

Paradigmas e pragmatismos no surgimento do Estado Regulador brasileiro em cotejo com o modelo americano de regulação
Paradigms and Pragmatism in the Rise of the Brazilian Regulatory State in Comparison with the American Model of Regulation

Submetido(submitted): 19/12/2014

Parecer(revised): 21/01/2015

Aceito(accepted): 02/03/2015

Paulo Firmeza Soares *

Resumo

Propósito – O trabalho busca apontar os paradigmas teóricos da regulação americana, e sua influência no surgimento do Estado Regulador na Europa continental e principalmente no Brasil, destacando as questões pragmáticas que influenciaram todo esse processo.

Metodologia/abordagem/design – O trabalho aborda as acepções da regulação segundo as espécies de atividade econômica, confrontando dois aspectos político-jurídicos dos Estados Unidos, da Europa continental e do Brasil: a) o modelo de organização política do Estado e de organização da Administração Pública e; b) o modelo de prestação de utilidades públicas em cotejo com o modelo de regulação.

Resultados – Identificou-se que o Estado Regulador brasileiro é fruto mais de razões pragmáticas, com influências equivocadas do modelo teórico de regulação americana, do que de uma construção teórica pensada e discutida em torno do fenômeno regulatório.

Palavras-chave: regulação, serviços públicos, paradigma, Estado Regulador, Brasil.

Abstract

Purpose – This article presents the theoretical basis of the American regulation in comparison with the rise of the Regulatory State in continental Europe, and particularly in Brazil.

Methodology/approach/design – This article tackles the meanings of regulation according to the species of economic activity to analyze two legal and political aspects of the United States, continental Europe and Brazil: (i) The model of the state's political organization and public administration; and (ii) The model of public utilities' provision in comparison with the regulatory model.

Findings – It was identified that the Brazilian Regulatory State is the result of more pragmatic reasons on misleading influences of the theoretical model of American regulation, rather than a theoretical solution designed and discussed around the regulatory phenomenon.

*Especialista em Regulação de Telecomunicações pela Fundação Instituto Nacional de Telecomunicações (Inatel). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito Regulatório, pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador Federal desde 2007, atualmente exercendo a função de Assessor Especial do Procurador Geral da Anatel. E-mail: paulofirmeza@yahoo.com.br.

Keywords: Regulation, public services, paradigm, Regulatory State, Brazil.

1. Introdução

O Estado Regulador é identificado como um novo paradigma de modelo estatal que sucede o Estado Social. Este trabalho busca ressaltar as diferenças entre as razões teóricas do processo de desregulação ocorrido nos Estados Unidos, na década de 1980, e as razões pragmáticas para a instauração do Estado Regulador no Brasil e na Europa continental.

Internacionalmente, naquele período ocorria o fenômeno da desregulação nos cenários americano e europeu, capitaneados pelos governos Reagan, nos Estados Unidos, e Thatcher, na Inglaterra, por vezes apontado como desencadeador do surgimento do Estado Regulador no Brasil. A gênese do processo regulatório americano, ao final do século XIX, difere da origem dos processos regulatórios europeu e brasileiro. O fenômeno de desregulamentação capitaneado pela escola de Chicago, consubstanciando um desdobramento de regulação pretérita, difere da inauguração do paradigma de regulação no Brasil e na Europa continental.

No Brasil, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), levado a cabo na década de 1990, é associado, na verdade, do ponto de vista pragmático, a linhas macroeconômicas que preconizavam austeridade fiscal em função dos excessivos gastos públicos na prestação direta de grande quantidade de serviços públicos.

Nesse sentido, o texto se justifica para proporcionar uma análise mais clara acerca do Estado Regulador brasileiro, sobretudo quando se traçam linhas comparativas com o modelo americano. Um breve panorama geral acerca do nível de regulação envolvido nas diversas espécies de atividades econômicas é apresentado neste artigo e evidencia que o nível de intervenção estatal varia conforme a respectiva relevância social.

