



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISADORA DA SILVA GOMES

**A AÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO APÓS A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ANÁLISE DE
IMPACTO REGULATÓRIO COMO MEIO DE COMBATE À
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO
DECORRENTE DOS EFEITOS EXPROPRIATÓRIOS DA
REGULAÇÃO**

Salvador
2021

ISADORA DA SILVA GOMES

**A AÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO APÓS A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ANÁLISE DE
IMPACTO REGULATÓRIO COMO MEIO DE COMBATE À
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO
DECORRENTE DOS EFEITOS EXPROPRIATÓRIOS DA
REGULAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

ISADORA DA SILVA GOMES

**A AÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO APÓS A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ANÁLISE DE
IMPACTO REGULATÓRIO COMO MEIO DE COMBATE À
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO
DECORRENTE DOS EFEITOS EXPROPRIATÓRIOS DA
REGULAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

AGRADECIMENTOS

Por trás de todo triunfo individual, sempre existem aqueles que tanto nos amam e nos apoiam. O amor, afinal, sempre torna todos os caminhos mais leves, e por tudo isso, por tudo, eu agradeço.

Inicialmente dedico este trabalho aos meus pais, Wilson e Cecília, que sempre me deram todo amor e suporte necessário para o enfrentamento desta longa jornada acadêmica. Pai e mãe, sem vocês eu não seria nada. À minha madrastra querida, Carmem, que é influência positiva em minha vida e me guiou para a elaboração do presente trabalho. Carmem, sem sua ajuda eu não teria conseguido! Aos meus irmãos, Pedro e Júlia e são minhas certezas que nunca estarei sozinha neste mundo, mas em especial à Juju, que sempre foi colo quando precisei. A eles, todo meu amor.

À João, que além de namorado sempre foi um grande amigo e conselheiro, me apoiou em todos os passos dessa jornada e me incentivou a superar cada desafio. Nossa parceria foi combustível para acreditar em mim e seguir em frente.

Aos meus queridos amigos (não poderia citar todos), pela amizade e companheirismo, mas principalmente por compreenderem minha ausência. Em especial a Victor Lopo, meu irmão de sempre, e para todo o sempre, e Juli que sempre se mantiveram presentes, apesar da minha ausência constante, sendo fonte de muitas risadas e conforto, amo vocês demais.

RESUMO

Em linhas gerais, o presente trabalho tem como objeto central a análise dos efeitos da expropriação regulatória no que tange a possibilidade de atribuir ao Estado o dever de indenizar o agente lesado, bem como de verificar se a realização da Análise de Impacto Regulatório pode servir de instrumento para afastar tal imputação. Qualquer violação antijurídica causada pelo Estado na esfera de direitos do administrado dá para a vítima a prerrogativa de fazer uso do instituto da responsabilidade civil estatal. Deste modo, sendo possível se observar que a conduta estatal lesiva causou a um particular um dano antijurídico. No caso da regulação expropriatória, é necessário se observar a garantia fundamental à propriedade privada, que não pode ser sacrificada por uma simples decisão unilateral da Administração Pública, observou a prerrogativa processual de um devido processo expropriatório, bem como se o sacrifício do direito foi devidamente compensado. Portanto, estando presente tais premissas, a expropriação será legítima e não haverá o que se falar em indenização pela responsabilização civil do Estado, uma vez que não haverá dano antijurídico causado ao particular. Contudo, o problema reside nas hipóteses em que há a edição de norma reguladora e posteriormente se percebe os efeitos expropriatórios desta, causando ao indivíduo, para além da compensação do direito suprimido, o direito de perquirir indenização pelos efeitos expropriatórios da regulação sem que antes tenha ocorrido o devido processo expropriatório. O devido processo regulatório garante a democratização e a transparência do processo de tomada de decisão da Administração Pública, bem como faz com que a atuação seja mais bem informada, melhorando a qualidade regulatória. A Análise de Impacto Regulatório possui grande relevância dentro do devido processo regulatório, uma vez que instrui o Estado dos efeitos da tomada de decisão, e permite que a Administração Pública consiga prever eventuais danos a serem causados ao escolher determinado modo de intervir no setor regulado. A constatação dos efeitos expropriatórios da regulação pode ser feita pela AIR, fazendo com que o Estado, consciente da antijuridicidade dos efeitos de sua conduta, promova o procedimento adequado para que sejam preservadas ao máximo as garantias fundamentais, e seja feita a devida compensação do direito suprimido. Além disso, a AIR permite que o afetado participe e seja escutado no processo regulatório, democratizando a tomada de decisão fornecendo subsídios para uma atuação mais segura, transparente e eficiente.

Palavras-chave: intervenção econômica, atividade reguladora, regulação; responsabilidade civil do Estado, dano antijurídico, sacrifício de direito, expropriação regulatória, Análise de Impacto Regulatório.

ABSTRACT

In general lines, the central object of this paper is to analyze the effects of regulatory expropriation regarding the possibility of attributing to the State the duty to indemnify the injured agent, as well as to verify whether the performance of the Regulatory Impact Analysis can serve as an instrument to rule out such an imputation. Any unlawful violation caused by the State in the sphere of rights of the administered party gives the victim the prerogative to make use of the institute of State civil accountability. Thus, it is possible to observe that the injurious state conduct has caused an unlawful damage to a private individual. In the case of expropriation regulation, it is necessary to observe the fundamental guarantee to private property, which cannot be sacrificed by a simple unilateral decision of the Public Administration, observed the procedural prerogative of a due expropriation process, as well as whether the sacrifice of the right was duly compensated. Therefore, if these premises are present, the expropriation will be legitimate and there will be no need to speak of compensation for the State's civil accountability, since there is no unlawful damage caused to the private individual. However, the problem lies in the hypotheses in which a regulatory rule is issued and later its expropriatory effects are perceived, causing the individual, in addition to compensation for the suppressed right, to seek compensation for the expropriatory effects of the regulation without the due process of expropriation having first occurred. The regulatory due process guarantees the democratization and transparency of the Public Administration's decision making process, as well as makes the performance better informed, improving the regulatory quality. The Regulatory Impact Analysis has great relevance within the due regulatory process, since it informs the State of the effects of the decision making process, and allows the Public Administration to foresee possible damages to be caused when choosing a certain way to intervene in the regulated sector. The verification of the expropriatory effects of regulation can be done through RIA, so that the State, aware of the unlawfulness of the effects of its conduct, promotes the appropriate procedure to preserve as much as possible the fundamental guarantees, and the due compensation of the suppressed right. Moreover, RIA allows those affected to participate and be heard in the regulatory process, democratizing the decision making process by providing subsidies for a more secure, transparent and efficient action.

Keywords: economic intervention, regulatory activity, regulation, state accountability, unlawful damage, sacrifice of right, regulatory expropriation, Regulatory Impact Analysis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - artigo

AIR - Análise de Impacto Regulatório

ARR - Avaliação de Resultado Regulatório

OCDE - Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A ATIVIDADE REGULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ORDEM ECONÔMICA.....	12
2.1.1 Evolução histórica.....	13
2.1.2 O Estado regulador e suas principais características	26
2.1.3 Constituição Federal de 1988 e a ordem econômica	30
2.2 DA ATUAÇÃO REGULADORA DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA.....	38
2.2.1 Formas de atuação do Estado no domínio econômico	38
2.2.2 Noções gerais da função administrativa regulatória	41
2.2.3 Aspectos fundamentais da regulação	44
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	48
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A SOCIEDADE DE RISCO.....	49
3.1.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado.....	49
3.1.2 Evolução história da responsabilidade civil do Estado.....	51
3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ILICITUDE DO RESULTADO	58
3.2.1 A constitucionalização do direito	58
3.2.2 O dever de indenizar decorrente do sacrifício do direito	60
4 DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO MEIO LEGÍTIMO PARA O ALCANCE DAS FINALIDADE DA REGULAÇÃO	63
4.1 DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.....	63
4.2 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO FORMA DE APURAÇÃO DA EXPROPRIAÇÃO REGULATÓRIA	73
4.2.1 Falhas da Regulação e o regime expropriatório	73

4.2.2 A responsabilidade civil do Estado em razão dos efeitos expropriatórios da regulação e compatibilização das regulações expropriatórias com o ordenamento jurídico.....	77
5 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

A ordenação jurídica do comportamento dos agentes econômicos, sejam eles públicos ou privados, e a imputação de consequências deste decorrente é essencial para conferir maior segurança jurídica para as relações e proteger ao máximo os direitos e liberdades individuais dos sujeitos, ao delimitar o campo de interferência do Estado no âmbito da iniciativa privada.

No Brasil, até chegar na atual forma de ordenação pública da economia, o vínculo do Estado com a ordem econômica se mostrou dinâmico e mutável conforme o contexto político e as necessidades sociais, e percorreu um longo caminho desde o período de total prerrogativa estatal para interferir nas liberdades individuais sem qualquer atribuição de responsabilidade por eventual abuso ou lesão, até os dias de hoje, em que a atuação do Estado no âmbito econômico se dá, principalmente, de forma indireta por meio da atividade regulatória, sempre respeitando o princípio da legalidade.

A Constituição Federal de 1988 é um marco normativo de institucionalização dos direitos fundamentais, visando a proteção da dignidade mínima aos sujeitos, bem como passou a tratar da ordem econômica, dos direitos fundamentais a esta relacionada, e dos limites de atuação estatal nesta esfera, a fim de equilibrar as demandas sociais da população e garantir a liberdade empresarial necessária para um melhor funcionamento mercado e da economia.

Sendo assim, o Estado, ao se apresentar enquanto agente normativo e regulador da atividade empresarial, deve ponderar e harmonizar os interesses envolvidos conforme os preceitos constitucionais.

A atividade regulatória deve ser baseada num conjunto de estratégias de políticas públicas e econômicas de intervenção estatal na economia, que visam conformar e/ou induzir determinados comportamentos dos sujeitos para que sejam atingidos os objetivos socialmente desejados, considerando que o mercado interfere diretamente na vida privada das pessoas, pois é fonte de emprego e promove a circulação de bens e serviços. Contudo, não é razoável que, para alcançar seus objetivos de regulação, o Estado extinga ou restrinja demais as prerrogativas e liberdades atribuídas ao setor privado, causando o fenômeno da regulação expropriatória.

A atividade regulatória, como qualquer outra ação normativa, reduz de alguma forma as liberdades individuais dos sujeitos, sem que isso se configure um ato ilícito e enseje a necessidade de qualquer tipo de reparação pecuniária, até porque é natural da própria vida em comunidade se abdicar de certas liberdades em prol do bem-estar e harmonia social. Entretanto, a função normativa reguladora estatal pode impor a determinado agente um sacrifício de direito anormal e desproporcional em comparação ao ônus suportado pelos demais, causando prejuízos específicos, transformando o ato lícito em danoso.

Assim, foram criados mecanismo de verificação da qualidade da regulação, que se preocupam se a forma de intervenção indireta do Estado no domínio econômico está sendo aplicada de maneira necessária, adequada e proporcional, principalmente se a norma regulatória impõe limites a direitos dos administrados.

Não se trata de não permitir a edição de regulação supressora ou extremamente limitante de direito, mas sim de evitar falhas regulatórias e garantir a ocorrência do devido processo legal.

Um dos principais mecanismos para dificultar a ocorrência e corrigir eventuais falhas regulatórias é a realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) tanto no processo de edição da norma, bem como posteriormente na avaliação da sua incidência e produção de efeitos. A AIR é uma ferramenta que possui a finalidade de atribuir maior racionalidade à regulação, na qual se verifica os custos e benefícios da edição de normas novas, como também das já em vigor, dando maior qualidade a tomada de decisão da Administração Pública.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, as normas e legislações infraconstitucionais devem ser filtradas pelos princípios e demais preceitos constitucionalmente previstos. Assim sendo, não é razoável imaginar que o Estado, através da atividade regulatória, tenha a prerrogativa de suprimir a propriedade privada sem que seja observado o devido processo legal expropriatório, bem como sem que o patrimônio lesado seja compensado.

Em que pese a supressão ou limitação de direitos possam ocorrer em prol do interesse público, a atividade reguladora da Administração Pública não pode ser usada como meio “legítimo” para restringir garantias e direitos individuais de forma inconsequente.

Diante do quanto exposto, não há como negar a relevância social do tema em destaque, propondo-se este ensaio verificar se é possível o Estado ser responsabilizado civilmente em virtude da edição de regulação expropriatória, bem como qual o papel da Análise de Impacto Regulatório para que tal efeito seja evitado.

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa gira em torno do método dedutivo, que tem por finalidade, inicialmente, definir o problema e, posteriormente, analisá-lo criticamente, por meio de uma cadeia lógica que parte de uma análise geral para o tema em particular, chegando em sua conclusão.

Através deste método, serão analisadas premissas doutrinárias no que tange a espécie normativa, para que final da pesquisa, dependendo os resultados obtidos, se possa apontar as consequências jurídicas do fenômeno estudado.

A presente pesquisa se desenvolverá a partir, principalmente, de levantamento bibliográfico, acerca do problema, para que, em momento posterior, sejam logicamente elaboradas reflexões críticas.

No segundo capítulo será tratada a evolução temporal da atividade regulatória do Estado, demonstrando como se deram as primeiras interações entre a Administração Pública e a Ordem Econômica, desde o final do Estado Absolutista até os dias atuais. Serão demonstrados os fundamentos da regulação e a extrema necessidade de um agir público proporcional e adequado para viabilizar o bom funcionamento da comunidade, e o atingimento dos objetivos sociais.

Em seguida, no terceiro capítulo é tratado o instituto da responsabilidade civil do Estado, delineando como este se configura, a sua evolução no ordenamento jurídico, dando enfoque aos aspectos gerais da responsabilidade civil e da necessidade de sua observância conforme os princípios gerais do direito, e a sua relação com o direito administrativo. É delimitado em quais as hipóteses o Estado poderá ter o dever de indenizar por eventual dano antijurídico acusado, como ocorre no sacrifício do direito.

Por fim, no quarto capítulo, far-se-á breves comentários a respeito da Análise de Impacto Regulatório, sua finalidade, e como este instrumento de regulação é essencial para a apuração da expropriação regulatória, e dos eventuais danos a serem indenizados pela Administração Pública ao particular, com vistas a reestabelecer o equilíbrio rompido pela conduta antijurídica estatal.

2 A ATIVIDADE REGULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ORDEM ECONÔMICA

2.1 O ESTADO E A ORDEM ECONOMICA

Para compreender o atual modo de interação entre o Estado e a economia, é necessário observar a influência constante entre estes desde o início da vida social. Viver em sociedade agrega evidentes benefícios para os sujeitos já que é da própria disposição natural dos homens a vida em comunidade, entretanto, é principalmente o anseio de satisfazer as necessidades materiais, o qual somente a organização social viabiliza, que efetivamente promove esse vínculo.

Portanto, viver coletivamente tem a finalidade de atender o bem comum e, assim, dá condições para que os indivíduos possam alcançar seus fins particulares. É a partir dessa perspectiva de integração das distintas atividades profissionais que Platão demonstra o fundamento econômico para o surgimento do Estado (DALLARI, 2013), como podemos observar:

Um Estado nasce das necessidades dos homens; ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas. [...] como temos muitas necessidades e fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo à ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e, quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado.

É nesse sentido que o professor Vítor Soliano (2020) afirma que atividade econômica em sociedades modernas, complexas e plurais, está diretamente ligada à ordenação pública da economia, demonstrando assim a relação direta entre o Estado e o mercado. Dentre as diversas funções da atividade empresarial privada, estão a criação de condições para a disponibilização de bens e de serviços necessários, essenciais ou meramente desejados pela sociedade, bem como a geração de riqueza, empregos e promoção do desenvolvimento, evidenciando assim que se trata de uma atividade proveitosa para o empresário, e fundamental para a sociedade de um modo geral.

Diante disso, pode se afirmar que “o mercado é decorrência natural e espontânea do dinamismo social”, bem como “é uma criação jurídica, vez que apenas pode se desenvolver caso existam os veículos e as garantias jurídicas necessárias”. Assim, o

vínculo existente entre o Estado e a economia é dinâmico e mutável de acordo com a conjuntura política, ideológica e econômica, e produz uma relação de influência e contenção mútua. Tal contingência intervêm na edição e aplicação de normas jurídicas que possuem o condão de limitar e dirigir as atividades econômicas (ARAGÃO, 2013, p. 206).

Em que pese as vantagens decorrentes da vida em sociedade, esta também acarreta uma série de limitações às liberdades individuais dos sujeitos, e é justamente a figura do Estado quem impõe essas balizas por meio do desempenho de suas atividades essenciais, quais sejam: a legislativa, judicial e executiva. Na atual conjuntura organizacional todas essas funções do Estado giram ao redor da noção de “Lei”, deste modo à atividade legislativa cabe a edição da lei, à judicial concerne a aplicação concreta da norma para a solução de litígios, e à função executiva compete “a execução, de ofício, da lei na gestão concreta, direta e imediata dos interesses da coletividade” (CUNHA, 2016, p. 27). Apesar de atualmente ser bem estabelecida a forma estruturação e de atuação do Estado na sociedade civil, nem sempre o campo de operação da Administração Pública foi tão bem delimitado, principalmente no que tange às relações de cunho patrimonial.

2.1.1 Evolução histórica

Nos anos em quem o Estado Absolutista perdurou, não era possível a identificação de uma organização homogênea do poder, o que havia era apenas a ideia de que o governante, por meio da máquina pública, teria a prerrogativa de agir como lhe conviesse sem que os súditos pudessem se contrapor à sua atuação. A premissa era de que todas as funções do Estado se concentravam na figura do soberano e este era o responsável por garantir a ordem interna, solucionando conflitos e editando normas gerais. Contudo, por mais que houvesse um aparato estatal não existiam efetivas limitações jurídicas que dirigissem a sua atividade sendo esta por vezes abusivas (ARAGÃO, 2013, p.1-3).

É nesse sentido que explica Maurice Duverger, citado por Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 4), que o período absolutista é marcado pela ideia de que “*The king can do no wrong*”, deste modo, as suas decisões eram incontestáveis, e mesmo que

fossem era o próprio rei quem possuía a prerrogativa de mudar a legislação invocada e de julgar a demanda contra ele aduzida. Em paralelo, o autor salienta ainda que é nesse período que o comércio das cidades ganha força e ocupa um espaço relevante na vida social, contudo a economia ainda se estruturava na agricultura senhorial dominada pelos valores feudais, o que era um obstáculo para a ascensão econômica e social da burguesia que era formada basicamente por comerciantes, fato este que criava um ponto de grande tensão.

Por óbvio este modelo de Estado foi sendo cada vez mais questionado pelos governados, principalmente pelos burgueses, e a crescente insatisfação com os abusos do soberano, bem como com a falta de limitação da atuação deste, deflagrou movimentos revolucionários fundados no ideal iluminista que chegaram ao seu ápice com a Revolução Francesa.

Como ensina Eros Roberto Grau (2015, p. 16-17), o que caracterizava a monarquia absolutista era justamente o monopólio pessoal que o rei detinha da divisão do trabalho, da tributação e da violência física, contudo, com a emergência da burguesia houve a quebra deste monopólio, fazendo com que o poder de tributação e da força física fossem transferidos ao controle institucional, ou seja, transformou os até então monopólios pessoais em monopólios públicos fazendo com que a sociedade passasse a se organizar sob a forma de Estado enquanto instituto formal.

O êxito dos ideais iluministas faz despontar o Estado Liberal implementado pela Revolução Francesa, e apresenta a teoria do Estado Democrático de Direito que consiste na submissão de todos, inclusive e principalmente da Administração Pública, ao império da lei. A burguesia delineou garantias institucionais fundamentais para conferir segurança jurídica aos seus interesses que eram basicamente de cunho econômico.

Dessa forma, o Estado passa a ter balizas legais para a sua organização e ação, pois enquanto todas as atividades estatais estivessem concentradas em um único núcleo de poder sem qualquer limitação não haveria o que se falar em Direito (ARAGÃO, 2013, p. 4).

