos tributários**. 146f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pernambuco, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4 ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economic and Organization Theory**. Oxford: Industrial and Corporate Change, Oxford University Press, 1993.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **A evolução histórica da teoria da tributação: análise das estruturas sócio-econômicas na formação do Sistema Tributário Global.** 416 f. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, 2012.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Tributação e corrupção: tudo como dantes no quartel d'Abrantes?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-e-corrupcao-tudo-como-dantes-no-quartel-dabrantes-05052019>. Acesso em: 08.09.2019.