Serão apresentadas as diferenças entre a regulação desenvolvida nos Estados Unidos e na Europa continental, e sua relação com os modelos de organização política do Estado e da correspondente Administração Pública. Para tanto, serão descritas algumas etapas da passagem do Estado Absolutista ao Estado Regulador, com ênfase nas distinções decorrentes das diferenças entre os sistemas de *civil law* e *common law*. Serão ainda comparados os modelos de prestação de utilidades públicas à população com os modelos de regulação adotados.

Vale registrar que a presente análise não ignora a pluralidade do bloco europeu, ou seja, é preciso ter em mente que a Europa não é um todo unitário, estando a chamada Europa continental atrelada ao sistema de *civil law*, ligada ao

direito romano-germânico, e o Reino Unido atrelado ao sistema de *common law*, ligado ao direito anglo-saxão.

Na verdade, portanto, a proposta deste trabalho é traçar um comparativo entre o modelo de regulação dos Estados Unidos e da Europa continental, confrontando seus aspectos históricos de organização política com o correspondente efeito na oferta de serviços públicos e no desenvolvimento do modelo regulatório.

Traçado esse panorama, serão confrontados a inauguração do Estado Regulador no Brasil e o fenômeno da desregulação vivenciado nos Estados Unidos, a fim de identificar o momento histórico de ambos os países, de modo a se obter uma visão mais clara do fenômeno regulatório.

Em síntese, é preciso saber se a inauguração do Estado Regulador no Brasil está de alguma forma atrelada à desregulação norte-americana. Procura-se demonstrar que o Estado Regulador no Brasil é fruto mais de razões pragmáticas, com influências equivocadas do modelo teórico de regulação americana.

2. A regulação e as atividades econômicas

A regulação pode ser entendida a partir de uma concepção mais ampla, de influência geral, estatal ou não estatal, sobre as diversas atividades desenvolvidas na sociedade, até uma concepção mais restrita de regras emitidas pelo Estado para dispor sobre atividades específicas. De fato, a regulação pode ter como objetivo, por exemplo, desde a disciplina dos monopólios e o incremento da competição ou a concretização de finalidades sociais ou de interesse público. Em determinadas situações, a simples competição pode já ser suficiente para garantir o pleno e adequado desenvolvimento de uma atividade econômica. Por outro lado, a regulação social pode se fazer necessária em outros casos.

Para GARCÍA (2003, p. 7), por exemplo, haveria três tipos de regulação: a) a regulação civil ou institucional, que teria como finalidade garantir que o desenrolar social assegure a fruição de direitos civis, mais ligados à liberdade individual; b) a regulação de polícia administrativa ou social, que buscaria a compatibilização entre o desenvolvimento das atividades às exigências de interesse público ou geral latentes na sociedade; e b) a regulação específica, vinculada a determinadas espécies de atividades, como a regulação econômica.

SALOMÃO FILHO (2008, p. 21) adota a aceção ampla de regulação, afirmando que “o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa”.

Nessa seara, embora não seja o foco do presente trabalho, é interessante destacar, a fim de contextualizar a regulação da atividade econômica, sem olvidar as inúmeras possibilidades que florescem do pragmatismo cotidiano, que o tipo e o nível de regulação tendem a variar conforme a relevância pública da atividade desenvolvida. Se, por exemplo, toda a sociedade empresarial deve observância à sua função social, é certo que umas estão mais afetas ao interesse público do que outras. Em outras palavras, a livre iniciativa confere liberdade ao particular para atuar – ou ao menos para pretender atuar – em vários ramos de atividade, mas de cada um deles a sociedade e o Estado têm expectativas próprias, quase que individualizadas, o que, do ponto de vista da sociologia dos mercados, acaba determinando o tipo de regime jurídico a que serão submetidos.

Destacam-se, então, segundo ARAGÃO (2013), quatro grandes categorias de atividades econômicas no Brasil: a) serviços públicos, titularizados pelo Estado; b) serviços públicos sociais, titularizados pelo Estado, mas com possibilidade de atuação pela iniciativa privada; c) serviços privados de interesse público e; d) serviços privados estritamente econômicos.