A consolidação do Estado liberal, ao longo do século XIX, foi reflexo da preocupação da sociedade quanto a proteção das liberdades individuais e da propriedade privada, sendo a implementação dos princípios democráticos o meio para combater o regime

absolutista que vigorava até então. Assim, o direito passou a se manifestar como um apanhado de sanções e regras jurídicas com a finalidade de justamente evitar e punir a violação da propriedade privada e das liberdades individuais por outros sujeitos, mas sobretudo para evitar a atuação estatal abusiva (JUSTEN FILHO, 2007, p. 2).

É nessa conjuntura de buscar garantir o respeito às premissas estipuladas pelo regime liberal de ação do Estado, que desponta o sistema de separação dos poderes, bem como o “Rule of Law” que tem por regra o princípio da legalidade. Como bem fundamenta Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p.220), a legalidade rege a atuação da Administração Pública, haja vista que toda máquina estatal só existe dentro dos limites estabelecidos pelo Direito, e não antes ou acima deste, protegendo as liberdades individuais dos administrados.

O autor salienta ainda que, além de garantir a liberdade de ação aos indivíduos partindo da premissa de que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, dentro do contexto democrático, também é garantido que a legalidade decorra da participação social por meio do Poder Legislativo.

Além do princípio da legalidade, outro instituto que também compõe o Estado liberal é o da separação de poderes. Inicialmente cumpre salientar que o Poder é fato inerente da vida social, haja vista que não há como se estruturar uma sociedade sem o caráter coercitivo que o Poder possui. Sendo assim, este é indispensável para a regulação das relações e das condutas das pessoas entre si, pois se trata de uma força de efetivação das premissas da vida em comunidade (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 432). Por isso se tornou de extrema necessidade a aplicação da teoria de Montesquieu para o melhor e mais transparente funcionamento da máquina pública.

Inspirado no ideal de John Locke, o filósofo francês Montesquieu sistematizou as distintas funções do Estado reunindo-as em diferentes organismos estatais. Tal teorização é fundada na compreensão da necessidade de limitar o poder do Estado para que haja um governo moderado e de efetiva liberdade dos indivíduos.

Dalmo Dallari (2013, p. 214) esclarece que ao se concentra o Poder Legislativo e Executivo no mesmo sujeito ou entidade, não há liberdade de fato, uma vez que se possibilita a edição de “leis tirânicas a serem executadas tiranicamente”. Assim, o autor lembra que a referida teoria se consagrou em um período em que se buscavam

meios para enfraquecer a atuação estatal, não sendo admitida a interferência do Estado na vida social, salvo como fiscal e garantidor das relações estabelecidas pelos indivíduos.

Apesar de se tratar de “separação” de poderes, vale ressaltar que o instituto não se refere a separação absoluta, mas a uma separação relativa para que seja possível a construção de um sistema de compensações, até porque o poder do Estado é uno e indivisível.

A máquina estatal não possui meios nem recursos suficientes para concentrar o planejamento e execução de todas suas atribuições enquanto soberano em uma única entidade, deste modo, por ser contraproducente essa concentração, é de se esperar a distribuição de atividades em diversas entidades sem que isso implique na quebra da unidade da soberania do Estado. Diante disso, o que ocorre de fato é apenas uma distribuição de funções para proporcionar o aumento da eficiência estatal (DALLARI, 2013, p.214-215).

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 436-437) afirma ainda ser primordial que as diversas funções conferidas aos diferentes órgãos, da forma mais especializada possível, sejam implementadas sem haver qualquer relação de hierarquia entre eles, viabilizando o controle do poder pelo poder, no qual há uma interpretação de competências e interferências recíprocas. Essa concepção é conhecida como o sistema de pesos e contrapesos.

Dentro desse novo modelo, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 5) explica que o Estado tinha função meramente administrativa, cabendo a este apenas a execução do que lhe foi atribuído por lei, sem qualquer espaço para ações discricionárias.

Ademais, o professor destaca que um forte traço deste período também era a separação entre o Estado e a sociedade, a qual abarcava também o mercado, como um meio de salvaguardar a liberdade econômica dos particulares, e afirma que “o que fosse atribuído ao controle ou à titularidade estatal seria público; todo o restante seria privado e livre, constituindo uma área onde o Estado não poderia se imiscuir”.

É evidente que o regular funcionamento da economia depende diretamente da segurança e previsibilidade que o ordenamento jurídico confere não só às relações privadas, mas também às relações entre os particulares e o Estado. Assim, o poder político que surge na transição para o século XIX manteve institucionalmente

separados os domínios político, econômico e social, impedindo que o Estado perturbasse a “ordem natural” do mercado. No entanto, vale ressaltar que na prática não é possível se fazer tal dissociação, a relação entre esses campos é simbiótica e constante ao longo dos anos (GRAU, 2015, p. 18-19).

Insta ressaltar ainda que a concepção liberal do Estado tem duas faces, uma política e outra econômica. Assim, a política do Estado liberal é influenciada pela ideia da essencialidade de o regime estatal salvaguardar determinados direitos que combatem o abuso da autoridade por parte deste. Já o liberalismo econômico, da escola de Adam Smith, parte da premissa de que o ente estatal não é adequado para desempenhar atividades de cunho econômico.

Em que pese esse modelo clássico de regime liberal de Estado tenha logrado êxito por um período, foi no século XIX que importantes transformações econômicas e sociais modificaram de vez o contexto em que o Estado liberal estava inserido, demandando uma atuação estatal cada vez mais presente nas relações individuais (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 488-489).

O ideal do Estado liberal se apresenta por meio do Estado mínimo enquanto garantidor da ordem social e agregou inúmeros benefícios, principalmente no que se refere ao desenvolvimento econômico, bem como no tocante a garantia das liberdades dos sujeitos.

Entretanto, as mudanças sociais ocasionadas pela contenção estatal e pela forma de meio de produção vigente, acabaram atingindo profundamente toda a organização social e demandou a transformação do modo de atuação do Estado. Tal mudança é explicada por António José Avelãs Nunes (2009, p. 72) que esclarece que o regime do Estado de Direito liberal foi a “bandeira da burguesia” no combate ao Estado aristocrático-absolutista, com a finalidade de ocupar um lugar de preponderância no controle político, bem como de firmar e perpetuar o seu status de classe dominante, em um contexto social no qual as novas formas de produção se consolidavam numa estrutura de classes entre o capital e o trabalho.

A forma de exploração da mão de obra utilizado pelo sistema de produção das indústrias à época, gerou muita desigualdade social, uma vez que os trabalhadores eram submetidos a condições precárias de trabalho, com longas jornadas e salários irrisórios, levando grande parte da população à miséria.

É dentro desse contexto que o professor Dirley da Cunha Jr. (2015, p.490) demonstra que foram muitos os fatores que combinados ocasionaram na alteração da organização de atuação liberal estatal, dentre eles:

Os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos.

Dessa forma, pode se afirmar que as tensões sociais ocasionadas pela cadeia produtiva capitalista liberal, que fomentava o crescimento das desigualdades sociais, foi um dos fatores determinantes para a mudança do modo de operação Estado, contudo não foi o único.

O positivismo formalista que se consolidou com o firmamento da teoria do Estado de Direito acarretou no redirecionamento da concepção de Estado de Direito para Estado Legislativo de Direito, o qual resume o sistema jurídico à lei enquanto enunciado formal, sendo apenas resultado da atividade legislativa estatal alheio a qualquer conteúdo axiológico, ou seja, sem contemplar a realidade social no qual estava inserido.

Desse modo, essa aplicação meramente formal dos enunciados normativos, demonstrou que a falta de percepção valorativa das leis poderia atribuir ao Estado de Direito um caráter ditatorial, bem como não atendia as premissas de igualdade e fraternidade propagados com a Revolução Francesa (CUNHA, 2015, p. 430).

O professor Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 8) assinala que se percebeu que a redução da Administração à norma jurídica se tornou uma ideia distante, uma vez que a lei, por si só, não é o meio mais adequado para factualmente realizar modificações na realidade social.

Assim, considerando que à norma “por sua própria definição, falta concretude exigida para a solução de problemas sociais e econômicos concretos e individualizados crescentes em uma sociedade complexa, pluralista e industrial”. O autor explica ainda que o sufrágio universal oportunizou que a classe operária participasse do processo político e deu espaço para que as suas demandas fossem ouvidas, fazendo com que a linha que até então separava o público do privado se atenuasse, o que evidenciou

a necessidade de o Estado interferir nas relações econômicas com vistas a atender as demandas da população menos favorecida.

A teoria liberal de que a economia e a sociedade livres, com mínimo controle estatal e “confiadas à mão invisível ou às leis naturais do mercado”, quando colocada em prática, demonstrou possuir grandes falhas.

Entretanto, em que pese na conjuntura social da época já houvessem manifestações que buscavam a adequação da ordem social pelo Estado, numa tentativa de resistir ao modelo do regime do Estado Liberal clássico, foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial que se acelerou a mudança das estruturas políticas e econômicas da sociedade e houve a ampliação do campo de incidência da ação estatal, fato este que incentivou o comportamento intervencionista do Estado (DALLARI, 2013, 275).

Inicialmente, é importante destacar a ressalva feita pelo ex-ministro Eros Roberto Grau (2015, p. 21) no que tange à ideia de “intervenção” estatal, que assim esclarece:

A ideia de “intervenção” tem como pressuposto a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao “intervir”, o Estado entraria em campo que não é seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens.

As primeiras décadas do século XX foram marcadas por grandes crises econômicas e sociais, que demonstravam que a ideologia capitalista liberal clássica, sem qualquer controle estatal, produzia grandes desigualdades sociais. Assim, para tentar remediar os desequilíbrios do liberalismo, o Estado ocidental aderiu paulatinamente a um modelo de política pública e econômica mais intervencionista, não mais se abstendo de se envolver na esfera privada dos indivíduos.

O Estado se tornou um instrumento da população na luta contra a injustiça social e a forma de controle do poder abusivo do capital, bem como de prestação de serviços públicos para a sociedade. Aumentou-se, assim, significativamente a sua atuação no domínio econômico por meio da atividade legislativa regulamentar em conjunto com o planejamento e aplicação de políticas públicas de promoção de segmentos agora tidos como essenciais (BARROSO, 2010, p. 75).

É dessa forma que o Estado liberal evolui e demonstra que pode, por meio de políticas públicas, proporcionar efetiva proteção às liberdades individuais e à propriedade

privada, contudo, de forma a garantir condições minimamente dignas de vida aos sujeitos, surgindo nesse cenário o Estado do Bem-Estar Social.

Assim, a mera afirmação de que o direito é de monopólio estatal não é mais o suficiente para justificar e legitimar os poderes do Estado e a conservação de determinada conjuntura socioeconômica.

A mudança dos paradigmas demonstrou que é necessário que os poderes normativos conferidos ao Estado sejam um mecanismo de transformação das interações sociais, com a finalidade de promover o “bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades e a promoção da dignidade da pessoa humana”, direcionando a disseminação dos ideais de ativismo e intervencionismo estatal (JUSTEN FILHO, 2007, p. 2).

Como bem afirma António José Avelãs Nunes (2009, p.77), o *Welfare State* se caracteriza pela “ideia de responsabilidade social do estado enquanto responsabilidade social coletiva (de toda comunidade)”. Assim sendo, segundo o professor, o Estado Social é tido como um ideal acima das classes e dos conflitos sociais, se consolidando na implementação da harmonia e paz social, conferindo à toda comunidade condições necessárias para uma vida digna, oferecendo pessoalmente os bens e serviços indispensáveis para esta finalidade.

A política pública social também se propõe a conferir as mesmas oportunidades de acesso ao bem-estar, por meio de criação de programas de redistribuição de renda e de investimentos públicos de caráter prestacional, como habitação, saúde e ensino básico. Por fim, o Estado Social passou a ser um ideal político do Estado Liberal Democrático, devendo assim oportunizar a participação da comunidade no poder social.

Marçal Justen Filho (2007, p. 2) explica ainda que, ao longo do século XX, o pensamento do Bem-Estar se referiu à responsabilidade assumida pelo Estado de desempenhar funções de balizamento da vida social, se tornando prestador de serviços e empresário.

De igual modo, a consolidação do ideal social produziu transformações no aspecto normativo, dado que o sistema jurídico adquiriu contornos promocionais, se desvencilhando da conotação negativa de limitação, passando a incentivar comportamentos positivos e condutas socialmente almejadas. Assim, é possível

concluir que o fator fundamental do Estado Liberal Democrático de Direito é a lei compreendida não mais como mero enunciado formal, mas enquanto um ato de materialização dos valores humanos, sociais, éticos e morais, provida de conteúdo axiológico (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 431). Na atual Constituição Federal do Brasil essas premissas são denominadas como direitos e garantias fundamentais.

Num primeiro momento os resultados da atuação intervencionista do Estado com vistas a fomentar o desenvolvimento econômico e social, foram extremamente positivos. De fato, a implementação da agenda de política pública assistencialista estruturou um “colchão social” efetivo o suficiente para elevar os padrões de vida que até então nunca haviam sido alcançados pelos cidadãos.

É nesse contexto de “implantação de um sistema político de intervenção estatal”, que Marçal Justen Filho (2007, p.3) pondera a relação entre o crescimento da ação promocional estatal e o aumento da expectativa de vida humana, concluindo que estes são expressões de um mesmo processo histórico.

Ademais, o Welfare State foi também o modelo que mais alcançou êxito no que tange a tentativa de reunião entre o capitalismo e a democracia, fomentado pelo sistema partidário competitivo, que visava prestar serviços que atendessem às necessidades básicas das pessoas, salvaguardando direitos fundamentais fora do mercado. Assim, o modelo capitalista clássico antes adotado, adquiriu novo formato, conferindo uma “profunda politização da economia” (PEREIRA, 2009, p.8).

Em que pese houvessem transformações sociais positivas, a partir do meio da segunda metade de século XX o Estado Social começa a demonstrar sinais de inviabilidade de sua manutenção, passando a ser questionada a sua eficiência para produzir e distribuir riquezas, bem como para prestar serviços públicos (BARROSO, 2010, p.76).

A melhora no padrão de vida da sociedade de um modo geral propiciou a multiplicação da população, uma vez que, com condições básicas de existência, as pessoas passaram a viver mais.

O crescimento populacional combinado com o aumento da complexidade das relações sociais decorrentes dos avanços tecnológicos, por óbvio, geraram uma maior demanda social do Estado, sendo exigido que este produzisse maiores resultados e

de forma cada vez mais eficiente, para que se pudesse atender às novas demandas da comunidade (PESSOA; CARDOSO; SOUSA, 2015, p. 118).

Desse modo, é plausível afirmar que a situação de inviabilidade econômico-financeira do modelo social de política pública decorreu da demanda de um maior desempenho do Estado, que por sua vez não possuía o financiamento necessário para tanto, o que acarretou na diminuição da eficiência da atuação estatal, favorecendo a instalação da chamada “crise fiscal”.

Tal fenômeno indica o estado de “insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos”, não havendo assim recursos suficientes nem para a manutenção das políticas públicas já consolidadas. Deste modo, a deterioração dos serviços e das estruturas públicas era notória (JUSTEN FILHO, 2007, p.4).

Ademais, insta salientar que concomitantemente à evidenciação das insuficiências do Estado Social, despontava no mundo o fenômeno da globalização, que consiste basicamente na influência mútua dos países nos mais diversos aspectos, mas principalmente no que se refere às relações econômicas.

O Min. Luís Roberto Barroso (2010, p. 123), afirma que um dos aspectos mais positivos da globalização é que esta propagou valores comuns, que todo o mundo entende enquanto fundamentais, criando uma espécie de “ética universal”. Em verdade, a globalização é produto de um momento histórico qual seja o fim da Guerra Fria e consequente superação do mundo bipolar.

Os teóricos capitalistas à época fundamentavam que a derrubada da fronteira entre capitalismo e socialismo unificou o mundo e integrou a humanidade de modo que esta então passaria a ser regida pelas leis do mercado e não mais pelo direito que decorre dos valores individuais de cada Estado (DALLARI, 2013, p. 277).

O processo de globalização combinado ao processo de desenvolvimento tecnológico acelerou a transformação das relações econômicas, alcançando a consolidação e disseminação de um novo sistema capitalista liberal. Assim, todo esse cenário, associado à crise fiscal que havia se instalado, culminou em um Estado inflado, burocrático e ineficaz, que reunia as mais variadas funções e controlava o domínio econômico, mas que não beneficiava a sociedade em contrapartida como esperado (VELHO, 2009, p. 4).

A vista disso, a crise de financiamento do Estado para a manutenção e ampliação do Welfare State que se mantinha até então, aumentou as dívidas públicas e também as privadas, uma vez que a garantia dos direitos fundamentais resultou no aumento da carga tributária, principalmente as decorrentes das relações de natureza trabalhista.

Dessa forma, a marcante intervenção estatal na economia, combinada com a defesa da vasta oferta de direitos sociais de cidadania, abalou o ideal keynesiano de “democracia capitalista”, que esperava que o Estado enquanto soberano conseguiria gerenciar a relação entre a propriedade privada e os meios de produção.

Desse modo, a crise das políticas de administração de demanda se tornou ainda mais evidente a partir da década de 70, que foi quando se apresentou um cenário de “inflação com baixas taxas de crescimento econômico. Surgiram, então, tentativas de substituir políticas de demanda por outras de oferta” (PEREIRA, 2009, p. 10-11).

Assim, com forte influência da globalização, novos sistemas financeiros foram implantados, conferindo mais autonomia ao sistema bancário e financeiro em detrimento do custeio estatal, com a finalidade de alterar o equilíbrio de forças do capitalismo global (PEREIRA, 2009, p.11).

É nesse sentido que Dalmo Dallari (2013, p. 278) afirma que “a globalização pode ser a expressão do reconhecimento da existência de inovações importantes no relacionamento entre os Estados e as instituições econômicas e financeiras”. A derrubada das barreiras geográficas viabilizada pela globalização, também democratizou o acesso à informação e possibilitou que os sujeitos tivessem maior compreensão da sua influência na estruturação e no desempenho do Estado e da economia.

Em vista disso, além de buscar dar mais destaque a atuação do administrado na construção do direito administrativo, conferindo-lhe maior espaço para participar das ações da Administração Pública, a globalização, no tocante à dimensão político-econômica, passa a prescrever comportamentos a serem implementados. Estes muitas vezes revelam-se como fatores determinantes para a concessão de financiamentos de capital internacional (CARDOSO, 2007, p.18-19). Um exemplo disso foi a produção do Consenso de Washington em 1989, que consiste em um conjunto de medidas liberalizantes de macroeconomia a serem empregadas pelos países membros do Fundo Monetário Internacional.

Desse modo, como bem explica o Min. Luís Roberto Barroso (2010, p. 76 - 18), a partir dos anos 80 o mundo começa a experimentar um novo modelo econômico liberal de atuação estatal, com o Estado cada vez mais enxuto em comparação ao que era antes, denominado de neoliberalismo.

Essa nova sistemática se aderiu à estrutura estatal enquanto política econômica e se manifesta através da “desestatização e desregulamentação da economia, redução das proteções sociais ao trabalho, abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio”. Assim, o neoliberalismo se comporta como uma reação da iniciativa privada com a finalidade de retomar o espaço que foi perdido com a ampliação da atuação estatal.

Diante disso, o Estado percebeu que teria que abrir mão da intervenção econômica direta, se concentrando na atividade regulatória apenas, permitindo assim a “desjuridicização de determinadas conquistas sociais”, bem como uma atuação mais eficiente.

Evidentemente a adoção da política neoliberal não permitiu a continuidade da política social nos moldes keynesiano de Welfare State. O encolhimento do sistema capitalista vigente, “com reiteradas baixas de crescimento econômicos mundiais, provocando rápido aumento das prestações sociais em face da ordem econômica”, promoveu uma reorganização dos meios de produção através da “flexibilização” do capital e das relações de trabalho (PEREIRA, 2009, p. 11-12).

Sendo assim, com a crescente integração entre os países, o modelo neoliberal aumentou o seu papel na conjuntura social, principalmente no que tange as políticas econômicas nacionais, voltando a disseminar a ideia de intervenção mínima do Estado na economia.

Assim, é incorporada nas relações econômicas mundiais a ideia de que só é viável a transnacionalização econômica se o mercado tiver liberdade para agir por si mesmo, considerando que no mundo globalizado “não pode haver barreiras à livre circulação”. Para tanto é necessário que o Estado se abstenha de interferir diretamente no mercado, sendo impostas medidas de desregulamentação, de liberalização e de privatização, fomentadas pelas agências multilaterais, acarretando uma verdadeira adequação dos Estados por meio da economia.

Portanto, o mercado passa a se comportar de forma livre, fazendo com que o Estado não só não intervenha, mas também se submeta às novas regras econômicas globais que passam a ser pressuposto para que este não seja excluído das relações do mercado internacional. Isto posto, é possível observar que de certo modo o mercado financeiro passa a compor a decisão sobre a direção política dos países e o seu posicionamento em face do mundo.

O parecer das agências internacionais no que se refere ao risco de investimento do país, dá margem para que as desigualdades sociais voltem a crescer e direitos sociais sejam suprimidos, favorecendo cada vez mais quem detém o capital social (SCHEID, p. 5-7).

O evidente o enfraquecimento da autonomia decisória estatal nesta alçada, faz com que o Estado paulatinamente deixe de atuar em diversos campos da vida social, entretanto, não era possível retornar aos moldes do liberalismo clássico. Assim, o desafio passou a ser harmonizar o modelo de economia e divisão do trabalho liberal às leis que salvaguardam a personalidade humana.

Para tanto, com a finalidade de conferir uma nova roupagem ao liberalismo Lippmann, citado por Dalmo Dallari (2013, p. 275), afirma que a partir de então “o Estado liberal há de ser concebido como protetor de direitos iguais, dispensando a justiça entre os indivíduos. Procura proteger os homens contra a arbitrariedade, e não dirigi-los arbitrariamente”.

Como bem explica Marçal Justen Filho (2007, p. 5-6), é a partir desse movimento que, em paralelo a consolidação das políticas econômicas neoliberais no mundo, nasce a figura do Estado Regulador, o qual possui como premissa o predomínio da ação regulatória estatal, sem descartar totalmente os anseios da ideologia intervencionista.

Para tanto há a redução da intervenção direta do Estado que passa a se colocar como mediador da atividade privada, sem se eximir da responsabilidade da promoção do bem-estar social, apenas mudando os mecanismos para a sua materialização. Como consequência, o aparato normativo passa a ter ainda mais relevância na atividade estatal.

Os institutos que demonstram o afastamento da atuação direta do Estado no domínio econômico derivam da opção estatal de intervenção indireta característico do modelo do “Estado Regulador”. De fato, o movimento de desestatização retrai a atuação direta

da Administração Pública em muitos setores da economia, como por exemplo a privatização de empresas públicas e a abertura de monopólios estatais à iniciativa privada, entretanto, isso não implica necessariamente a diminuição dos poderes do Estado.

Pelo contrário, o fortalecimento da atividade regulatória estatal permitiu que a Administração Pública passasse a definir regras e a fiscalizar as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada não só nos setores que foram desestatizados, mas também em nichos que sempre foram explorados pela sociedade civil.

Assim sendo, o Estado não reduziu a sua atividade, em verdade, foi o crescimento da função regulatória em comparação à sua operação enquanto agente econômico (ARAGÃO, 2013, p.11).

Vale ressaltar que o Estado não deixou de adotar o regime liberal político, pautado nas premissas do Estado de Direito e na atuação estatal para a proteção das liberdades individuais e da propriedade privada, o neoliberalismo, dentro do Estado liberal, se manifesta por meio de técnicas de ação estatal na economia, ou seja, por meio das políticas econômicas, que preservam princípios do liberalismo econômico clássico (CLARK, NASCIMENTO, CORRÊA, 2008, p. 8).

Portanto, a simples classificação do Estado enquanto “liberal” ou “social”, de forma antagônica não é razoável, pois a gradação desses ideais varia de acordo com o país e os direcionamentos políticos que se almeja.

Assim, com vistas a assegurar dignidade aos cidadãos, o Estado se molda às exigências da economia, sem deixar de garantir preceitos de dignidade aos sujeitos, a fim conciliar as necessidades do mercado com a promoção de políticas sociais. Pode-se afirmar então que o trade-off entre equidade e a exploração econômica é pauta constante nas discussões de política social, bem como de políticas econômicas.

2.1.2 O Estado regulador e suas principais características

Conforme já tratado, a partir do final do século XX o Estado retirou sua participação direta em diversos espaços da vida social e econômica que até então ocupava, contudo, sem voltar ao modelo liberal clássico que imperava no século XIX. É nesse

contexto que surge a ideia do “Estado Regulador” o qual reduz a sua atuação direta em determinados nichos econômicos, deixando o “campo livre para a iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado”.

Entretanto, em que pese tenha conferido maior liberdade à sociedade civil, o Estado passou a atuar enquanto fiscal da atividade explorada pelos particulares, restringindo assim a autonomia privada do mercado (JUSTEN FILHO, 2007, p. 8).

Isto posto, Marçal Justen Filho (2007, p. 5-6) destaca que, em que pese o Estado tenha aberto espaço para a iniciativa privada atuar no mercado de forma mais livre, a história mostra que é necessário que sejam preservados determinados valores e princípios fundamentais no que se refere à proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado passa a disciplinar juridicamente o campo de atuação da autonomia privada, com vistas a harmonizar as atividades econômicas com a satisfação dos anseios coletivos. A vista disto o autor completa que:

O Estado Regulador se peculiariza pelo compartilhamento entre o Estado e sociedade da responsabilidade de promover a tão esperada “revolução social”. Reconhece-se que a dimensão dos encargos necessários à concretização dos valores fundamentais supera os limites de possibilidade de atuação isolada do Estado. Por isso, a sociedade civil é convocada para participar ativamente do desempenho de atividades necessárias à produção da igualdade substancial entre os cidadãos.

Essa modificação do modo de operação da Administração Pública no que tange atividades econômica, teve por consequência “o abandono de um modelo de organização administrativa com base em mecanismos que permitissem a exploração de atividades econômicas e a realização de investimentos diretamente pelo Estado”.

Assim, o Estado Regulador adotou um modelo que utiliza mecanismos pelos quais são fixadas balizas, oferece incentivos e fiscaliza a atuação da iniciativa privada. É em virtude disso que é possível se observar que no Brasil há um movimento maior em se “transferir para o campo das atividades econômicas ações que antes se enquadravam como serviços públicos”. Ainda, atualmente, é mais comum se falar em mecanismos de parceria com a iniciativa privada e em agências reguladoras, do que em criação de empresas públicas (ALMEIDA, 2005, p.70-71).

Apesar de o processo de surgimento da intervenção regulatória do Estado na economia coincidir com o momento de diminuição do papel de intervenção direta, a privatização não implica necessariamente em um processo de desregulação. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2009, p.2), esclarece que a atividade de regulação

parte da noção de equilíbrio e adequação de interesses, modificando assim o ideal de autoridade estatal tradicional.

O autor fundamenta que a atividade de regulação não exclui a presença da autoridade estatal do campo econômico, pelo contrário, a sua presença é ainda mais relevante, o que ocorre em verdade é a mudança da forma de exercer essa autoridade. O Estado deixa de efetivar seu poder em face da iniciativa privada exclusivamente de forma vertical, impositiva e unilateral, e passa a se relacionar preponderantemente de forma horizontal e negocial. Diante disso afirma que:

Há um traço necessário de responsividade no manejo desta autoridade que não mais estabelece normas e padrões de conduta, a partir apenas de sua leitura do que seja o interesse público, mas se impõe como objetivo manter equilibrados os interesses envolvidos naquela dada relação econômica de modo que, a um só tempo, possa perseguir os interesses (públicos) alvitados sem sacrificar demasiados interesses dos particulares e sem comprometer a reprodução e preservação das relações econômicas reguladas.

Desse modo, podemos afirmar que o objetivo da regulação é combinar os interesses e os benefícios decorrentes da atividade empresarial privada, atendendo valores e princípios essenciais para a coletividade, principalmente quando o desempenho da atividade regulatória tiver relevância social.

Portanto, o Estado irá estabelecer os fins almejados e para isso pode deixar de regular determinado setor ou oferecer incentivos para determinado comportamento, enquanto que, via de regra, cabe à iniciativa privada a seleção dos meios (JUSTEN FILHO, 2007, p.8). Sendo assim, a atividade do Estado Regulador se presta a ser um instrumento de direcionamento da política econômica estatal, haja vista que a escala de intervenção do estado no campo econômico se exterioriza principalmente por meio da regulação (SOUZA, 2005, p. 331).

Ademais, é importante observar a colocação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2009, p. 5) de que não é da expansão e fortalecimento da redução da intervenção do Estado na economia que cresce a autonomia do sistema econômico em face dos sistemas político e jurídico.

Em verdade a reação regulatória é consequência desse processo, à vista disso, além da função de fixação de balizas para a atuação empresarial privada e de instrumento de promoção de políticas públicas, a atividade regulatória também se presta a função de fiscalização da atividade empresária privada.

Por mais que tenha ocorrido de fato a redução da interferência direta do Estado na economia em comparação ao modelo adotado pelo Estado Social, a sistemática do Estado Regulador não permite a identificação do Estado enquanto mínimo. De maneira oposta, o Estado apenas deslocou a sua atuação “do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação do seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas” (BARROSO, 2003, p.291).

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2009, p. 8) ensina que a atividade estatal de regulação se manifesta também como uma forma de controle, uma vez que, em razão das limitações impostas pela regulação, menor é o campo de liberdade da iniciativa privada e maior é a necessidade de fiscalização sobre ele.

O autor continua afirmando que a implementação de instrumentos jurídicos e materiais de acompanhamento da atividade empresarial privada é característica do Estado Regulado, haja vista que “os agentes econômicos devem não só buscar objetivos delimitados pelo Estado, mas também cumprir as formalidades destinadas a comprovar a correção de sua conduta.

O Estado exige que os particulares tornem sua atuação muito mais transparente” para a Administração Pública, mas também para toda sociedade. Assim sendo, a regulação se presta à transparência e dentro do modelo do Estado Regulador é admitida a fiscalização da iniciativa privada por meio de entidades representativas do setor explorado, a exemplo das agências reguladoras.

Ante todo o exposto, a proposta eleita para o modelo regulatório do Estado é uma alternativa ao ideal liberal de supressão de qualquer participação e ordenação da economia pelo Estado, bem como para a incapacidade dos sistemas político e jurídico de atender todas as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e de um mercado cada vez mais autônomo e especializado (MARQUES NETO, 2009, p.5).

Logo, o Estado Regulador objetiva a adequação de distintas ideologias, garantindo a materialização dos valores de solidariedade social, bem como a manutenção da democracia e das liberdades individuais, uma vez que é inerente da própria ideia de democracia o respeito à autonomia privada e à sociedade civil (JUSTEN FILHO, 2007, p. 10).

2.1.3 Constituição Federal de 1988 e a ordem econômica

A Constituição Federal de 1988 representa um marco normativo de passagem do Estado brasileiro para a democracia e de institucionalização dos direitos que asseguram a dignidade humana. Até então as Constituições Federais brasileiras, com exceção da de 1937, tratavam da “ordem econômica e social”, entretanto, a Constituição de 1988, dispõe desses institutos de forma separada, sendo prevista a “ordem social” e a “ordem econômica”.

Fazendo jus ao caráter intervencionista do Estado Regulador, no novo texto constitucional a ordem social ampliou os direitos sociais com a finalidade de promover o bem-estar e atender às demandas coletivas, enquanto que a ordem econômica se pauta na ideia da livre iniciativa e da livre concorrência.

Vale ressaltar que os institutos, mesmo que tratados separadamente e com objetos que aparentemente se contrapõem, não são antagônicos, mas sim complementares, uma vez que ambos se prestam à ordenação social sendo assim duas faces de uma única estrutura (GRAU, 2015, p.69).

Como bem aponta Washington Peluso (2002, p. 438-439), ao analisar a atual Constituição, é possível observar que foi adotado o modelo de economia de mercado de forma descentralizada, que possui natureza capitalista, entretanto, dentro dos padrões neoliberais.

Não obstante a natureza capitalista do modelo econômico adotado, Egon Bockmann Moreira (2005, p. 1-2), fundamenta que a sistemática adotada pelo Brasil se trata de uma espécie de “capitalismo misto”, na qual a titularidade dos meios de produção não seria completamente estatal ou completamente privada.

Segundo o professor “não existe uma prévia e plena exclusão de interações estatais no domínio econômico privado”, considerando que há previsão de possibilidade de intervenção estatal direta ou indiretamente na ordem econômica, o que permitiu que as interações entre Estado e a economia alternasse de acordo com as peculiaridades dos governos.

Assim, o autor conclui que o modelo liberal adotado pela Constituição Federal de 1988 se trata de um “liberalismo de circunstância”, pois muda de acordo com a conveniência da conjuntura política e social em que se insere.

Toda sociedade que adota o modelo capitalista de forma de produção é essencialmente jurídica, haja vista que o direito atua de forma a intermediar as relações de produção dos particulares entre si, bem como dos particulares com o Estado, uma vez que, em sociedades complexas e plurais, é o substrato normativo que confere estabilidade e segurança às relações, principalmente as de cunho econômico.

Assim, é possível afirmar que o Direito se comporta como parte constitutiva de todo modo de produção, e mesmo antes do surgimento das Constituições escritas era possível observar no bojo das ordens jurídicas normas institucionalizadoras da ordem econômica (GRAU, 2015, p. 71).

Dirley da Cunha Jr. (2015, p. 1041) elucida que a definição de “ordem” infere a noção de organização, ou seja, a escolha de elementos que formam um conjunto que se presta a uma determinada finalidade, considerando que “toda organização tem um direcionamento para uma meta”.

A partir dessa perspectiva, o professor define que a ordem econômica é uma reunião de elementos harmônicos entre si, que coordena a relação do Estado com a economia, voltados a um determinado fim. Nesse contexto, é interessante perceber que a expressão “ordem econômica” possui diversas acepções, conforme Vital Moreira (1973, p. 67-71) aponta:

Em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

Em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

Em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

Isto posto, ao se analisar o texto da Constituição Federal de 1988, é possível se verificar que são adotados dois sentidos, o da ordem econômica enquanto um “conjunto de prescrições normativas (mundo do dever ser) que moldam e conformam as relações econômicas”, bem como enquanto o “conjunto das práticas econômicas realizadas (mundo do ser)” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 1042).

Assim, a ordem econômica consiste num complexo de normas que, de forma institucionalizada, determina um certo modo de operação econômica, ou seja, é a parte da ordem jurídica que institucionaliza uma dada ordem econômica (GRAU, 2015, p. 70).

Não obstante sempre tenha existido um vínculo entre o Estado e a economia, a ordem econômica só adentrou o campo do sistema jurídico quando as Constituições passaram a prevê-la em seu texto.

Com o aumento da complexidade das relações humanas e conseqüente aumento da necessidade de o Direito atender as demandas dessas interações, não era mais possível que as Constituições se restringissem a tratar somente da estruturação política do Estado, ou da declaração de direitos civis e políticos, foi inevitável que o texto constitucional passasse a disciplinar questões compreendidas no campo da atividade empresária privada. Deste modo, as Cartas Magnas começaram a “sistematizar uma ordem econômica, dando-lhe um fundamento solene e estável” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.1042).

Portanto, em razão da atuação do Estado no campo da economia, inspirada na Constituição de Weimar, a doutrina passou a tratar da existência de uma Constituição Econômica que consiste na reunião de normas constitucionais, que tem como objeto a disciplina jurídica das relações econômicas, compondo assim a Constituição política.

Em suma, a Constituição Econômica é parte da Constituição Política que, respeitando os princípios por esta adotados, cria e direciona a ordem econômica do Estado, concentrando o seu papel na edição de normas orientadoras do fenômeno econômico e na função ordenadora dos mecanismos de mercado (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 1043).

É em razão disso que pode ser observada na Constituição Federal de 1988 uma grande quantidade de normas programáticas, com vistas a informar a política

econômica, indicando assim uma constituição econômica diretiva (MOREIRA, 1979, p. 117).

Cumprido destacar que o conteúdo da Constituição Econômica não se exaure no texto constitucional, e, em razão disso, Eros Roberto Grau (2015, p. 78 - 84) destaca a necessidade de se distinguir a Constituição Econômica material da formal. Enquanto que a primeira se refere ao “núcleo essencial” das normas jurídicas que tratam do sistema e dos princípios basilares da atividade econômica, independentemente de estarem contidas no texto constitucional, a segunda se refere às normas jurídicas tal como acima definidas ou outras que possuam incidência econômica, que estão contidas ao longo do texto constitucional.

Apesar dessa “pretensão de autonomização” da Constituição Econômica supor a possibilidade de se apartar o conteúdo econômico do conteúdo social previsto na Carta Magna, o autor esclarece que não é o que ocorre, uma vez que estes são expressões de uma mesma conjuntura.

Ademais, em que pese via de regra as Constituições brasileiras tenham aderido ao modelo capitalista de forma de produção, o que pode ser constatado pela constante preocupação em salvaguardar a propriedade privada, a relação entre o capital e a intervenção do Estado na economia, bem como pela busca do equilíbrio das interações do mercado com o direito, estas se manifestaram de diferentes formas de acordo com a percepção do papel estatal na economia, o que não foi diferente na Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional trouxe inúmeras novidades, dentre estas o Título VII que se reservou a tratar da Ordem Econômica e Financeira nos artigos 170 a 192, mesmo com as discussões no campo teórico no tocante à atuação do Estado no setor econômico (FARIAS, 2007, p. 11 – 13).

Ante todo exposto não há dúvidas quanto ao caráter diretivo da Constituição Federal de 1988 que reúne um conjunto de regras, programas e fins a serem adotados pelo Estado, bem como pela sociedade civil, ainda que essas disposições não estejam todas abarcadas no Título que trata da Ordem Econômica e Financeira (GRAU, 2015, p. 171).

A classificação enquanto Constituição dirigente é depreendida do art. 170 que prospera dando início à uma nova ordem econômica de caráter intervencionista. Assim dispõe o mencionado dispositivo legal:

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, 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, 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.

Em que pese haja uma aparente contradição da estruturação do texto constitucional no que se refere à ordem econômica, já que por um lado adota princípios da ideologia liberal de mercado livre, e por outro estabelece garantias sociais nos moldes do *Welfare State*, o que ocorre é uma integração destes conceitos.

É inegável que o sistema capitalista impulsiona a economia e produz os recursos materiais necessários para atender os anseios dos indivíduos, bem como gera empregos e promove o desenvolvimento, o que demonstra que a adoção dessa sistemática traz benefícios tanto para a iniciativa privada quanto para toda a sociedade e o Estado.

Contudo, a economia de mercado permite também a concentração do capital e o surgimento da desigual relação entre o capital e o trabalho, o que ocasiona a produção de grandes desigualdades sociais e a diluição de valores humanos.

Desse modo, se por um lado a Constituição de 1988 elegeu o modelo econômico de livre mercado, uma vez que prevê a ordem econômica fundada na livre iniciativa e a apropriação dos meios de produção pela iniciativa privada, por outro foram estabelecidos princípios que restringem e condicionam o processo econômico, com

vistas a orientar o comportamento da atividade empresarial privada a promover o bem-estar social e a qualidade de vida da coletividade (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 1046).

Conforme estabelece o art. 170 da Constituição Federal, a legitimidade da ordem econômica está subordinada a assegurar a todos existência digna, nos conformes da justiça social, e para que se alcance essa finalidade é necessário que o processo produtivo observe outros condicionamentos que são os princípios gerais da atividade econômica, previstos nos incisos do supramencionado dispositivo legal (CUNHA, JÚNIOR, 2015, p. 1046).

Os princípios fundamentais da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano são fundamentos não só da ordem econômica, mas também da própria constituição do Estado brasileiro, conforme previsão expressa do art. 1º, inciso IV da Constituição Federal.

Assim sendo, Luís Roberto Barroso (2001, p. 189) explica que “tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário”, portanto, toda a ação do Estado e a interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais estão subordinados a eles, uma vez que os fundamentos são “espécie do gênero liberdade humana”.