Sem pretender adentrar na infundável discussão acerca da caracterização dos serviços públicos, que se inicia na visão sociológica de Leon Duguit, de contornos bastante ampliativos, a doutrina brasileira majoritária os define como aqueles titularizados pelo Estado, prestados diretamente ou por meio de delegação, como no caso dos serviços de energia elétrica, telecomunicações, água, esgoto e transporte público. Nesses casos, a incidência da regulação em prol da coletividade, inclusive com obrigações de universalização, é muito forte.

Os serviços públicos sociais são aqueles cuja prestação é de responsabilidade do Estado, mas que também se encontram livres à iniciativa privada, como ocorre com a saúde e a educação. Assim, quando prestados diretamente pelo próprio Estado, consubstanciam verdadeiros serviços públicos. Quando prestados por particulares, seriam simplesmente serviços de relevância pública, mas ainda assim sujeitos à regulação e ao dirigismo estatais.

Os serviços privados de interesse público são aqueles que, dada sua relevância social, exigem autorização prévia do Estado para funcionar. São protegidos pelo princípio da livre iniciativa, já que não titularizados pelo Estado, mas podem ser instrumentalizados pela regulação para a consecução de determinados objetivos públicos. Têm-se, aqui, por exemplo, os serviços de táxi, os planos de saúde e as farmácias.

Já os serviços privados estritamente econômicos são aqueles sujeitos meramente ao poder geral de polícia da Administração Pública, sem necessidade de qualquer autorização prévia para ser explorado. Submetem-se apenas às questões de segurança, saúde e ordem públicas, como ocorre, por exemplo, com o mercado de vestuário.

A questão da compatibilização da regulação passa necessariamente pela identificação da categoria a que pertence a atividade econômica explorada pela sociedade empresária. Há graus de publicização da atividade econômica a ensejar, conforme a categoria, maior ou menor prevalência, no caso concreto, por exemplo, do princípio da função social da empresa a demandar maior ou menor intervenção estatal.

Para além da regulação variar conforme seu objeto, ela também se transforma conforme o histórico político de cada país e a forma como os diversos serviços são ofertados à população. Daí a importância de se investigarem aspectos da evolução dos Estados Unidos e da Europa continental que influenciaram a regulação brasileira: a) o modelo de organização política do Estado e de organização da Administração Pública; b) o modelo de prestação de utilidades públicas em cotejo com o modelo de regulação.

3. A regulação na Europa continental e nos Estados Unidos

A Europa continental está atrelada ao direito romano-germânico e vinculada ao sistema da *civil law*. Ali a regulação, dita endógena, é fruto de um modelo político que evoluiu a partir do Estado Absolutista e da Administração Pública marcadamente patrimonial, caracterizado, ainda, pela titularização estatal das utilidades públicas.

Já os Estados Unidos estão atrelados ao direito anglo-saxão e vinculados ao sistema do *common law*. Ali a regulação, dita exógena, é fruto de um modelo político que já nasceu como um Estado independente, e transformou-se em num Estado de Direito calcado em uma Administração Pública menos patrimonial e caracterizado pela titularização privada das utilidades públicas.

3.1. O Estado Absolutista europeu, o Estado de Direito norte-americano e sua influência nos modelos regulatórios

Na Europa Continental, o Estado Absolutista caracterizava-se pela concentração de todos os poderes nas mãos do monarca, dando origem ao patrimonialismo na Administração Pública.

A fim de contextualizar o absolutismo, é interessante trazer algumas ideias de Maquiavel que lhe deram suporte. Na visão do filósofo, um ferrenho defensor da figura do monarca – ou, como denominou, príncipe –, o desejo desordenado do homem implicaria o caos social, cabendo ao Estado, e apenas a ele, o controle dessa inquietação interior. A necessidade de controle partiria da impossibilidade do ser humano de realizar todos os seus desejos, sejam materiais ou imateriais. De fato, a humanidade não seria apta a satisfazer todos os desejos de todas as pessoas, de modo que o controle racional das vontades seria um

elemento essencial da vida em comunidade. Nessa linha, ainda segundo o filósofo, só o Estado, por meio do seu príncipe, teria a capacidade e a força para manter esse controle num nível razoável de equilíbrio social. Daí a necessidade das habilidades do soberano e do bom funcionamento das instituições estatais. É o Estado, pois, que deve garantir a vida em comunidade.