O ministro ensina que o princípio da valorização do trabalho é, sem prejuízo dos demais normas, amplamente tratado pelo art. 7º da Constituição Federal, onde se verifica um rol de direitos e garantias conferidos aos trabalhadores, sendo possível inferir que o fundamento para tais direitos está na dignidade da pessoa humana.

Já o princípio da livre iniciativa pode ser depreendido em diversos dispositivos ao longo de todo o texto constitucional, e tem seu principal pressuposto na existência da propriedade privada, ou seja, na “apropriação particular dos bens e dos meios de produção”.

Como foi já apontado, os diferentes princípios e fundamentos aderidos pela Constituição de 1988, num primeiro momento, podem aparentar a existência de uma contradição ideológica entre eles, no entanto, em verdade convergem para uma mesma finalidade, qual seja a adoção do modelo liberal econômico equilibrado pela atividade reguladora do Estado.

Tanto é assim que o legislador originário optou por tratar das premissas da livre iniciativa e da valorização do trabalho enquanto normas principiológicas ao invés de

como regras, pois quanto mais complexa e diversificada a sociedade é cada vez mais difícil de abarcar no texto constitucional os múltiplos valores existentes.

Ademais, é mais difícil de reger todas as situações que podem vir a acontecer, sendo assim o caráter mais genérico dos princípios permite que os valores constitucionais não se tornem obsoletos em face da realidade na qual está inserida. De igual modo, os princípios funcionam como uma válvula de escape para que as distintas percepções de mundo sejam recepcionadas pelo texto constitucional.

Nesse sentido, vale ressaltar que nenhum princípio é absoluto, portanto, os princípios fundamentais da ordem econômica, ao serem analisados concretamente, devem ser ponderados com os demais valores e fins públicos previstos pela Constituição, e é exatamente a atividade reguladora e fiscalizadora do Estado que deve efetivar as normas constitucionais “destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento”.

Dentro dessa perspectiva, verifica-se que não há homogeneidade funcional entre os princípios setoriais contidos no art. 170 da Constituição Federal, uma vez que o objeto da livre concorrência na ordem econômica é diverso do que propõe a busca da valorização do trabalho humano.

Desse modo, é possível reunir estes princípios em dois grupos, quais sejam os princípios de funcionamento, que são os que delimitam “os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar”, e os princípios-fins, que descrevem os objetivos materiais que devem ser alcançados (BARROSO, 2001, p. 191 - 193).

A evolução histórica do modo estatal de operar no setor econômico, reflete diretamente no texto constitucional. Conforme o mercado demandasse mudanças na ação do Estado, a Carta Magna se modificava prevendo e alterando institutos, direitos e a própria organização da Administração Pública, demonstrando que as políticas públicas econômicas vão se transformando de acordo com a necessidade do capital.

Entretanto, o pensamento neoliberal de que o Estado deveria reduzir os gastos sociais e as demais condições de abertura econômica, de desestatização e de um novo modelo de regulação econômica impostos pelas agências multilaterais, não foram implementadas de primeira e nem de uma só vez no Brasil.

Tais medidas foram sendo incorporadas à política econômica nacional gradativamente no decorrer da década de 1990 (CLARK, NASCIMENTO, CORRÊA, 2008, p. 1-4).

O neoliberalismo no Brasil foi implementado tardiamente em razão do contexto político da época no qual o país saía do período de ditadura, havendo uma ampliação da frente política que se contrapunha ao regime militar sendo realizados acordos para a eleição direta, que envolviam também as políticas econômicas.

De outro lado, crescia a mobilização social do sindicalismo que fazia frente ao projeto neoliberal (FILGUEIRAS, 2000), fazendo com que a Constituição Federal de 1988 não contemplasse no seu texto original algumas das medidas neoliberalizantes prescritas pelas agências multilaterais.

O surgimento da Constituição de 1988, intitulada como “Constituição Cidadã”, é um reflexo da conjuntura social brasileira que estava aspirando a retomada dos preceitos democráticos que foram suprimidos pelo regime ditatorial que governou o país por algumas décadas (FARIAS, 2007, p. 13).

Em que pese a estabilidade jurídica que se almeja com a edição do texto constitucional, a última década do século XX se caracteriza pelas transformações do modo estatal de operar na economia. Tal fato demandou mudanças na normativa constitucional, uma vez que a sociedade demandava uma atuação mais eficiente do Estado da gestão dos recursos públicos e na implementação de políticas públicas.

A Lei 8.031/1990, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), foi o marco da reforma do Estado, e, pela leitura da redação do texto normativo, é evidente a passagem do Estado Social para o Estado Regulador.

Além da edição do PND, também foram feitas diversas alterações, via emenda constitucional à Carta Magna, que basicamente inovaram em três aspectos, quais sejam: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; a flexibilização dos monopólios estatais; e a privatização e desestatização, por meio da alienação do controle de entidades estatais e concessão de prestação serviços públicos para a iniciativa privada (BARROSO, 2005, p. 3).

Ante todo o exposto, é possível afirmar então que a Constituição Federal de 1988 se presta a estruturar e institucionalizar em sede constitucional um sistema econômico e determinar as diretrizes para a ação estatal com vistas a materializar os fundamentos do Estado brasileiro.

Ainda, prevê a Carta Magna princípios orientadores do Estado na operação infraconstitucional, ao exercer os seus poderes e demais prerrogativas de acordo com as demandas sociais e políticas da coletividade, aplicando técnicas de ponderação para a melhor atender o interesse público.

2.2 DA ATUAÇÃO REGULADORA DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

2.2.1 Formas de atuação do Estado no domínio econômico

Conforme já demonstrado, a relação existente entre o Estado e a economia é de dupla instrumentalidade, uma vez que a economia, para seu regular funcionamento, depende de instituições jurídicas do Estado e é instrumentalizada através de diversas formas de regulação objetivando a implementação dos fins socialmente almejados (BINENBJOM 2010, p.1).

Assim sendo, principalmente a partir da década de 1990, é crescente a relevância teórica e empírica das formas de atuação e disciplina estatal da economia. De acordo com o que é observado ao longo da história, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 206) afirma que é indiscutível que interação recíproca do Estado com a economia e afirma que:

A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e direcionar as atividades econômicas; e essas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, à lógica da economia.

Pode se depreender do texto constitucional a consagração de um modelo de Estado intervencionista, assim, afim de assegurar uma ordem econômica que respeite as premissas fundamentais de vida digna dos sujeitos e os princípios da atividade econômica, a Carta Magna busca capacitar a atividade estatal no âmbito da economia (CUNHA JÚNIOR 2015).

A forma de organização doutrinária dos modos de intervenção estatal na economia varia pois, em virtude do seu caráter heterogêneo, é possível a adoção de múltiplos critérios.

Em quem pese essa diversidade de premissas, pode ser observado dois movimentos básicos de intervenção do Estado na economia, quais sejam: a atuação direta e a atuação indireta.

A atuação direta estatal na ordem econômica consiste na assunção pelo Estado do papel de empresário e prestador de bens ou serviços, e encontra fundamento no art. 173 da Constituição Federal. Nessa modalidade de intervenção o Estado “se converte em agente econômico ou empresarial e partícipe do processo de produção econômico”.

Desse modo, o ente público através de suas empresas estatais ou concessionárias de serviço público, explora diretamente a atividade econômica, tanto em regime de concorrência quanto de monopólio, se submetendo aos regimes jurídicos que os agentes privados que exploram o mesmo mercado devem a observar.

Inclusive no que se refere aos direitos e obrigações civis, trabalhistas e tributárias, sem qualquer privilégio ou tratamento diferenciado (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 1046-1047), afim de impedir concorrência desleal e conseqüentemente violação os preceitos da livre iniciativa.

O art. 173 da Constituição Federal prevê o caráter excepcional dessa modalidade de intervenção, sendo autorizada somente nos termos da norma constitucional. Nesse sentido, o Min. Luís Roberto Barroso (2001, p. 202) explica que o caráter excepcional da atuação direta estatal é depreendido de duas disposições constitucionais, quais sejam a limitação de criar novos monopólios públicos, além dos que já foram previstos pela Constituição, enumerados em um rol taxativo e conferidos exclusivamente à União. Ainda, há imposição da necessidade de autorização legal para qualquer forma de exploração direta pelo Estado de atividade econômica, “cujos pressupostos são os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Destaca-se, ainda, a ponderação de que, por mais que a atuação direta o Estado no âmbito econômico não seja a regra, isso não significa que há nesses casos a exclusão por completo de sua presença na ordem econômica.

Pelo contrário, quanto menor o exercício direto da atividade empresarial, maior deve ser a intervenção indireta estatal (MARQUES NETO, 2002, p. 74), pois a história nos mostra que quanto mais liberdade a iniciativa privada tiver para explorar o mercado, menos são observados os preceitos fundamentais relacionados à dignidade humana.

O segundo movimento de interação do Estado com a economia é por meio da intervenção indireta, no qual a Administração Pública irá tutelar o respeito aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência nas atividades econômicas em sentido amplo, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento conforme previsão do art. 174 da Constituição Federal (ALMEIDA, 2012, p. 138).

Nessa perspectiva de intervenção indireta, o professor Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 1047) explica que o Estado não se apresenta enquanto agente econômico, mas sim na qualidade de agente normativo e regulador da atividade empresarial, não sendo assim “partícipe do jogo econômico, mas o árbitro desse jogo”.

Desse modo, pondera-se que a intervenção indireta se manifesta na atividade de ordenação pública da economia na qual o Estado irá, por meio da produção normativa e “aplicação de princípios e regras de comando e controle ou indução”, viabilizar ou direcionar a conduta dos agentes econômicos, principalmente no que se refere à exploração de atividade empresarial.

Vale ressaltar que, em que pese essas ações normativas sejam “naturais” da função Administrativa ordenadora, estas podem ser editadas e implementadas pela Administração Pública direta e indireta, bem como pelo processo legislativo e também pelo processo judicial (SOLIANO, 2019, p. 197).

Isso posto, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 206 -207) fundamenta que noção da ordenação pública da economia implica a combinação de várias funções administrativas. O autor explica que em primeiro plano tem-se a função normativa, na qual deverá haver a ponderação e equilíbrio dos interesses envolvidos, sendo esse marco normativo estabelecido, inicialmente, pelas disposições constitucionais, gerais para toda a economia ou específicas de determinada atividade, em seguida pelas leis que regulamentam tais atividades. Ainda, pelos regulamentos administrativos delas decorrentes, podendo assim a regulação ter sede administrativa, legal e constitucional, abarcando todo o conjunto de normas jurídicas que tratem da exploração de atividade econômica.

Ademais, o professor completa que “posto o marco regulatório, segue-se a aplicação concreta das suas regras; a composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nessas duas últimas hipóteses, a atos administrativos individuais”, e conclui que, assim sendo, existem três funções estatais tradicionais próprias da atividade de

regulação, quais sejam: aquela de editar a regra; a de assegurar a sua observância; e a de reprimir as suas infrações.

2.2.2 Noções gerais da função administrativa regulatória

De forma resumida, pode se afirmar que a Administração Pública consiste na vertente do Estado que se destina ao exercício da função administrativa, gerindo interesses públicos, com a finalidade de concretizar as ambições e necessidades de toda coletividade que foram constitucionalmente previstos.

Para tanto, são conferidos à Administração mecanismos jurídicos chamados de poderes instrumentais, que são prerrogativas de autoridade, exercidas conforme a lei, com a finalidade de fazer prevalecer o interesse público ao interesse individual (DA CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 76-77).

Para fins didáticos, Marçal Justen Filho (2016, p. 112) sistematiza os tipos de funções administrativas estatais atribuídas à Administração Pública, em razão da complexidade de suas competências. O autor elenca cinco funções principais, mas ressalva que a atividade administrativa não se exaure nestas, bem como tais funções não são completamente diferentes nem dissociadas uma da outra.

Em verdade possuem a finalidade de garantir a implementação dos direitos fundamentais e dos fundamentos do Estado promovendo a harmonia social. As funções administrativas expostas são: a conformadora ou ordenadora; a regulatória; a de fomento; e a de controle. Apesar de todas essas funções serem expressões da atividade administrativa amplamente considerada, as funções administrativas ordenadora e regulatória são a de maior relevância para o objeto desta pesquisa.

A crise do Estado do *Welfare State*, conforme já exposto, mudou as formas de atuação concreta da Administração Pública, refletindo na estrutura e na ordem jurídica, haja vista que aumentou a relevância da atuação normativa estatal, reconhecendo a competência regulatória do Estado (JUSTEN FILHO, 2007, p. 1).

A função administrativa regulatória está intimamente ligada à ideia da atividade ordenadora da Administração Pública que consiste esta última “no conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover a sua execução concreta

visando conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais como meio de produzir a harmonia social”. A função ordenadora, bem como a regulatória, ao ser implementada, e fiscalizada por meio do poder de polícia, impõe balizas ao exercício de determinados direitos, para preservar a observância dos preceitos e fundamentos previstos na Constituição Federal.

Assim, pode-se concluir que a atividade reguladora da Administração Pública é uma expressão singular da função ordenadora, traduzindo-se pela prerrogativa de disciplinar setores da economia, prevendo balizas para a conduta dos seus agentes. Os poderes inerentes à atividade regulatória podem se manifestar por meio de mecanismos jurídicos de permissão e proibição, mas também por meio de medidas de incentivo e desincentivo, abarcando aí o fomento das atividades empresarias privadas, tudo isso, via de regra, mas não exclusivamente, por meio das agências reguladoras (JUSTEN FILHO, 2016, p. 112).

A função regulatória está prevista de forma genérica no caput do art. 174 da Constituição Federal, ao prever 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 privado”.

Desse modo, pode-se observar que a atividade de regulação se fundamenta num conjunto de estratégias de políticas econômicas de intervenção na economia com a finalidade de conformar ou induzir determinados comportamentos dos agentes para alcançar os objetivos socialmente almejados.

A regulação vai incidir ou de forma compulsória ou indutiva “sobre as principais variáveis econômicas, como o preço, entrada, especificações, quantidades e informação” (BINENBOJM, 2010, p. 1), de forma permanente e sistemática, não sendo assim uma atividade excepcional.

Ademais, vale destacar o que fundamenta Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 185 – 186), no que se refere à atividade regulatória e as limitações administrativas. Inicialmente cumpre salientar que as limitações administrativas, a atividade regulatória e o poder de polícia não são meros atributos da Administração Pública. Em verdade são poderes por ela implementados, porém conferidos por força de lei, e possuem a finalidade de “adequação das liberdades individuais ao bem-estar da coletividade”.

Contudo, são expressões distintas da ponderação de direitos e valores constitucionais aplicada pela Administração Pública. Enquanto que as limitações administrativas se referem aos aspectos gerais e constitucionais dessa ponderação, o poder de polícia se debruça sobre os aspectos mais operacionais e administrativos. Já a atividade regulatória comporta os dois institutos, mas, como tem por objeto atividades econômicas, as limitações administrativas e o poder de polícia que não incidem sobre liberdades que tenham cunho econômico não são por ela alcançadas.

No que se refere ao papel dos agentes da ordem econômica temos o Estado e a iniciativa privada, que incontestavelmente possuem finalidades distintas, já que ao Estado cabe a “preservação e promoção dos princípios de funcionamento e implementação de programas para a realização dos princípios-fins”, ordem econômica; E à iniciativa privada cabe “o direito subjetivo à livre concorrência e à busca do lucro” e o dever jurídico de observar aos princípios de funcionamento da atividade econômica.

É evidente que ambos os agentes devem sempre respeitar e buscar implementar os preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, contudo, cumpre ressaltar que a Administração Pública não pode transferir aos particulares de forma coercitiva o ônus de materializar as finalidades do Estado na ordem econômica (2001, p. 200).

Não é razoável que para a consecução de seus fins de regulação o Estado extinga ou restrinja ao mínimo as prerrogativas de liberdade conferidas ao setor privado, que é o que ocorre no fenômeno da regulação expropriatória.

Nesse mesmo sentido, o professor Vítor Soliano (2019, p. 199) analisa que, como qualquer outro modo de atuação do Estado, a atividade reguladora não está isenta de, ao invés de ser um meio legítimo de realização do interesse público e concretização de valores fundamentais, “ser uma ilegítima forma de restrição de garantias individuais e da violação de direitos fundamentais”.

Conclui-se, então, que a atividade regulatória abarca múltiplas funções do Estado de diversas naturezas, sendo uma expressão do Estado Regulador, entretanto esse modelo não é a única forma de manifestação do Estado na economia. O Estado sempre será agente econômico, fomentador e regulador, o que varia é a preponderância de uma atividade sobre a outra em razão das estratégias de

intervenção que o Estado adota pelas políticas públicas de acordo com as demandas sociais (ARAGÃO, 2013, p. 206).

2.2.3 Aspectos fundamentais da regulação

Apesar de entender que a conceituação de regulação pode espelhar diversas concepções ideológicas, Marçal Justen Filho (2016, p. 793) define que a regulação-econômico-social “consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Observa-se que a natureza específica da regulação decorre principalmente dos fins almejados pelo Estado e da forma que este irá desenvolver sua atuação, não sendo a regulação própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica (SUNDFELD, 2000, p. 23).

Vale ressaltar que a “regulação” não se confunde com a “regulamentação”, uma vez que a segunda se traduz na função normativa infralegal, de caráter geral e abstrato, “expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (MELLO, 2006, p. 317).

A expansão do intervencionismo indireto do Estado na ceara econômica, se baseia em dois principais fatores, para além da previsão constitucional, quais sejam as falhas de mercado e outros fins constitucional ou democraticamente eleitos.

Gustavo Binenbojm (2016, p. 160), explica que a crise do Estado do Bem-Estar, em razão da sua notória ineficiência econômica, fez com que ocorressem mudanças no comportamento do estatal com o mercado. Assim, a regulação brasileira se fortaleceu com o intuito de reduzir a atividade estatal direta, fazendo com que o Estado exercesse suas funções de forma eficiente, dando mais espaço para iniciativa privada atuar na ordem econômica (GOMES, 2016, p. 106).

Desse modo, em primeiro momento, a intervenção estatal no domínio econômico por meio da regulação se justifica pela existência das denominadas “falhas de mercado” que obstam o equilíbrio competitivo do mercado. Quando se fala em “falha”, parte-se

da premissa da existência de um modelo ideal orientador, deste modo, a regulação é cabível sempre que o mercado está em dissonância da concorrência ideal, em que pese seja muito difícil algum mercado, com o nível de complexidade atual das relações, materializar este ideal (BINENBOJM, 2016, p. 176).

Destaca-se aqui que a disciplina constitucional adere à intervenção indireta com vistas a promover a bem-estar social, contudo, é importante ter em vista que a atuação do Estado por meio da regulação deve ser desempenhada com proporcionalidade e razoabilidade em relação ao mercado e aos interesses públicos ponderados (MOREIRA, 2004, p. 81). Por essa razão, deve ser estudado se a regulação é de fato o melhor instrumento de retomada do equilíbrio do mercado.

As falhas de mercado podem decorrer das seguintes situações: do poder de mercado, monopólios e oligopólios, que são mecanismos de controle e minimização da concorrência ou de violação dos benefícios desta.

A concorrência é um instrumento valioso para os consumidores, pois tende a exigir uma maior qualidade do produto ou serviço prestado, bem como do preço; de assimetrias de informação, que deriva do elevado custo pessoal para adquirir informação, bem como da ignorância do consumidor, que podem levar à sonegação de informação; e das externalidade e bens públicos, que, por meio da regulação busca promover a internalização das externalidades, forçando o agente econômico a arcar com os custos sociais que a atividade explorada gera no seu processo produtivo (BINENBOJM, 2016).

Apesar de ser mais usual a associação do termo regulação à economia, isso não significa que a regulação trate unicamente desta dimensão, em verdade, a regulação é tanto econômica quanto social, uma vez que a atuação estatal também corresponde à promoção de valores sociais constitucional ou democraticamente eleitos.

Desse modo, pode se afirmar que a regulação não é um fim e si mesmo, e se trata de um meio de “vinculação entre as providências adotadas e os fins políticos e os valores fundamentais buscados pelo Estado” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 793).

A vista disso, há uma variedade de elementos que impactam o funcionamento regular e equilibrado do mercado, entretanto não se adequam às categorias econômicas próprias das falhas de mercado, mas que estão ligadas à persecução de outras finalidades legítimas que manifestam valores compartilhados pela sociedade. Tais

objetivos legítimos também podem servir de fundamento para a regulação, podendo ser buscados “em caráter autônomo ou complementar à atividade de correção de falhas de mercado”, demandando do regulador a combinação planejamentos e finalidades regulatórias, considerando “a sua finalidade complexa e seus possíveis efeitos multifários” (BINENBOJM, 2016, p. 193).

Já colocados os fundamentos da regulação, insta verificar os instrumentos da regulação, ou seja, o instrumento jurídico que o Estado se vale para regular a economia. A atividade regulatória não se prender a um determinado instrumento, normativo ou não, pois é possível depreender da leitura do texto constitucional que a Carta Magna confere ao Estado uma “margem empírica de apreciação” ao definir qual o instrumento mais adequado de regulação para a ordenação das atividades econômicas. (MOREIRA, 2014, p. 126).

São basicamente normas de três naturezas, as normas de comando e controle (normas prescritivas), as normas de indução, e os mecanismos alternativos. As normas de comando e controle são normas prescritivas que busca a conformação de um comportamento privado, que, caso seja descumprida, ensejará a incidência de uma sanção.

Ressalta-se que, mesmo que a sua observância seja garantida pela previsão de sanção, as normas de comando e controle são “estruturas de incentivos, sendo a sanção punitiva o meio de desestímulo às condutas socialmente indesejáveis”.

As normas de indução, diversamente da espécie anteriormente tratada, prescrevem um estímulo ao comportamento descrito, não se tratam assim de normas que demandam que o agente se comporte de determinada maneira sob pena de sanção, pelo contrário, estas normas buscam estimular o cumprimento voluntário da conduta, conferindo ao seu acatamento algum benefício/prêmio ao agente.

Por fim, os meios alternativos de realização de objetivos regulatórios consistem no “arsenal amplo de estratégias regulatórias aptas a interferir no funcionamento dos mercados, integradas ou não ao uso do poder de polícia”. Isto é, são outros mecanismos regulatórios que não implicam necessariamente em produção normativa, podendo para tanto se valer dos agentes econômicos públicos para alcançar os objetivos da intervenção.

Isso é possível, pois o Estado ao regular possui a prerrogativa de, observando a conjuntura em que se insere, “planejar, avaliar e efetuar a gestão pública de estratégias regulatórias” (BINENBJOM, 2016, p. 169).

Devido a multiplicidade de meios utilizados para regular, a classificação estatal da economia é de complexa sistematização. Para fins de análise deste trabalho, a classificação à abrangência da regulação é mais relevante, e se subdivide em regulação transversal e regulação setorial.

Floriano de Azevedo Marques Neto, citado por Alexandre Santos de Aragão (2013, p.212), explica que a regulação setorial incide “sobre as atividades econômicas com determinado objeto, ou seja, regula um setor econômico específico, e a regulação transversal é aquela que recai sobre aspectos inerentes de todas as atividades econômicas, não havendo um setor específico no enfoque.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em que pese por um lado haja a necessidade de os indivíduos abrirem mão de determinadas liberdades quando se decide viver em sociedade, por outro, são conferidas pelo ordenamento jurídico garantias para que seja possível o bom convívio social. É nesse contexto que o direito se comporta como um harmonizador das interações das pessoas entre si e também do Estado com os seus administrados, delimitando até onde vai o direito de um, sem que se viole o direito do outro.

No entanto, conforme já tratado anteriormente, em razão da vida em comunidade e da conseqüente relação de interação mútua entre os sistemas político, econômico, social e jurídico, todo comportamento, seja ele comissivo ou omissivo, para além de gerar efeitos na esfera jurídica do sujeito envolvido naquela situação, também pode alcançar a esfera jurídica de terceiros, inclusive de forma danosa.

Nesse sentido, Felipe Braga Netto (2019, p. 37), ensina que a responsabilidade civil está embasada pelo princípio do *neminem laedere*, bem como pelo princípio da incolumidade das esferas jurídicas, aludida por Pontes de Miranda, assim sendo, é necessário que os sujeitos se comportem de modo a não lesar os direitos de outrem. Tais premissas são ainda mais essenciais quando se trata da atuação estatal, haja vista a posição de força que este ocupa e as suas prerrogativas em razão de sua condição.

A história mostra que quanto maior a liberdade dada aos indivíduos, mais fundamental se torna a noção de controle, que busca adequar a liberdade conferida com as suas conseqüências. O instituto da responsabilidade civil surge justamente dessa ideia de enfrentamento das repercussões de determinados comportamentos lesivos, imputado pelo ordenamento jurídico.

Assim sendo, na ocorrência do dano, a responsabilidade civil visa compensá-lo, mesmo que de modo parcial, e restaurar a estabilidade perdida. Em que pese o instituto se fundamente na obrigação de indenizar um dano causado, atrelando-se a uma ideia de encargo e obrigação, é necessário atentar para o fato de que a responsabilidade civil não se confunde com a obrigação. “A obrigação é sempre um dever jurídico originário”, enquanto que a responsabilidade “é um dever jurídico sucessivo conseqüente à violação do primeiro” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3).

Como é sabido, o Brasil é um país continental e conseqüentemente as funções do Estado se tornam maiores para atender às necessidades da coletividade, se fazendo presente em diversos âmbitos da vida social. Quanto maior a magnitude das funções da Administração Pública, maior é a possibilidade de a atuação estatal causar danos aos agentes privados. Desta forma, a responsabilidade civil do Estado, conforme será tratado, é fundada por princípios próprios, até porque a Administração Pública ocupa uma posição diferente dos sujeitos privados, considerando determinadas prerrogativas que lhe são conferidas (BRAGA NETTO, 2019, p. 34).

Além da perspectiva de recomposição do equilíbrio econômico injustamente causado, principalmente a partir do fenômeno da constitucionalização do direito, a responsabilidade civil também pôde ser observada por uma ótica preventiva, que demanda cada vez mais “uma ampliação nos deveres de fundamentação do agir estatal”, com vistas a evitar lesões a direitos fundamentais (BRAGA NETTO, 2019, p. 37).

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A SOCIEDADE DE RISCO

3.1.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado

Em que pese o seu caráter conformador das condutas humanas, são as transformações sociais que moldam o Direito. Assim, como visto desde o início do trabalho, o Estado passou por transformações na sua estrutura política e social, conformando os institutos jurídicos constitucionais e de organização política às necessidades da coletividade.

Não foi diferente com o instituto da responsabilidade civil no que se refere à relação do Estado com o administrado, que saiu de uma perspectiva de interação hierárquica e impositiva, para uma relação horizontalizada e de troca.

Atualmente pode ser instintivo o raciocínio lógico entre o dano causado e a necessidade de ressarcir-lo. Nesse sentido, a noção em torno da responsabilidade é sempre a de “imputabilidade a alguém, relativamente ao desequilíbrio que esse alguém causou na ordem regular ou natural das coisas” (ARAÚJO, 2015, p. 821).

Com o advento do Estado de Direito e conseqüente submissão de todos à ordem jurídica, a imputação do ilícito civil ao comportamento estatal passou a ser possível, bem como impôs à Administração Pública a necessidade de agir de forma ainda mais cuidadosa e transparente.

De igual modo, a evolução da responsabilidade civil do Estado acompanha o desenvolvimento do conceito e estrutura do Estado de Direito, pois o instituto da responsabilidade tem a finalidade de garantir a “invulnerabilidade dos direitos do indivíduo”, e estes direitos foram se transformando conforme ideia de Estado, enquanto instrumento de implementação de justiça material que também foi se modificando com o decorrer do tempo (LUVIZOTTO, 2015, p.33).

Portanto, é natural que a responsabilidade civil seja um instituto jurídico dinâmico e flexível, pois se adequa às constantes transformações sociais, visando atender às demandas coletivas, servir de ferramenta de garantia o direito do lesado à segurança, bem como também serve de instrumento de sanção civil, de natureza compensatória por meio da reparação do dano causado à vítima, punindo o autor da conduta lesiva e desestimulando a prática de atos danosos (DINIZ, 2010, p. 9).

Ademais, apesar de por um lado a responsabilidade civil de fato possuir caráter sancionatório, não se pode confundir o instituto como um mecanismo de mera vingança ou de sujeição do ofensor à vítima. Em verdade o mesmo é uma ferramenta técnica que se presta à recomposição do equilíbrio quebrado pela conduta lesiva, que, ao ser efetiva, também causa uma diminuição no cometimento de um novo ilícito tanto pelo ofensor como pelos demais, evidenciando assim o caráter preventivo da sanção civil (LUVIZOTTO, 2015, p. 29).

De um modo geral, é possível observar no mundo que, a partir da pós-modernidade, o instituto da responsabilidade civil passou a estar atrelado ao conceito de “sociedade de risco”. Nessa perspectiva, Nelson Rosenvald (2017, p. 21-22) explica que a ciência e a tecnologia modernas fizeram surgir uma sociedade de risco “na qual o sucesso na produção de riqueza foi ultrapassado pela produção do risco”. O professo afirma que o risco é definidor da atual era, o que faz abrir um diálogo do direito com a sociedade através de um viés de busca por segurança, uma vez que estamos em um momento em que decisões feitas no presente terão repercussão futura.

Com a aproximação da noção de risco com as suas consequências, a responsabilidade civil é compreendida por uma nova perspectiva, o que demanda desta o desempenho de novas funções, principalmente de cunho preventivo. Felipe Braga Netto (2019, p. 53) acrescenta que “atualmente o conceito de risco cada vez mais se aproxima da dimensão jurídica. O mero risco, em muitos setores da experiência jurídica, pode funcionar como um mecanismo deflagrador do dever de proteção. A palavra da ordem é evitar danos”.

Deste modo, a responsabilidade civil, é uma espécie de responsabilidade que aparece em conjunto com a evolução do sistema de sanções imputáveis, e que, através de um ato coercitivo, tem por finalidade restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico perturbado pela prática de ato ilícito que, segundo Maria Helena Diniz (2010, p. 8) sempre se origina da infração de um dever preexistente: o de cuidado.

Nelson Rosenvald (2017, p. 21) afirma que a responsabilidade civil se trata de “uma expressão fluida como os tempos que vivemos”, assim sendo, a depender do momento no tempo em que se observe o instituto. O professor continua e fundamenta que:

Como qualquer modelo jurídico que pretenda se adaptar à leveza e à celeridade dos nossos dias, a responsabilidade se mostra dúctil e maleável às exigências de um direito civil comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal.

No decorrer da História, foram elaboradas ao redor do fenômeno da responsabilidade civil inúmeras teorias que buscavam explicar e fundamentar o instituto da responsabilidade civil estatal. Como é possível observar ao longo de todo o trabalho, o desenvolvimento dessas teorias está diretamente ligado à evolução do conceito e da estrutura do próprio Estado de Direito, uma vez que foi a consolidação da ideia do Estado enquanto instrumento de realização da justiça material, cabendo à responsabilidade ser meio de garantia da invulnerabilidade dos direitos individuais (LUVIZOTTO, 2015, p. 33).

3.1.2 Evolução história da responsabilidade civil do Estado

Nelson Rosenvald (2017, p. 21) afirma que a responsabilidade civil se trata de “uma expressão fluida como os tempos que vivemos”, assim sendo, a depender do

momento no tempo em que se observe o instituto. O professor continua e fundamenta que:

Como qualquer modelo jurídico que pretenda se adaptar à leveza e à celeridade dos nossos dias, a responsabilidade se mostra dúctil e maleável às exigências de um direito civil comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal.

No decorrer da História, foram elaboradas ao redor do fenômeno da responsabilidade civil inúmeras teorias que buscavam explicar e fundamentar o instituto da responsabilidade civil estatal. Como é possível observar ao longo de todo o trabalho, o desenvolvimento dessas teorias está diretamente ligado à evolução do conceito e da estrutura do próprio Estado de Direito, uma vez que foi a consolidação da ideia do Estado enquanto instrumento de realização da justiça material, cabendo à responsabilidade ser meio de garantia da invulnerabilidade dos direitos individuais (LUVIZOTTO, 2015, p. 33).

Para fins didáticos, a evolução do instituto da responsabilidade civil pode ser sistematizada da seguinte forma: (i) fase da irresponsabilidade; (ii) fase civilista; (iii) fase publicista.

Num primeiro momento, a teoria da irresponsabilidade estatal era a adotada no período em que vigorava o regime absolutista, haja vista que imperava a ideia de soberania do governante, assim, os atos por ele praticados eram incontestáveis e fundamentados na máxima de que *The King Can't do wrong*. “Tal infalibilidade estatal pressupunha que o Estado era, por si só, a expressão da lei e do Direito, sendo inadmissível a ideia de concebê-lo como violador da ordem que teria por dever preservar” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 270).

Vale ressaltar que a fase da irresponsabilidade estatal não foi uma realidade brasileira, pois as Constituições Federais de 1824 e de 1891 já tratavam da responsabilidade civil, mas imputando à pessoa dos agentes públicos, não havendo assim, em tese, possibilidade de atribuir a sanção civil ao Estado por danos causados. Nesse período imperava a noção de que não se podia levar o rei aos tribunais do próprio rei (BRAGA NETTO, 2019, p. 100).

Como era o agente público, pessoalmente, quem suportava o dano causado em decorrência do desempenho de sua atividade laboral, também havia grande risco do lesado ter sua pretensão indenizatória frustrada, vez que a garantia do credor é o

patrimônio do devedor, e sendo o devedor insolvente não haveria meios de reestabelecer o equilíbrio rompido pelo ato lesivo.

Seguindo a evolução histórica, quando o Estado absolutista caiu, em virtude da Revolução Francesa, houve o rompimento com este modelo autoritário de exercício da atividade estatal. Diante disso, novos ideais foram consagrados pelo ordenamento jurídico e, o fundamento de que o Estado não causa danos ilegítimos caiu por terra.

Nesse momento a lógica da irresponsabilidade absoluta do estatal foi rompida, e surgiram as primeiras teorias civilistas, que “buscavam na distinção dos atos estatais e na situação pessoal dos agentes, a justificativa para a determinação do dever de indenizar” (LUVIZOTTO, 2015, p.35). A ideia principal em torno desta teoria é a de culpa.

Dentro deste contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1458), assinala que a partir desse momento começam a surgir entre os doutrinadores a ideia de culpa para auferir a responsabilidade estatal, e explica que:

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro não se manteve imune a esta transformação, e manteve durante muitos anos a ideia da responsabilidade estatal subjetiva, ou seja, se não houvesse a demonstração da culpa do agente lesador, não haveria o que falar em dever de indenizar.

Para tanto, Felipe Braga Netto (2019, p. 100) relembra que o Código Civil de 1916, em seu art. 15, tratava da possibilidade de responsabilização do Estado por sua conduta lesiva, contudo, para tanto, era necessário que se demonstrasse a culpa do ofensor.

Em que pese sempre estivesse atrelada à ideia da culpa, a fase civilista passou por duas principais transformações. Inicialmente foram teorizadas duas classificações de atos emanados pelo Poder Público para fins de responsabilização estatal, que seriam os atos de império e os atos de gestão.

Os atos de império seriam “aqueles praticados sob o manto da Potestade Pública, como expressão do poder soberano” que, em razão de sua qualidade, tem a liberdade

de tomar providências unilaterais e coercitivas, incapaz, portanto, de gerar o dever ao Estado de indenizar por eventuais lesões causadas, que deverão ser suportadas pela vítima, haja vista que a atuação estatal se deu para atender os interesses da coletividade. Por outro lado, os danos causados em virtude de atos de gestão seriam indenizáveis, caso demonstrada a culpa na conduta do servidor público, pois se tratam de atos que materializam “as necessidades sociais e culturais, de progresso e de bem-estar”, e nessas hipóteses o Estado estaria agindo em uma posição de igualdade como o administrado (LUVIZOTTO, 2015, p. 36).

Contudo, as críticas à esta classificação eram inúmeras, uma vez que era difícil de, diante do caso concreto, distinguir os atos de gestão e os de império, bem como imputava à vítima ônus de demonstrar a culpa na conduta lesiva do agente estatal, o que muitas vezes podia ser um empecilho para a responsabilização estatal, pois é impossível colocar o Estado e o administrado no mesmo patamar de força, justamente pelas prerrogativas decorrentes da qualidade de soberano que o mesmo possui, o que também dificultava a demonstração da culpa pelo particular.

Nesse sentido, Themístocles Brandão Cavalcanti, citado por Juliana Cristina Luvizotto (2015, p. 36), alerta ainda que tais críticas também “baseiam-se em uma visão de personalidade do Estado, ou em uma distinção entre o Estado e a administração que, na realidade, não se coadunam com o princípio monista que caracteriza o Estado moderno”, pois “ não seria concebível um dualismo que conduziria o Estado, como expressão da coletividade, a indenizar pecuniariamente os atos praticados pela administração, sem considerar Estado e administração como uma única expressão jurídica”.

Em razão da ausência de disciplina jurídica própria, o instituto da responsabilidade civil estatal passou utilizar os preceitos do Direito Privado, principalmente no que se refere à noção de culpa. É nesse contexto que se inicia o segundo momento da fase civilista, denominada de Teoria da Culpa ou da responsabilidade subjetiva.

A teoria da culpa passou a considerar analogamente o Estado como padrão, em razão da aplicação dos preceitos próprios do Direito Privado, fazendo com que este passasse a ter a mesma responsabilidade que um empregador privado pela atuação dos seus agentes.

Neste diapasão, Juliana Cristina Luvizotto (2015, p. 37), explica que a responsabilidade indireta imputada ao Estado, somente se justificava se a lesão fosse ocasionada por culpa do agente público, que era presumida, mas aponta que, uma vez verificada a culpa do agente:

A dita responsabilidade poderia ser derogada sempre que se provasse a ausência de *culpa in vigilando* (a Administração não pode ser responsabilizada pela escolha de seus agentes, uma vez que cumpridas as exigências legais para a vigilância, verificação e controle das atividades de seus agentes) e de *culpa in elegendo* (a Administração não pode ser responsabilizada pela escolha de seus agentes, uma vez que, para nomear seus funcionários, é obrigada cumprir determinações legais para o provimento). No caso de atos dolosos, estes eram atribuídos diretamente ao funcionário.

Portanto, tal teoria possuía uma carga subjetiva muito grande, que muitas vezes tendiam a eximir o Estado do dever de indenizar, o que chocava com a ideia de justiça social. A vista disso, se percebeu que era necessário determinar e tratar de forma autônoma a responsabilidade civil do Estado, com princípios e diretrizes próprias do direito público, considerando as peculiaridades do Estado e de suas relações. Assim, foram elaboradas pela doutrina, pela jurisprudência e pelo próprio texto legal a responsabilidade estatal fundada no direito público (LUVIZOTTO, 2015, p. 38).

Por fim, a terceira fase da responsabilidade civil do Estado, denominada de fase publicista. Afetada pelo movimento global de demanda de maior intervenção estatal na esfera dos particulares, a fase publicista rompe com as teorias privadas no que concerne a responsabilidade civil do Estado, e da origem à Teoria da Culpa Administrativa, Teoria do Acidente Administrativo e Teoria do Risco ou da Responsabilidade Objetiva.

A Teoria da Culpa Administrativa consiste na ideia de que, não percebe mais a relação do agente público e do Estado como de representante e representado. O funcionário público no desempenho de suas funções age em nome do Estado “com a autoridade pública que lhe confere sua competência legal”. Assim sendo, tanto as declarações de vontade do funcionário, como a responsabilidade pelo exercício de suas atribuições, devem ser imputadas ao Estado, restando evidente a transição da responsabilidade indireta para a responsabilidade direta estatal (LUVIZOTTO, 2015, p. 39).

Até então, a imposição do dever de indenizar ao Estado só era permitida quando se configurasse, conforme o direito civil, a culpa do agente. Tal condição se manteve,

entretanto, o seu fundamento foi alterado na fase publicista, em virtude da criação dos preceitos próprios da responsabilidade estatal. O novo fundamento da obrigatoriedade do Estado de indenizar passou a ser o princípio da solidariedade patrimonial da coletividade na hipótese de dano causado ao administrado (ARAÚJO, 2015, p. 831).