Como se verá, não há, em Maquiavel, grandes preocupações com a justiça social ou com princípios éticos, mas sim com a manutenção do próprio Estado a fim de evitar o caos social e, conseqüentemente, a dilaceração da sociedade pelos seus próprios desejos. A supremacia do Estado, personificado no seu príncipe, é premissa e objetivo de seu pensamento, como se verifica no trecho de sua obra sobre a separação entre a ética e a política:

“A lacuna entre como as pessoas vivem e como deveriam viver é tão grande, que aquele que vive se esquecendo do que está sendo feito, considerando-se aquilo que deve ser feito o quanto antes, trabalha em favor de sua ruína ao invés de sua sobrevivência; aquele que tenta, entre o povo, e sob todas as circunstâncias, comportar-se de acordo com o que é considerado bom, inevitavelmente encontra sua ruína entre tantos outros que não são bons. Por isso, o príncipe que quiser manter-se no poder, tem necessariamente que aprender a não ser bom, optando por isto ou aquilo de acordo com a necessidade.” (MAQUIAVEL, 2001)

Como se vê, o Estado Absolutista vive em torno de si próprio, e é nesse cenário político e histórico, como se verá, que surge a regulação europeia.

Em contraste com a Europa continental, os Estados Unidos já surgem como um Estado de Direito independente, concebido fora do modelo patrimonialista do Estado Absolutista, materializado com a aprovação de sua Constituição no ano de 1787, que, imbuída de um desejo de liberdade, já estrutura o Estado em uma federação com a clássica separação tripartite de poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e busca garantir direitos civis relativos à democracia.

Essa diferença histórica inicial do ponto de vista político e do paradigma do Estado é fundamental para a compreensão de todo o modelo regulatório que se viria a desenhar em ambos os lados do Atlântico. Sob o enfoque do modelo americano, enquanto a Europa continental tem como modelo um Estado Absolutista que se apodera de todos os assuntos da sociedade e se opõe ao cidadão, oprimindo as liberdades individuais, os Estados Unidos nascem como um Estado de Direito, garantindo as liberdades individuais de seus cidadãos.

Nesse ponto, percebe-se que a intervenção do Estado nas diversas atividades econômicas encontra ambientes bastante diferentes nos cenários norte-americano e europeu. Na Europa continental, a intervenção absolutista do Estado vai, ao longo do tempo, sendo freada pelos ímpetus libertários da sociedade. Há, pois, uma construção das liberdades individuais e sociais e uma desconstrução do intervencionismo estatal. Já nos Estados Unidos, ao contrário,

a ampla liberdade individual vai, ao longo do tempo, sendo controlada por algum tipo de intervenção estatal. Há, pois, uma construção do intervencionismo estatal e uma limitação das liberdades individuais no sentido de ajustá-las ao interesse geral.

Sendo a regulação uma forma de intervencionismo estatal onde o Estado molda as atividades econômicas, intervindo no seu desenvolvimento, observa-se que a regulação americana foi construída frente às amplas liberdades individuais, ao passo que a regulação europeia moderna relaciona-se com a construção das liberdades individuais que se opôs ao Estado Absolutista, passando por duas etapas: a desconstrução da intervenção estatal absoluta; e sua transformação numa intervenção modulada e equilibrada.