Já a Teoria do Acidente Administrativo traz em seu bojo um novo olhar sobre a culpa, que se torna o marco de transição das teorias, mesmo que em graus diferentes, subjetivas, para a teoria objetiva de responsabilização do Estado. A ideia por trás desta teoria é a de observar a ocorrência de vícios no funcionamento do serviço público prestado pelo Estado. Assim sendo, caberia ao agente lesado provar que o serviço público não funcionou da forma como é determinado pelas normas que tratam desta determinada atividade, ou seja, demonstrar a culpa do serviço (LUVIZOTTO, 2015, p. 40).

Por um lado, houve, de fato, a redução da ideia de culpa anteriormente adotada, mas, por outro, a alguns elementos da culpa civil foram preservados. Era necessário que no bojo do processo de apuração da responsabilidade, fossem apurados determinados fatos para que se pudesse atribuir o mau funcionamento do serviço de veras ao Estado. Sendo assim, resta evidente que “não é qualquer defeito no serviço que acarreta a responsabilidade”, e este dever de comprovar a falta do serviço permanecia ainda constituindo um ônus excessivo para a vítima (LUVIZOTTO, 2015, p. 41).

Insta salientar que a Teoria do Acidente Administrativo surgiu em um contexto histórico de transição do modelo do Estado Liberal para o Estado Social, em que se buscava compreender os fenômenos jurídicos com vistas a dar mais garantia aos direitos sociais. Diante dessa necessidade, percebeu-se a necessidade de se desvincular a responsabilidade do Estado à ideia de culpa, vez que, além de sua comprovação demandar um esforço muito grande do lesado, passa a ser papel do Estado o zelo e efetivação das garantias dos direitos individuais.

É nesse contexto que surge a Teoria do Risco Administrativo, que se fundamenta na ideia de risco da atividade estatal e da solidariedade patrimonial de toda a sociedade, em face de eventual prejuízo causado pela ação da Administração Pública. Chega-se na conclusão de que todo agir público tem um risco a ele inerente, e que, vez ou outra, pode ser causado ao particular, deste modo, em virtude da socialização dos ônus para

a manutenção do equilíbrio, a apuração da responsabilidade do Estado passou a se dar de forma objetiva (LUVIZOTTO, 2015, p. 43).

A partir deste momento, se passa a adotar o conceito de culpa dado pelo direito público, que estende o seu campo de incidência, ou seja, a culpa passou a ser atribuída ao serviço. A vista disso, Sílvio de Salvo Venosa (2001, p. 275-276), observa que:

Surge a obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige falta do serviço, nem culpa dos agentes. Na culpa administrativa exige-se a falta do serviço; enquanto que no risco administrativo é suficiente o mero fato do serviço.

Di Pietro (2013, p. 707), salienta que a noção de isonomia dos administrados em face dos encargos públicos, serviu de fundamento para a Teoria do Risco Administrativo. Sendo assim, a ocorrência do dano causa a um indivíduo uma lesão desproporcional ao suportado pelos demais, o que quebra a isonomia social e acarreta para o Estado o dever de recompor esse equilíbrio, utilizando recursos do erário para tanto.

Ademais, vale ressaltar que a responsabilidade civil do Estado é configurada independentemente da antijuridicidade da conduta, deste modo, a Administração Pública tem o dever de indenizar quando o dano decorre tanto de uma conduta ilícita, quanto de uma conduta lícita, sendo relevante apenas a demonstração do efeito lesivo da conduta pública e do vínculo de causa e efeito entre eles (LUVIZOTTO, 2015, p. 44). Pode se dizer que a noção de culpa, na Teoria do Risco Administrativo foi substituída pela de nexo de causalidade entre o dano e a conduta (DI PIETRO, 2013, p. 707).

Atualmente, pode-se afirmar que a constituição Federal de 1988 adotou a Teoria do Risco e a imputação da responsabilidade civil objetiva ao Estado, em seu art. 37, §6º. O referido texto normativo, afirma que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem. Portanto, nas hipóteses em que não houver relação de causalidade entre a ação estatal e o dano, não haverá o que se falar em dever de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 260-261).

Em que pese esteja firmada a adoção da responsabilidade civil objetiva estatal, isso não implica na imputação de responsabilidade irrestrita ao Estado, como por exemplo se pretendia com a Teoria do Risco Integral. No ordenamento jurídico pátrio há previsão de causa excludentes da responsabilidade civil do Estado, haja vista que tais

eventos interferem no nexo de causalidade que vincula a conduta com o dano suportado (LUVIZOTTO, 2015, p. 46).

Estado será eximido de responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal por culpa exclusiva da vítima, por caso fortuito, força maior e por fato exclusivo de terceiro. Portanto, a Administração não terá a obrigação de reparar o dano causado se o Estado, através de seus agentes, não tiver dado causa ao resultado lesivo, se inexistir relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano, uma vez que a conduta, o dano e o nexo de causalidade são essências para a configuração da responsabilidade civil do Estado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 257).

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ILICITUDE DO RESULTADO

3.2.1 A constitucionalização do direito

É paulatinamente mais evidente a constante, e cada vez mais intensa, relação das mais diversas ceiras do direito umas com as outras. Sociedades complexas, dinâmicas e velozes não produzem situações restritas a um determinado âmbito jurídico, pelo contrário, as relações nos dias de hoje produzem efeitos nas mais diversas áreas do direito, razão pela qual, o segregacionismo deve ser superado, e deve se acolher a interdisciplinaridade dos institutos normativos (ROSENVALD, 2017, p. 18).

O próprio instituto da Responsabilidade Civil do Estado, rompe essa dicotomia, e traz à luz a intimidade entre o direito civil e o direito administrativo, assim, Helena Elias Pinto (2008, p.14), afirma que, na atualidade, não cabe mais a hermenêutica do estudo da responsabilidade civil estatal se dê de forma isolada, é imperioso que as reflexões sobre o tema levem o intérprete “para um diálogo interdisciplinar” que cria um ambiente comum para os mais diversos ramos do direito.

Tal movimento é de suma importância, principalmente depois do advento da Constituição Federal de 1988, que deu início ao processo de constitucionalização de todo o ordenamento jurídico, filtrando e adequando toda a sistemática do direito, aos

valores e garantias contidos na Carta Magna, quebrando com a parreira do sistema jurídico compartimentalizado.

Como bem ilustra Helena Elisa Pinto (2008, p. 13):

A distinção entre o público e o privado apresenta nova feição após o desenvolvimento do constitucionalismo e, depois dele, do neoconstitucionalismo, com sua construção teórica na direção da realização dos princípios e valores constitucionais. Com isso, tal dicotomia, que nunca foi muito precisa, tornou-se ainda mais fluida. Na última década, sobretudo após o advento do Código Civil de 2002, os livros de direito civil contêm lições de direito civil-constitucional. Semelhante fenômeno ocorre com o direito processual e suas diversas ramificações.

A constitucionalização do direito tem por fundamento a leitura dos institutos jurídicos à luz dos preceitos constitucionais, com vistas a “redefinir os conceitos da velha dogmática a partir de uma visão que leva em conta o núcleo axiológico da Constituição, seus princípios e direitos fundamentais”, portanto, a constitucionalização consiste, principalmente, numa postura interpretativa (BRAGA NETTO, 2019, p. 41).

A constitucionalização do direito reafirma a ideia de que a supremacia da Constituição Federal não pode ser “mero elemento do discurso político”, os valores e preceitos constitucionais devem fazer parte do núcleo vital da atividade estatal. Tal fenômeno enfraquece a abordagem do Estado que se utilizavam de “soluções opacas e desconstruídas de transparência, tais como a *discricionariade, administrativa, conveniência e oportunidade e interesse público*”. Agora, esses fundamentos deverão ser utilizados de forma fundamentada e proporcional conforme os preceitos constitucionais (JUSTEN FILHO, 2011, p.14).

O movimento de constitucionalização se espalhou por todo o direito, e no direito administrativo não havia como ser diferente. O estabelecimento de direitos mínimos aos indivíduos, promoveu a mudança do papel tradicional da máquina pública. Nesse tocante, Luís Roberto Barroso (2007, p. 28), afirma que “ a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre administração e administrado”.

De mais a mais, conforme já tratado no início do presente trabalho, verifica-se também que a constitucionalização do direito administrativo promoveu uma progressiva democratização da atividade administrativa, por meio dos instrumentos de legitimação a atuação estatal. Deste modo, ao invés de se manter o exercício unilateral de suas prerrogativas, o direito administrativo atual procura regular a relação do Estado com

os administrados, de forma que os agentes privados possam assumir posições no debate público, ativa, crítica e responsabilmente (BAPTISTA, 2003, p. 548).

Um exemplo disso foi a alteração feita pela Lei 13.655/2018, que incluiu novos artigos a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, dentro outras mudanças, incluiu os arts. 29. O Art. 29, prevê a realização de audiência pública antes da edição de atos normativos pela autoridade administrativa.

É inegável que o instituto da responsabilidade civil do Estado também sofreu grande influência dos efeitos conformadores da Magna Carta de 1988, no que tange a filtragem axiológica promovida. Além de se afastar na ideia de culpa para a caracterização do dever de indenizar do Estado, e aumentar o escopo de incidência da responsabilização, foi ampliada a preocupação com a vítima do dano, a fim de garantir a máxima proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Estas foram transformações que visam dar ao caso concreto soluções “menos formais, mais humanas, mais abertas a considerações de ética e de equidade” (BRAGA NETTO, 2019, p. 71).

3.2.2 O dever de indenizar decorrente do sacrifício do direito

Conforme já trabalhado, não é qualquer tipo de dano causado que ensejará a responsabilização estatal, uma vez que, se fosse assim, se estaria colocando o Estado enquanto garantido universal, pois, a partir desta perspectiva, todo prejuízo econômico que causasse deveria ser ressarcido, independentemente a ponderação se o resultado danoso é contrário à ordem jurídica. Assim sendo, é seguro afirmar que “somente o prejuízo patrimonial traduzido em dano qualificado como *dano antijurídico* gera a responsabilidade” (LUVIZOTTO, 2015, P. 54).

A vista disso, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Juliana Cristina Luvizotto (2015, p. 53), a lesão que gera o dever de indenizar parte de duas premissas, quais sejam:

- a. o alcance de uma situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou quando menos, um interesse legítimo. Neste caso, sustenta o autor a importância de se distinguir o dano econômico do dano jurídico, posto que apenas este último, que consagra, para além da diminuição econômica, um bem a que se faz jus, algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado, enseja reparação;

b. o dano deve ser certo e não eventual, podendo ser atual ou futuro.

Cumprido destacar que, a certeza do dano é embasada pela sua existência de fato, mesmo que seus efeitos ainda não tenham sido produzidos, ou seja, ainda que vá produzir seus efeitos futuramente, o dano certo é aquele em que não há apenas uma suposição sobre a sua ocorrência, mas sim que o dano irá se concretizar inevitavelmente. Tais características se aplicam tanto aos casos dos atos lícitos como os ilícitos, visto que o que basta para a configuração do dano é a atuação estatal ser antijurídica (LUVIZOTTO, 2015, p. 54).

Portanto, o ato antijurídico é aquele que vai de encontro com todas as premissas normativas e axiológicas do ordenamento jurídico, compreendido enquanto um sistema. O sacrifício de direito se trata de um ato antijurídico.

A ordenação social pode justificar a intervenção do Estado na esfera patrimonial dos indivíduos, causando meros condicionamentos de direitos ou causando, efetivamente, sacrifícios de direitos. O condicionamento de direito, ou a limitação administrativa, é o instituto em que há intervenção estatal na esfera privada, mas esta intervenção “não modifica o direito subjetivo do afetado, nem a capacidade jurídica ou do agir do particular”, não ultrapassando “os inconvenientes normais decorrente da vida em sociedade”, baseando sempre no princípio constitucional da isonomia (FREITAS, 2016, p. 88-90).

O princípio da isonomia, normatizado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, imputa aos agentes privados o dever de suportar os ônus decorrentes da vida em comunidade, sendo esta carga pública moderada, o que compatibiliza o condicionamento de direito com o ordenamento jurídico, o que demonstra a sua licitude.

Já por outro lado, o instituto do sacrifício de direito não se trata de uma mera limitação administrativa, está é uma hipótese “em que o interesse público conflitará com o exercício do pleno do plexo de prerrogativas que integram o exercício do direito de propriedade”. Deste modo, os sacrifícios decorrem da atividade Administrativa que elimina o conteúdo substancial do direito (FREITAS, 2016, p. 90).

Rafael Vêras de Freitas (2016, p. 90), ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello, completa ainda que os sacrifícios de direitos são implementados “por providências legítimas”, que se fundamentam na justificativas de satisfação do interesse público, e

permitem a Administração Pública fletir direitos de outrem. Portanto, deixa de ser uma atuação legítima e passa a ser um ato antijurídico.

Assim sendo, o sacrifício do direito, em razão do seu caráter de particularização do ônus suportado pelo particular de forma anormal, ferindo o princípio da isonomia, são danos que ensejam a responsabilização civil do Estado.

4 DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO MEIO LEGÍTIMO PARA O ALCANCE DAS FINALIDADE DA REGULAÇÃO

4.1 DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Desde que o Estado passou a atuar, preponderantemente, de forma indireta no setor econômico, a sua função regulatória foi pauta de muitos debates, principalmente no que se refere a qualidade técnica da regulação. Bem como, em relação à tensão permanente entre a necessidade de atuação estatal para a correção das falhas de mercado e o interesse privado garantido pelos direitos da livre concorrência e iniciativa.

A decisão da Administração Pública, de um modo geral passa por um processo complexo de ponderações seja de interesses ou de recursos, sendo necessário fazer escolhas, o que implica, inevitavelmente, em sacrifícios.

Desse modo, o processo de tomada de decisão regulatória deve eleger prioridades e ponderar os valores envolvidos, não se preocupando em atender a todas as predileções dos agentes econômicos atingidos, mas sim com a “qualidade, proporcionalidade, fundamentação e legitimidade das escolhas regulatórias pública”.

Considerando a relevância do papel que a regulação possui no que se refere à persecução do bem-estar social. A análise de impacto regulatório (AIR) se presta justamente a garantir a qualidade da decisão regulatória, além de ser um mecanismo que permite o diálogo entre o regulador e a realidade regulada, haja vista que é um processo que se fundamenta “em dados, informações e evidências racionais e técnicas com reflexão empírica” conferindo maior legitimidade e eficiência aos resultados obtidos (MORENO, 2015, p. 1-2).

De acordo com o art. 2º, inciso I do Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020, a AIR se trata de um:

Procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.

Nesse sentido, Gustavo Binenbojm (2020, p.223) afirma que a Análise de Impacto Regulatório consiste num “procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória”. Esta análise já esteja em vigor ou que

ainda será ser editada, sopesando os benefícios e resultados que dela podem decorrer e que venham a ser suportados pelos agentes econômicos eventualmente afetados.

O referido documento normativo faz parte de um movimento do Estado que visa o aperfeiçoamento da ação estatal regulatória, com vistas a uma melhor regulação (*better regulation*), por meio de instrumentos que assegurem a participação da sociedade no processo de elaboração da norma regulatória que demandem uma fundamentação técnica e considerem os impactos regulatórios da intervenção estatal (PETIAN, 2019).

Em que pese o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta a AIR seja relativamente recente, tal movimento de racionalização e melhora do processo regulatório já era uma prática recomendada por organismos internacionais e vem sendo utilizada no Brasil, principalmente a partir dos anos 1990, quando o Estado passou a intervir majoritariamente de forma indireta na esfera econômica.

Assim, na conjuntura de reformas regulatórias mundiais, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pioneira no tratamento de questões destinadas à melhoria regulatória, passou a recomendar que as regulações devessem produzir benefícios que justifiquem os custos que esta irá causar, considerando o alcance dos seus efeitos em toda a sociedade.

Conforme já foi trabalhado, se por um lado um dos fundamentos da regulação é a correção das falhas de mercado, por outro a AIR busca atuar contra as falhas de regulação, que consistem nas medidas ineficientes em promover os fins desejados pela regulação. Produzindo efeitos indesejados ou contraproducentes para os agentes regulados, causando assim reflexos sistêmicos inesperados ou malquistos, nos quais os custos sociais superam os eventuais benefícios da medida regulatória (BINENBOJM, 2020 p. 224).

Em âmbito nacional a prática regulatória, apoiada no processo de AIR teve origem na criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), instituído pelo Decreto nº 6.602 de 16 de março de 2007, com vistas a aprimorar a qualidade da regulação federal, tendo sido responsável por difundir a cultura de realização de Análise de Impacto Regulatório nas leis de criação de diversas agências reguladoras, como a Avisa e a Aneel.

Entretanto, o Relatório Final do PRO-REG demonstrou que, a falta de previsão legal que impusesse efetivamente a realização da AIR ao processo de edição e alteração de norma regulatória, não institucionalizou a medida enquanto instrumento de melhoria da qualidade da regulação (ARAGÃO, 2020, p. 374).

A pesar de uma primeira tentativa não muito efetiva, embora louvável, já podia se observar a continuidade dos esforços para conferir maior racionalidade ao processo de tomada de decisão por parte da administração pública com a inclusão do art. 20 da LINDB pela Lei nº 13.655/2018, cuja a redação estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Contudo, foi só com a edição da MP da Liberdade Econômica (MP 881 de 2019), posteriormente, convertida na Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica), que se passou a prever expressamente em seu art. 5º acerca da necessidade de realização previa da AIR para a “edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgãos ou entidades da administração pública federal”.

Vale ressaltar aqui que no intervalo entre a edição da referida medida provisória e a sua conversão em lei, houve a edição da Lei nº 13.848/19, que trata sobre a gestão, organização, processo decisório e controle das agências reguladoras, que hoje é o principal meio estatal do exercício da função regulatória.

A mencionada legislação, no art. 6º, refere ao processo decisório e estabelece a obrigatoriedade da análise de impacto regulatório “como mecanismo de esteio à decisão regulatória”.

Para atender o estabelecido pelo art. 5º da Lei nº 13.874/2019 e o art. 6º da Lei 13.848/2019, foi editado o Decreto 10.411/2020, que dispõe sobre o conteúdo e os requisitos mínimos a serem objeto de exame quando da realização de análise de impacto regulatório. Ainda, como lista as hipóteses em que será obrigatória a sua realização e as hipóteses em que esta estará dispensada.

Em suma, AIR avalia a qualidade das propostas regulatórias, as questões a serem enfrentadas pela pretensa regulação, os benefícios e os riscos desta, bem como as opções disponíveis para a adoção de determinada regulação.

Trata-se, assim, de uma “reflexão substantiva” sobre a decisão a ser tomada para a solução de uma questão antes que se escolha, automaticamente, pela edição de mais normas reguladoras.

Vale ressaltar que o intuito da AIR não é “substituir a decisão do regulador”, o que se pretende, em verdade, é informar o processo decisório, para que o ente regulador possa tomar a decisão mais eficiente de alcançar fim que se destina a regulação (ALBUQUERQUE, 2006, p 25-26).

A adoção da AIR, enquanto instrumento de qualidade e transparência do processo decisório, consiste na compreensão do problema e, a partir daí, irá se verificar quais as opções para dirimi-lo, buscando identificar os efeitos possíveis de cada opção, com a finalidade de viabilizar a tomada de decisão mais adequada ao problema, considerando os seus resultados, a partir das informações colhidas no processo de análise.

Em razão da sua finalidade, a AIR deve ser iniciada ao mesmo tempo que o processo regulatório em si, para que ela não perca a sua finalidade de construção do processo decisório, e seja apenas um “formulário” de justificação da tomada de decisão (BRASIL, 2020, p.4).

Isso posto, como bem ensina Gustavo Binenbojm (2020, p.224), a adoção da AIR enquanto instrumento decisório dentro do processo regulatório objetiva:

- (i) superar a natural assimetria de informações entre reguladores e agentes econômicos; (ii) dotar tais processos de maior transparência, legitimidade e *accountability* (responsividade e controlabilidade social); bem como (iii) promover eficiência regulatória, com a redução de custos (para a sociedade e próprio Estado) e a maximização de benefícios sociais.