GARCÍA (2003) afirma que, para os norte-americanos, a intervenção pública serve, em especial, à proteção da competição, na crença de que um sistema competitivo consubstancia a melhor medida para proporcionar um alto padrão de vida à população. Já para os europeus, a intervenção pública se caracteriza pela desconfiança em relação ao mercado. Uma das razões para essa diferença, aponta o autor espanhol, diz respeito justamente à maneira como se estruturava o Estado e a Administração:

“En segundo lugar, como apunta Garrido Falla, por ‘la distinta forma como la Administración y sus poderes surgen en América y en Europa. Aquí, el Estado de Derecho es una creación históricamente tardía que viene a superponerse a las antiguas Monarquías absolutas centralizadas. La Administración, frente a las garantías jurídicas que se introducen para protección de la libertad de los súbditos, sigue, empero, actuando como heredera del antiguo Monarca absoluto, con poderes residuarios. En cambio, los Estados Unidos nacen como Estado independiente siendo ya Estado de Derecho: la libertad individual no es allí una conquista frente a un poderoso Estado anterior, sino un presupuesto del Estado que nace. El desarrollo ulterior hace que la situación se parezca cada vez más a la de Europa; pero lo que merece subrayarse es que esto se consigue a través de un proceso en el que el Estado es quien va conquistando poco a poco (contrapuesto a las luchas del ciudadano europeo por sus libertades sus prerrogativas de Poder Público)’ (GARCÍA, 2003, p. 15).

Embora ambas as situações possam até tender a convergir, o fato é que o movimento regulatório advém de pontos opostos. Na Europa continental, ela se originou da redução e da transformação da intervenção estatal, ao passo que, nos Estados Unidos, se originou da ampliação da intervenção estatal.

É de se destacar, nesse ponto, que a ampla liberdade americana provocou o abuso dessa liberdade, levando, por exemplo, em torno de 1870, logo após a guerra civil, a um movimento dos agricultores em busca de intervenção do Estado contra a recusa por parte de grandes empresários de transportar suas mercadorias, tendo culminado com o famoso caso *Munn vs. Illinois*, que abriu as portas para a regulação sob o argumento de que é possível intervir na propriedade privada quando necessário para o bem comum. Esse caso “foi o

principal marco da afirmação da teoria norte-americana das *public utilities*” (ARAGÃO, 2013, p. 100).

Logo após a grande depressão provocada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, mais um caso marcou o desenvolvimento da regulação americana (*Nebbia vs. New York*), em que se decidiu que nem os direitos de propriedade nem os direitos contratuais seriam absolutos, sendo possível a intervenção estatal em atividades essenciais para garantir o interesse público, sobretudo para combater abusos de preço ou a baixa qualidade do serviço ofertado.

A partir de meados do século XX, tem início o fenômeno da desregulação, culminando com os pensamentos da escola de Chicago, embora a partir de 1970, tenha ganhado corpo a regulação social, preocupada, por exemplo, com questões ambientais e consumeristas.

3.2. Modelos de Administração Pública e Patrimonialismo

A Administração Pública transformou-se juntamente com a evolução ou transformação do Estado. Nada mais natural, uma vez que a Administração Pública integra o próprio Estado, entranhando-se em todo o funcionamento do aparato estatal. De fato, embora a expressão Administração Pública muitas vezes seja usada como sinônimo de Poder Executivo, o fato é que a função de administração pública está presente em todos os Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – e, simetricamente, em todas as unidades da federação. Para funcionarem, todos os órgãos públicos têm que planejar, contratar, gerir, gastar, enfim, promover a administração pública pertinente às suas respectivas competências.

Esta evolução permite apontar três perfis, ou paradigmas de Administração Pública: patrimonialista; burocrática; e gerencial.

A Administração Pública patrimonialista é caracterizada pela noção de que a administração do Estado é puramente pessoal do senhor, como afirma Max Weber. Não há uma clara divisão entre o Estado e o governante. O Estado é organizado em função da pessoa do governante e acaba sendo considerado, ainda que implicitamente, uma extensão daquilo que lhe pertence. Esse tipo de Administração Pública é calcado, pois, na noção de personalismo ou pessoalidade. Trata-se da distinção, proposta por Louis Dumont, entre pessoas e indivíduos. Estes são os cidadãos em si mesmos, desprovidos de suas relações pessoais; as pessoas, por sua vez, deixam de ser vistas como meros cidadãos e passam a ser enxergadas em função de seus relacionamentos pessoais. O indivíduo desconhecido, então, dá lugar à pessoa conhecida, fazendo surgir o princípio da pessoalidade no funcionamento da Administração Pública.