A AIR confere racionalidade ao processo de decisão regulatória, uma vez que são ponderados os efeitos positivos e negativos do exercício da regulação, através do preenchimento do relatório de AIR, objetivando orientar essa tomada de decisão.

De acordo com o art. 7º do Decreto 10.411/2020, “na elaboração da AIR, será adotada uma das seguintes metodologias específicas para aferição da razoabilidade do impacto econômico de que trata o art. 5º da Lei nº 13.874/2019”, e nos incisos elenca as possíveis metodologias a serem adotadas, quais sejam: I - análise multicritério; II - análise de custo-benefício; III - análise de custo-efetividade; IV - análise de custo; V - análise de risco; ou VI - análise risco-risco. De acordo com as “Diretrizes gerais e guia

orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR” (2018), da Casa Civil, são as mais utilizadas pelos países da OCDE.

De acordo com o “Guia de Perguntas Frequentes sobre a Análise de Impacto Regulatório – AIR”, elaborado pela Secretaria de Gestão Corporativa, pela Secretaria Executiva e pelo Ministério da Economia (2020, p. 9) quando adotado o critério da análise de custo, haverá a comparação direta dos custos de todas as alternativas de regulação apresentadas pelos agentes econômicos regulados e pelo ente regulador, sendo o enfoque a adoção da alternativa de menor custo para que se tenha um benefício.

No que se refere à análise de risco, este critério será adotado quando a finalidade da regulação for a minimização de um risco, assim, deverá ser adotada a alternativa que se apresentar mais eficaz e eficiente na redução do risco identificado.

A análise de risco-risco é semelhante à análise de risco, contudo considera também os riscos indiretamente causados por cada alternativa apresentada, avaliando o impacto líquido de cara risco e se o benefício da redução do primeiro risco é compensado pelo aumento dos dele decorrentes.

A análise de multicritério aborda a comparação de alternativas considerando os critérios determinados pela AIR enquanto mais relevantes à regulação, que recebem uma pontuação e uma ponderação conforme sua contribuição se aproxime mais dos objetivos almejados. Já na análise de custo-benefício serão ponderados os valores monetários dos custos e benefícios esperados pelo exercício da regulação.

Por fim, a análise de custo-efetividade compara os custos entre as alternativas regulatórias que produzam benefícios de natureza semelhantes ou “numa comparação dos custos por unidade de benefício potencial, considerando tanto os custos (em termos monetários) como os resultados (em termos de benefícios)”. Vale ressaltar que o critério adotado varia de acordo com os fatores que envolvem a finalidade da necessidade de regulação.

Ante todo o exposto, conforme ensina Alexandre Santos de Aragão (2020, 337), a análise de impacto regulatório pode ser definida, resumidamente, como um estudo pormenorizado, por meio do qual:

- (i) identifica-se um problema; (ii) verifica-se a (in)existência de instrumento regulatório já preexistente hábil a solucioná-lo; (iii) caso já não exista, levantam-se as alternativas regulatórias para a consecução do objetivo; (iv)

verifica-se qual das alternativas regulatórias levantadas imporá o menor ônus aos administrados; e (v) pondera-se os diferentes interesses envolvidos para, ao fim, decidir pela implementação ou não de determinado instrumento administrativo.

Conforme já tratado, a diminuição das dimensões do Estado enquanto agente econômico, não implicou a sua completa extinção da ceara econômica, nem significou um comportamento omissivo por parte desse em face dos setores desestatizados. Em verdade, o Estado passou a agir enquanto regulador do domínio econômico, regulando o comportamento dos agentes privados com o objetivo de assegurar a observâncias dos fins pré-estabelecidos (MOREIRA, 2013, p 7).

Portanto, como bem ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 34), o movimento de mudança para o Estado Regulador não se deu somente para prevenir ou corrigir possíveis vícios no mercado, ressaltando os interesses econômicos envolvidos, mas também teve por objetivo a “regulação social”, uma vez que a Administração Pública continua tendo que observar os direitos e valores sociais previstos na Constituição Federal.

Egon Bockmann Moreira (2013, p. 7), observa que com a implantação das agências reguladoras, percebeu-se que a antiga configuração da estrutura estatal de procedimento ordinário de edição de normas pelo legislativo não era mais suficiente para “regular setores da economia cada vez mais dinâmicos e tecnicamente especializados”.

Portanto, a origem desses subsistemas demonstra a “incapacidade do sistema jurídico unitário e centralizado de responder de forma ágil, eficiente e legítima às necessidades de uma sociedade e de uma economia crescentemente complexas”.

Assim, o desempenho da atividade regulatória em um determinado setor regulado, abarca a elaboração de um conjunto normativo composto de princípios, conceitos, interesses e normas adequados às necessidades e particularidades setoriais. Bem como de um devido processo para implementar tais normas, uma vez que a regulação é um elemento de integração com vistas a equilibrar as relações entre os sistemas econômico, político e jurídico, sendo assim imperiosos que a regulação “garanta o pluralismo, o equilíbrio entre valores contrapostos” (MARQUES NETO, 2009, p. 3).

A regulação, por se tratar de atividade própria da Administração Pública, irá incidir, ou não, após uma análise de conveniência e oportunidade escolhendo o comportamento mais adequado para alcançar a finalidade pública a ela atribuída.

Isso significa que o ente regulador terá discricionariedade para definir, dentro dos limites da lei, quando, como e qual o melhor meio para atender os valores, fundamentos e finalidades legal e politicamente estabelecidos (MELLO, 2004, p. 396)

Rafael Vêras de Freitas (2016, p. 124), ensina que, de um modo geral, a atividade regulatória é composta pelas seguintes fases:

(i) *por uma finalidade*, ou seja, um fim a ser alcançado – econômico, social ou comportamental; (ii) pela escolha das variáveis que serão reguladas para o atingimento dessa finalidade (preço, qualidade, informação, entrada, quantidade); e (iii) pela edição de uma medida regulatória, que imponha, após ponderação dos interesses setoriais, condutas aos agentes regulados.

O professor completa ainda afirmando que tais fases são necessariamente interdependentes, e que caso alguma não seja observada “não há o que se falar no legítimo exercício da regulação, ou no limite, na própria existência da regulação”, vez que o desempenho da atividade regulatória se desenvolve por meio da harmonização de interesses.

Assim sendo, não havendo a manifestação desses interesses, não há o que se falar em regulação, na verdade, o que há é violação do princípio da legitimidade, bem como a “pretensa regulação” ofenderá também o princípio da eficiência, pois não terá alcançado o “ponto ótimo” de ponderação de custos e benefícios da regulação (FREITAS, 2016, p. 159).

Luís Felipe Valerim Pinheiro (2002), explica que a ideia do devido processo regulatório normativo é inspirada pelo ordenamento estadunidense, no qual, o devido processo legal (*due processo of law*) se presta a conformar a função normativa do Estado com os direitos fundamentais, que inclui o direito de propriedade.

Assim, a suprema Corte deu origem a inúmeros precedentes nos quais determina o dever de manifestação (*hearig*) dos sujeitos que tiveram seus direitos atingidos pela atuação regulatória.

Deste modo, é possível depreender que um dos fundamentos do devido processo normativo estadunidense é, justamente, a ponderação do quanto a atividade privou o administrado de seus direitos. Conclui-se então, que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, constituiu o *due processo of law* como premissa para inibir abusos de restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa, reconhecendo o “impacto substancial” dos atos normativos limitadores de direitos no setor regulado (FREITAS, 2016, p. 161).

Nessa perspectiva, é inegável que o direito norte-americano entende que a obrigação de considerar os pontos levados pelos agentes regulados quando da realização de uma consulta ou audiência pública, trata-se de uma obrigação de resultado. Nesta perspectiva, a Administração Pública teria como finalidade “demonstrar que considerou ao máximo possível todas as possibilidades antes de optar por determinado conteúdo de norma; (...) demonstrar, em suma, que exerceu sua competência discricionária com prudência, seriedade e responsabilidade” (SOUZA, 2002).

Isto posto, o professor Rafael Vêras (2016, p. 163), demonstra que a participação do administrado nas atividades da Administração Pública não é algo exclusivo do ordenamento jurídico estadunidense. Em verdade, o princípio da participação social está contido na Constituição Federal brasileira, enquanto elemento constitutivo da República Federativa do Brasil, ao prever a cláusula do Estado Democrático de Direito, e em vários outros dispositivos “institui um sistema aberto de participação dos administrados na formação das decisões administrativas”.

O professo salienta ainda que essa tendência pode ser observada também no âmbito da regulação nas leis de criação das agências reguladoras, estabelecendo a obrigatoriedade de realização de audiência pública. Tal imposição tem a finalidade de democratizar o exercício da atividade Administrativa reguladora.

Para além de assegurar o atendimento aos preceitos democráticos de agregar ao processo de decisão regulatória, o princípio da participação social objetiva, principalmente, cientificar a autoridade reguladora do conjunto de implicações que devem ser analisadas, valoradas e decididas, constituindo um efetivo direito ao contraditório.

Assim sendo, o direito ao contraditório não consiste apenas no direito à prova, mas sim na segurança de participação efetiva no processo enquanto um “pressuposto de validade de toda atividade instrutória” (MOREIRA, 2007, p. 305), bem como reforça a ideia de que a edição de atos normativos pela Administração Pública se configura como uma “relação administrativa multipolar” que implica na necessidade de participação dos agentes regulados afetados, pois essa troca afeta diretamente nos efeitos sistêmicos e na qualidade da regulação (FREITAS, 2016, p. 165 - 166).

Eduardo Jordão (2020, p. 230) destaca que, comumente, ao se falar em AIR há referência à sua consagração antes da decisão regulatória, contudo, somente a análise prospectiva não é suficiente para a qualidade normativa regulatória. Justamente por isso, ao se verificar de uma perspectiva mundial, há uma “tendência de deslocamento de foco” para análises de impacto retrospectiva, se debruçando sobre medidas já adotadas e em vigor.

O professor assinala que a vantagem da AIR retrospectiva (*regulatory lookback*) é que, em razão desta já ter sido implementada e produzido seus efeitos, se torna mais fácil de verificar os seus impactos com “dados concretos e menos limitações informacionais”, produzindo assim resultados mais certos e decisões mais confiáveis.

A vista disso, além da análise prospectiva de impacto regulatório, é necessário também a realização de uma análise de impacto regulatório *ex post*, na qual “serão avaliados os efeitos já produzidos pela normativa em vigor”, ponderando se esta ainda se presta a finalidade que possuía quando da sua edição. Ainda, de acordo com a conjuntura atual em se se insere, a norma deve ser revogada integral ou parcialmente (BINENBOJM, 2020, p. 224 -225).

A importância da AIR retrospectiva reside em dois aspectos, o primeiro se refere à qualidade dos dados disponíveis para a realização da análise, e o segundo reside na natureza da avaliação realizada. No tocante o primeiro aspecto, a AIR retrospectiva é mais bem informada do que a prospectiva, pois esta última é basicamente fundamentada por especulações, ainda que sejam pautadas com o “máximo de rigor científico”.

Portanto, são “resultados das estimativas em um mundo complexo e dinâmico” e nunca irão demonstrar o que de fato irá acontecer. Sendo assim, os resultados da AIR prospectiva são menos confiáveis do que AIR retrospectiva, haja vista que esta possui o caráter empírico de demonstrar concretamente os seus efeitos, e permite reavaliar os custos e benefícios estimados quando da sua edição.

No que tange ao segundo aspecto, a AIR retrospectiva é um importante mecanismo de organização e de ponderação concreta da qualidade do estoque regulatório. Isto porque a realidade em que foi criada a regulação não se mantém constante, até

porque a própria norma quando posta em prática altera aquela conjuntura econômica, bem como sempre existem consequências não antecipadas da norma.

Além disso, se não for feita a “institucionalização de reavaliações regulatórias periódicas” por meio da AIR *ex post*, o estoque regulatório estatal “está fadado a ser mantido repleto de normas duplicadas, redundantes, defasada” ou que simplesmente não atenderam à finalidade pretendida (JORDÃO, 2020, p. 231 -232).

Eduardo Jordão (2020, p. 233), no que se refere à necessidade de reavaliação do estoque regulatório, destaca o caso do Decreto nº 9.757, de 11 de abril de 2019, denominado “revogação”, o qual “revogou nada menos que 250 decretos obsoletos: havia até decreto de 1903, já tacitamente revogado há décadas”.

Vale ressaltar também o dado contido no “Guia de Perguntas Frequentes sobre a Análise de Impacto Regulatório – AIR”, elaborado pela Secretaria de Gestão Corporativa, pela Secretaria Executiva e pelo Ministério da Economia (2020), que demonstra o volume expressivo do estoque regulatório no Brasil que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, editou 5,8 milhões de normas – de acordo com o IBPT 2018.

A vista disso, da leitura do artigo 3º do Decreto 10.411/2020, depreende-se a preocupação com a avaliação do processo regulatório de edição de novas normas, mas também do processo de reavaliação de norma reguladora preexistente, senão vejamos:

Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR. [...] (grifos nossos)

Isto posto, o supracitado documento legal prevê a chamada “Avaliação de Resultado Regulatório” que, de acordo como art. 2º, inciso III, consiste na “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”.

Nesse mesmo sentido, o Decreto entende que esta revisão regulatória é parte essencial de todo o ciclo da regulação para preservar os fins originalmente desejados, assim também conceitua, no art. 2º inciso VI, a atualização de estoque regulatório, sendo esta o “exame periódico dos atos normativos de responsabilidade do órgão ou

da entidade competente, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação”.

Ademias, o Decreto ainda prevê que quando da edição ou alteração de regulação, deverá constar no relatório o prazo máximo para a revisão desta norma, para que se avalie a sua pertinência, e mantenha o banco de normas regulatórias atualizado. Insta destacar que, em que pese a AIR prospectiva e a retrospectiva ocorram em momentos diferentes, estas não são antagônicas, em verdade, são complementares e integram o ciclo constante da atividade regulatória da Administração Pública.

4.2 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO FORMA DE APURAÇÃO DA EXPROPRIAÇÃO REGULATÓRIA

Como já foi tratado anteriormente, o desempenho da atividade regulatória, deve ser pautada na ponderação dos diversos interesses setoriais, sendo assim, sem a manifestação desses interesses, não o que se falar em regulação, violando-se o princípio da legitimidade que rege o agir da Administração Pública. Para além disso, segundo Rafael Vêras (2016, p. 159), a regulação sem se considerar os interesses envolvidos não será eficiente e violará o princípio da eficiência em razão de não atingir o “ponto ótimo” de equilíbrio entre o custo e benefício da regulação.

Deste modo, cabe à Administração Pública utilizar de instrumentos que ajudem a desenvolver uma atuação pública especializada, para a tomada de decisão ser mais acertada, informada e de melhor qualidade. Para tanto, é importante que o Estado na atuação no âmbito econômico se preocupe com a ponderação dos interesses setoriais envolvidos, por meio de um procedimento avaliador dos efeitos sistêmicos da regulação e da qualidade regulatória, afim de se evitar efeitos antijurídicos.

4.2.1 Falhas da Regulação e o regime expropriatório

Ante todo o exposto, está claro que a função reguladora da Administração Pública busca ponderar e equilibrar os interesses envolvidos em uma determinada seção da atividade econômico-social, afim de adequar os sistemas político e jurídico com os sistemas econômico e social (MARQUES NETO, 2009, p.2).

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Aline Klein (2014, p. 526) afirmam que a função regulatória sucedeu na:

Afirmção do consequencialismo na gestão pública, em que os resultados de satisfação de finalidades públicas consistem no grande objetivo da atuação administrativa; processualização da atividade administrativa; demanda por transparência e publicidade dos atos administrativos; e na busca pelo equilíbrio sistêmico nos setores regulados.

Portanto, a regulação confere ao legislador uma obrigação de “dialogar com agentes sujeitos à atividade regulatória” transformando os interesses dos regulados em parte do processo de equilíbrio do mercado.

Assim, caso a Administração Pública deixe de considerar a premissa de preservação da propriedade privada, a atuação passa a ser ilegítima, uma vez que um dos fundamentos da regulação é justamente a correção das falhas de mercado, não sendo cabível que o comando que dela decorre produza essa falha ao suprimir a propriedade privada (FREITAS, 2016, p. 63).

A regulação estatal ocorrerá quando “moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável”, assim, a abrangência e a intensidade da atuação não estão à completa disposição do agente regulador. Existe o limite constitucional da proporcionalidade, que harmoniza à ação regulatória, buscando um modelo de intervenção “sensata” (MOREIRA, 2004, p.81), sendo natural da atividade de ponderação a limitação de determinadas prerrogativas em detrimento de outras consideradas mais benéficas.

Contudo, podem ocorrer situações em que não há uma mera limitação ou condicionamento ao exercício pleno de determinado direito, mas sim a supressão do conteúdo essencial do direito em questão, de modo desarrazoado e desproporcional. Nesses casos está configurada a expropriação regulatória (BINENBOJM, 2010, p.2).

Em que pese a atuação do Estado na ceara econômica deva se pautar na preservação do interesse público, a regulação não pode suprimir a lógica negocial do mercado, haja vista que o princípio da liberdade de iniciativa é fundamento do Estado brasileiro.

Nesse aspecto, Gustavo Binenbojm (2010, p. 6), pontua que “não existe um princípio de preferência a priori do interesse coletivo sobre o particular”, até porque o interesse público pode visar, justamente, a proteção de interesses privados. O autor completa, afirmando que os interesses e direitos públicos e privados, apesar de serem

contrapostos, “convivem num ambiente permeado e orientado pelo dever de proporcionalidade”.

Ressalta-se que não é negada a existência de um interesse público, o que ocorre é que o interesse público abarca a imbricação entre os interesses difusos e os interesses individuais, sem que haja necessariamente uma lógica prevalência hierárquica antecipada de um sobre o outro.

Nessa senda, Cass Sunstein, citado por Rafael Vêras de Freitas (2016, p.123 - 124), cria a categoria das “falhas de regulação”, que consiste nos efeitos negativos que a regulação pode ocasionar e que subvertem a função regulatória de “equilibrar interesses sistêmicos”.

Assim sendo, as falhas de regulação são o avesso da finalidade de correção de falhas de mercado e de inibição de comportamentos indesejados inerentes da atividade regulatória, sendo desprovida de qualquer legitimidade. As falhas da regulação, segundo o autor são provocadas por diversos motivos, como pela captura por grupos de interesse, por erros de diagnósticos e análises superficiais, bem como por efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das consequências, dentre outros.

A vista disso, pode se afirmar que as falhas de regulação são situações em que da atividade regulatória decorrem efeitos indesejados, “em razão de possuir vícios congênitos, ou porque a sua implementação produziu efeitos sistêmicos negativos”. Ou seja, a falha de mercado suprime a propriedade privada sem que haja a observância do devido processo legal expropriatório, bem como sem o pagamento de uma justa compensação para tanto, uma vez esta que vai de encontro com a função de correção do mercado que a regulação possui, instituindo um sacrifício de direitos (FREITAS, 2016, p. 126).

As falhas de regulação manifestam assim a imperfeição do Estado no exercício da atividade regulatória, e podem ser subdivididas em duas espécies: as relacionadas ao processo de elaboração da norma e as relacionadas à sua implementação.

São inúmeras as razões da existência desses vícios (FREITAS, p.127), contudo, iremos nos debruçar sobre a falha da regulação provocada pelos efeitos sistêmicos complexos e pela falta de antecipação das suas consequências, pois é de maior pertinência à temática abordada pelo presente trabalho.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 2), entende que a finalidade de equilíbrio e composição de interesses que decorrem da do exercício da atividade regulatória, remete necessariamente à noção de sistemas, uma vez que a regulação cria um vínculo entre os sistemas econômico, social, político e jurídico, para que coexistam de maneira harmônica.

Nessa senda, o professor Rafael Vêras de Freitas (2016, p. 140) explica que as alterações realizadas em um desses sistemas pela regulação geram efeito nos demais, representando uma interferência recíproca entre eles. Portanto, a “falha da regulação se configuraria, quando os reguladores, ao editarem um ato normativo desconsiderarem a possibilidade que a sua escolha produzirá efeitos colaterais tão indesejáveis quanto os próprios problemas que se pretendia solucionar”.

Com a finalidade de corrigir tal vício, é pressuposto da atividade regulatória a apresentação de uma motivação prospectiva, racionalizando a regulação e avaliando os possíveis custos e benefícios de sua edição.

Um instrumento que ganhou bastante destaque para evitar esse tipo de falha é a Análise de Impacto Regulatório – AIR, que pode ter por objeto regulações novas, bem como já editadas, nesses casos fazendo uma análise retrospectiva. Nessa perspectiva, pondera-se que um dos efeitos sistêmicos da regulação é, justamente, a expropriação regulatória da propriedade privada, haja vista que este vício decorre de “efeitos não pretendidos pela regulação”.

Sendo assim, o efeito expropriatório, por se tratar de uma consequência indesejada pela regulação, “não foi previsto *ex ante*, no bojo do seu processo de formação. Trata-se, pois, de efeitos sistêmicos complexos e que não tiveram as suas consequências antecipadas no processo de formação da regulação” (FREITAS, 2016, p. 142).

Portanto, a regulação deve considerar os efeitos que produz na ordem econômica, uma vez que a atividade regulatória nunca será neutra, sempre causará impactos no setor regulado, correndo o risco de suprimir princípios fundamentais à atividade econômica livre.

A essencialidade de buscar prever as possíveis falhas que podem ser provocadas pela atividade regulatória, se justifica pelo simples motivo de a Administração Pública, como todas as atividades humanas, estar sujeita a falhas, é inerente da própria função administrativa. Deste modo, é importante que haja uma análise prévia à efetiva

regulação, para que o ordenamento jurídico module os efeitos da atividade regulatória e a sociedade civil esteja preparada para lidar com eles (FREITAS, 2016, p. 125).

4.2.2 A responsabilidade civil do Estado em razão dos efeitos expropriatórios da regulação e a compatibilização das regulações expropriatórias com o ordenamento jurídico brasileiro

Pôde ser observado ao decorrer de todo o trabalho que umas das atividades mais importantes da Administração Pública é justamente a ordenação pública das atividades econômicas. Atualmente, essa ordenação ocorre de forma indireta, por meio da regulação, sempre com vistas a atender o interesse público sem violar direitos individuais.

Em que pese o exercício da função normativa do Estado seja um ato lícito, a partir do momento em que a atividade reguladora impor a um agente específico sacrifício de direitos, não extensíveis aos demais, a regulação será considerada expropriatória (FREITAS, 2016, p. 107).

Para se verificar se a atuação estatal se deu de modo a expropriar um direito, é necessário observar a forma de afetação do direito em sua substância. Segundo Eduardo García de Enterría, citado por Juliana Cristina Luvizotto (2015, p. 73) “a não preservação de um conteúdo essencial do direito de propriedade por parte da lei deve ser articulada como uma lei expropriatória, e por isso, resulta a necessidade de que ocorra a indenização correspondente”.

Tem-se por conteúdo essencial do direito a consideração da funcionalidade do bem jurídico, assim, se verifica se é possível continuar atribuindo ao bem a aptidão natural à destinação social que este cumpre (LUVIZOTTO, 2015, p. 74).

A responsabilização pela criação de normas com efeitos expropriatórios comporta dois institutos jurídicos distintos, a depender da adoção, ou não, de um devido processo expropriatório, quais sejam: a indenização, e a compensação (FREITAS, 2016, p.118).

Apesar do caráter sancionatório e pecuniário da responsabilidade civil, esta não se confunde com a “obrigação subsidiária de pagamento de indenização”, mesmo podendo incidir quando houver o descumprimento desta obrigação. O do dever subsidiário de indenizar decorre de uma obrigação, legal ou não, de compensação, assim não há violação da ordem jurídica. Já a responsabilidade civil decorre do

descumprimento de obrigação imposta pela norma constitucional, originando-se necessariamente de uma violação da ordem jurídica, gerando ao lesante o dever de indenizar, ou seja, de reestabelecer o desequilíbrio causado (LUVIZOTTO, 2015, p. 75).

Nesse contexto, em que pese o sacrifício do direito aparente ser um fenômeno jurídico ilícito, na verdade este se trata de um “ato lícito danoso”. O instituto da expropriação é um sacrifício de direito normatizado pela Constituição Federal, art. 5º, incisos XXIV e LIV e pelo Decreto-Lei 3.365/1941, que se devidamente justificado e fundamentado pela razoabilidade, pode ser implementado de forma legítima pela Administração Pública através do devido processo expropriatório (LUVIZOTTO, 2015, p. 74).

Nesses casos de cumprimento do iter procedimental da expropriação, cabe ao particular, em sede administrativa, apenas tratar do valor da compensação que é prevista nos casos de supressão de direito, mas não haveria o que se falar em indenização, uma vez que, a priori, não haveria um dano antijurídico, e, sem danos, não há o que se falar em indenização (FREITAS, 2016, p. 118).

Por outro lado, em caso de descumprimento da obrigação de implementar um processo administrativo expropriador, haverá a edição de um ato normativo que produzirá efeitos não amparados pelo art. 5º, incisos XXIV e LIV da Constituição Federal, atraindo para o Estado a imputação da responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal (FREITAS, 2016, p. 116-117).

Portanto, fica claro que para o sistema jurídico brasileiro, a expropriação exige da Administração Pública mais do que o mero pagamento do equivalente patrimonial do direito sacrificado, é essencial que, antes da tomada de decisão de forma ponderada e mais isonômica possível, sejam cumpridas as exigências procedimentais, uma vez que o processo, de qualquer natureza, viabiliza o contraditório entre as partes o que direciona a decisão para um caminho mais justo.

Para tanto, Carlos Ari Sunfeld (2003, p. 99), defende que não é possível que o indivíduo tenha seu patrimônio sacrificado, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, sem que haja um devido processo expropriatório, em virtude de todas as garantias constitucionais. Deste modo, a partir do momento que o Estado viola os preceitos fundamentais do devido processo e da isonomia, imputa a obrigação ao Estado de indenizar os danos, por meio do instituto da responsabilidade civil.

Ressalta ainda que, em que pese o Decreto-Lei 3.365/41 e o art. 5º, inciso XXIV não tratem do procedimento da desapropriação, Rafael Vêras de Freitas (2016, p. 177), esclarece que este é uma forma mais adequada de se fazer a compatibilização do instituto da expropriação regulatória com o ordenamento jurídico pátrio, pois se trata também de um sacrifício de direitos. Ademais, o professor explica ainda que, a compatibilização da regulação expropriatória com o regime jurídico é essencial, pois “os vetores processuais do consenso impõem a tentativa de uma expropriação regulatória sem litígios, em sede administrativa”, fundamentando que dois pilares doutrinários embasam o procedimento, quais sejam:

O primeiro é a superação da figura do “ato administrativo autista”, como asseverado por Floriano Azevedo Marques Neto, pela sua processualização e pela avaliação de seus impactos prospectivos. O segundo é o fato de se tratar de uma relação administrativa multipolar, a qual pressupõe a interveniência de terceiros interessados na ação administrativa, ainda que não se trate de titular de direito subjetivo.

Em decorrência do dever de motivação e transparência que a Administração Pública precisa sempre observar quando da sua atuação regulatória, é fundamental que o regulador mostre quais os efeitos serão suportados pelos indivíduos, mas, apenas demonstrar os efeitos que possivelmente serão causados não é suficiente para que haja de fato a implementação dos preceitos constitucionais. Pela relação do Estado com os agentes privados ser multipolar, é essencial que o particular possa influenciar no processo normativo regulatório que poderá afetá-lo. A AIR é o instituto mais adequado para que os impactos sejam avaliados e seja aberto o debate público para uma tomada de decisão democrática e que de fato atenda o interesse social (FREITAS, 2016, p.176)

5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se com o presente trabalho investigar a possibilidade de responsabilização civil do Estado em decorrência dos efeitos expropriatório da regulação, bem como verificar até que ponto a Análise de Impacto Regulatório pode prevenir o ensejo deste ilícito civil.

Como qualquer outra forma de atuação estatal, a função regulatória não está imune a cometer excessos e, ao invés de ser um caminho legítimo de materialização do interesse público e de valores fundamentais, pode se tornar um meio ilegítimo de restrição de garantias individuais e ofensa a direitos constitucionais. Portanto, é de extrema relevância que sejam adotados mecanismos que efetivamente avaliem a proporcionalidade, adequação e necessidade da intervenção do Estado, por meio de um devido processo.

A atividade regulatória busca equilibrar os interesses dos agentes econômicos, barra melhor atender as finalidades públicas e as demandas sociais. Entretanto, ao buscar corrigir falhas do mercado e harmonizar os anseios envolvidos, é possível que a atividade reguladora gere efeitos indesejados que sacrifiquem ou restrinjam demasiadamente os direitos individuais dos agentes econômicos privados, quando não são observadas as garantias constitucionais ao direito de propriedade dos regulados. Esse fenômeno é chamado de expropriação regulatória.

Vale ressaltar que a expropriação se trata de um sacrifício de direito e não de uma mera limitação de direito, haja vista que o sacrifício causa uma supressão do conteúdo essencial do direito não havendo mais como atribuir a este direito a funcionalidade e destinação social que possuía.

A expropriação regulatória consiste na falha no processo de edição da regulação que ocorre em razão da não realização de um procedimento avaliador dos efeitos sistêmicos da regulação, e acaba impondo ao particular um sacrifício de direitos por meio da imputação de ônus anormal e especial. Apesar de num primeiro momento aparentar ser ilícita a conduta estatal de supressão de direito, conforme previsto no art. 5º, inciso XXIV LIV da Constituição Federal, é legítimo o sacrifício do direito de propriedade do indivíduo em prol do interesse público, desde que materializada

determinadas prerrogativas processuais e materiais constitucionalmente estabelecidas.

É natural na vida em sociedade que os sujeitos abram mão de determinadas liberdades e interesses para que seja mantida a harmonia social, e a atividade Estatal consiste basicamente em equilibrar esses interesses, para preservação do interesse público, do que é melhor para a coletividade naquele momento. Contudo, por mais que o equilíbrio dos sistemas acarrete eventualmente cause a necessidade de o particular abdicar de determinadas prerrogativas, não significa que a ação da Administração Pública poderá ser antijurídica, significa que verificada a imperatividade de sacrificar determinado direito, isto se deverá se dar de forma ponderada, necessária e adequada.

Portanto, caso a Administração Pública verifique a necessidade de edição de regulação expropriatória, após uma ponderação exaustiva, é fundamental que seja observado o devido processo legal expropriatório, onde o lesado poderá falar com a Administração e ser ouvido, e a violação seja justamente compensada pelo Estado, aplicando analogamente os mesmos fundamentos do processo da desapropriação, uma vez que se trata de outra modalidade de sacrifício de direito.

Ocorrendo a expropriação da forma como se deve, não há o que se falar em responsabilização civil do Estado, pois não há o que se falar em dano antijurídico, visto que a lesão causada ao direito se deu de forma legítima, e sem danos não está configurado o dever de indenizar.

No entanto, por outro lado, a expropriação regulatória pode acontecer de forma irregular, hipótese em que a Administração Pública não se atenta às garantias processuais e materiais constitucionais inerentes ao direito de propriedade, e caberá ao agente privado a postulação em juízo do pagamento de indenização pelos danos causados pelos efeitos antijurídicos da expropriação. Nesse caso haverá a prática de um ato lícito que provocou consequências patrimoniais indesejáveis ao agente privado, possibilitando assim a incidência do instituto da responsabilidade civil do Estado, que prescinde a demonstração de culpa, conforme prevê o art. 37, §6º da Constituição Federal.

Nesses casos a responsabilização do Estado ocorre em razão da edição de norma sem a observância do devido processo legal expropriatório, bem como por conta da

ocorrência do dano antijurídico, que nesse caso abrange não só a compensação patrimonial do direito, mas também outros danos reflexos dos efeitos expropriatórios causados pelo ato normativo.

Portanto, é inegável que o instituto da expropriação se origina de uma prerrogativa legítima do Estado de atendimento do interesse público para a manutenção da harmonia social, sendo em verdade um ato lícito danoso.

O efeito expropriatório da regulação passível de indenização, decorre de uma falha no processo de elaboração da norma reguladora causada pela falta de realização de um procedimento avaliador dos seus efeitos sistêmicos. Nesse sentido é de extrema relevância a observância ao devido processo regulatório e à adoção de mecanismos que melhore a qualidade regulatória.

O devido processo regulatório está fundada na noção da relação jurídica multilateral, e consiste basicamente no respeito aos procedimentos legais que, em conformidade com os preceitos constitucionais, visa conferir à ação regulatória maior qualidade e legitimidade, uma vez que viabiliza a democratização e transparência à atuação estatal e garante que a tomada de decisão pela Administração Pública seja feita de forma mais informada possível.

Por se tratar de uma falha de regulação decorrente da não avaliação dos efeitos sistêmicos provocados pela atividade regulatória, conclui-se que, de fato, a Análise de Impacto Regulatório é um instrumento ideal para a correção da vicissitude do ato danoso. Em linhas gerais, a AIR avalia a qualidade regulatória por meio da ponderação de custos e benefícios, conferido maior racionalidade ao processo regulatório.

Assim sendo, pode se concluir que o Estado pode ser responsabilizado civilmente pelos efeitos expropriatórios da regulação, na hipótese de inobservância do devido processo expropriatório e da devida compensação patrimonial em razão do sacrifício do direito. Ademias, restou demonstrado que a AIR é o instrumento ideal para a materialização do devido processo regulatório, bem como é efetivo para a prevenção da imputação da responsabilidade civil ao Estado decorrente dos efeitos expropriatório da regulação.

Portanto, a atividade regulatória deve se fundamentar num planejamento de gestão de políticas públicas e econômicas de intervenção na economia, que buscam dirigir

determinados comportamentos dos sujeitos para que as finalidades socialmente almeçadas sejam alcançadas, haja vista que o domínio econômico afeta de forma direta a vida privada dos indivíduos, ao promover a circulação de bens e serviços. Contudo, para o atingimento dos objetivos da regulação, não é plausível que a atividade regulatória estatal extinga ou restrinja demais as prerrogativas e liberdades atribuídas ao setor privado, devendo buscar a implementação de mecanismos de controle da qualidade regulatória, bem como o Estado deve sanar quaisquer lesões ilegítimas aos direitos dos agentes econômicos.

A AIR, ao considerar que a relação entre o Estado e o administrado é multilateral, promove a democratização da tomada de decisão estatal ao impor a participação popular na sua elaboração.

No que tange a responsabilidade civil do Estado por conta da expropriação, a AIR é o instrumento ideal de prevenção do dever de indenizar, pois ao antecipar os efeitos sistêmicos da atividade regulatória possibilita que a Administração Pública, ao identificar o efeito expropriatório, promova o procedimento adequado para que o sacrifício do direito se dê de forma legítima, e evita que haja um dispêndio de verba pública maior do que o necessário, vez que a indenização abarca todos os danos causados, patrimoniais ou não, e não somente o valor patrimonial do direito cerceado como ocorre com a compensação. Além disso, se a regulação for expropriatória a AIR dá condições de o Estado apurar o custo-benefício da regulação e se de fato esta é a melhor solução para a questão a ser sanada pela regulação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. **A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado.** CIDADE. EDITORA, 2006.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos Administrativos Normativos: Algumas Questões. *In*: MEDUAR, Odete, SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro.** Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 3, nº 12, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

_____. Análise de impacto regulatório na lei de liberdade econômica. *In*: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito Administrativo.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo.** vol. 226, 2001. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda> >. Acesso em: 14 mai. 2021.

_____. Agências Reguladoras. Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.** nº 1, Belo Horizonte. 2003. Disponível em: <<https://fadir.ufc.br/pt/revista-latino-americana-de-estudos-constitucionais-n-19-lancamento-as-18h-de-27-mar-2017/>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

_____. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** nº 1, fev., Salvador, 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/03> >. Acesso em: 15 mai. 2021.

_____. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2º ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo, **Regulações expropriatórias.** Revista Justiça e Cidadania, nº 117, 2010.

_____. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. Art. 5º: Análise de Impacto Regulatório. *In*: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (coords.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica Lei 13.874 -2019.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. CASA CIVIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR.** 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view> Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** BRASÍLIA, DFL Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. **Decreto nº 10.441**, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em: 10 jun. 2021.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle jurídico da legitimidade da atividade regulatória normativa.** 2007. Tese (doutorado em Direito). Orientador: Prof. Dr.

José Ribas Vieira. Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041800.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CLARK, Giovani; DO NASCIMENTO, Samuel Pontes; CORRÊA, Leonardo Alves. **Estado regulador: uma (re) definição do modelo brasileiro de políticas públicas econômicas**. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9^a ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15^a ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. **Direito Administrativo**. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da teoria neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 59, p. 70, 2007. Disponível em: <https://www.livrariart.com.br/revista-de-direito-constitucional-e-internacional-rdci-colecao-de-2017-03-volumes/p?uam=true&mobile=4&gclid=CjwKCAjwq7aGBhADEiwA6uGZp1m5ge-nMW1orU0iExAUowe1bWM1nB9navR4MYVrutWPEcXQ8CyslhoCCA0QAvD_BwE>. Acesso em: 05 mai. 2021.

FILGUEIRAS, Luís. **História do Plano Real**. São Paulo: Editora Boitempo, 2000.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GOMES, Felipe Lôbo. A Regulação Estatal Como Instrumento de Concretização do Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico: um Contibuto da Análise Econômica do Direito. *In: Crise e Evolução do Direito Regulatório e Financeiro*. Edição especial, Porto Alegre: Revista – RDU, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

JORDÃO, Eduardo Jordão; CUNHA, Luiz Filippe. **Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva**. ano 22, nº 123, set./out. Belo Horizonte: Revista Interesse Público, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Belo Horizonte: Editora Fórum, nº43, maio/jun. 2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções administrativas do Estado. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.)*. **Tratado de direito administrativo**. v. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador: Atos legislativos inconstitucionais e constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.)*. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Regulação econômica e suas modulações**. ano 7, nº 28, out. /dez. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. *In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann*. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

_____. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** – Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/03>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. **Processo administrativo: princípios constitucionais e Lei nº 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: Mutação constitucional do princípio da legalidade?** ano 11, nº 43, jul./set. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *In*: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019;

NUNES, António José Avelãs. Aventuras e desventuras do Estado Social. *In*: BENEVIDES, Maria V. de M. BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORENO, Natália de Almeida. **Análise de impacto regulatório: que percurso adotar?** vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Claudemir Carlos. **Apogeu e Crise do Welfare State Keynesiano**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 2009.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; DE SOUSA, Otavio Augusto Reis. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na Implantação de políticas públicas com sede constitucional. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. v. 15, n. 61. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

PETIAN, Angélica. Análise de Impacto Regulatório como requisito para a regulação estatal. *In*: **Lei da liberdade econômica: oportunidades e novidades**. Curitiba: Editora Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, 2020.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **O devido processo legal e o processo administrativo**. ano 2, nº 20, out. Belo Horizonte: Fórum Administrativo, 2002.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHEID, Cíntia Maria. **O Impacto da Globalização na Elaboração de Políticas Públicas Urbanas: Uma possibilidade de aproximar a cidade da cidadania**.

Disponível em

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/cintia_maria_scheid.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SOLIANO, Vitor. A ordenação pública da entrada em mercados e o silêncio administrativo: uma análise do regime jurídico dos atos públicos de liberação na Lei de Liberdade Econômica. *In*: RAMOS, André Luiz S. C.; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (Org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: Comentários à Lei 13.874/2019. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 195-214.

_____. **Atividade empresarial e ordenação pública da economia: uma permanente tensão constitucional**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325607/atividade-empresarial-e-ordenacao-publica-da-economia-uma-permanente-tensao-constitucional>>. Acesso em 29/10/2020.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana**. ano 2. Belo Horizonte: Fórum Administrativo, 2002. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: Ltr Editora, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. *In*: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros SBDP, 2000.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VELHO, Rafael Rott de Campos. O Poder Normativo das Agência Reguladoras: Democracia e Direitos Fundamentais. Santa Maria: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 2, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001