Por outro lado, a Administração Pública burocrática institucionaliza sua forma de organização, conferindo poderes e competências de acordo com os órgãos institucionais que passaram a existir. A noção de burocracia retira a pessoalidade da Administração Pública, consagrando o profissionalismo, a hierarquia funcional e, obviamente, o princípio da impessoalidade. Reconhece-se a figura da instituição, dotada de autonomia existencial, dissociada das pessoas que ali trabalham e a representam. Não mais há, idealmente, pelo menos conceitualmente, a apropriação da Administração Pública e de seus cargos pelas pessoas. Em suma, passa-se a enxergar o Estado por meio de suas instituições, cabendo a ele garantir o bem-estar da população: se precisam de transporte e telefonia, cabe ao Estado prover tais serviços diretamente aos administrados.

O excesso de burocratização do funcionamento estatal levou ao surgimento da Administração Pública gerencial. Esse momento reflete a presença do Estado Regulador, por meio do qual os particulares passam a prover a sociedade de serviços, por meio de delegação estatal. A Administração Pública *apenas* regula a prestação do serviço, sua qualidade, direcionando e fomentando o desenvolvimento do setor, bem como deixando que a relação consumerista se estabeleça entre o administrado e o particular prestador de serviços públicos. A Administração Pública incorpora os parâmetros de governança corporativa já utilizados no setor privado e acrescenta a seus princípios o princípio da eficiência. Pode-se dizer que é mantido o espírito da Administração Pública burocrática, com reconhecimento das instituições, da impessoalidade e das formalidades, mas com o foco na eficiência prática em busca de resultados objetivos.

Embora os Estados Unidos tenham experimentado algum patrimonialismo na Administração Pública, este foi, sem dúvida, de nível inferior ao experimentado no Estado Absolutista europeu, em que havia confusão quase que total entre o rei e as organizações estatais. No absolutismo há um patrimonialismo quase que expresso e formalizado; no modelo americano o patrimonialismo surge implícito em características da organização do Estado. Não é, contudo, conceitual e estrutural como no absolutismo.

A constatação é importante porque o nível de patrimonialismo influencia o modo como o Estado se organiza para si e para a sociedade, interferindo, portanto, na forma como são ofertados os chamados serviços públicos. A maior presença do patrimonialismo tende a acarretar, como se verá, a estruturação do Estado e de suas atividades em torno de propriedades públicas, e não de propriedades privadas.

3.3. Utilidades Públicas: Titularização Estatal na Europa e Titularização Privada nos Estados Unidos e seus respectivos Modelos de Regulação

Como já salientado, a organização das prestações públicas também difere num e noutro modelo. Enquanto na Europa continental há uma apropriação dos serviços públicos pelo Estado, que são de titularidade estatal, nos Estados Unidos, a titularidade é do setor privado, organizado em torno das chamadas *public utilities*.

Nesse sentido, a organização do modelo europeu se dá em torno do próprio serviço público, gerido e prestado pelo Estado por meio de uma gestão pública pautada por critérios políticos e sociais, sem grande foco na busca pelo lucro. O que se denomina de interesse geral está vinculado ao interesse público, que, por sua vez, é definido pelo Estado. Estes serviços são excluídos, ainda que parcialmente, da lógica mercadológica. Podem ser identificadas duas etapas de apropriação de atividades econômicas pelo Estado: a) a *publicatio*, de ordem jurídico-formal, em que o Estado retira dos particulares a titularidade de determinadas atividades econômicas; e b) a propriedade pública de empresas e infraestrutura, por meio das quais o próprio Estado presta os serviços públicos à sociedade. Como se verá, no Estado Social da Europa continental, as duas etapas foram concretizadas, enquanto que no Estado Regulador apenas a *publicatio* persiste.

Tecidas essas considerações, é interessante trazer à tona um breve contexto histórico do surgimento do fenômeno da *publicatio*, em cotejo, também, com a evolução paradigmática dos modelos de Estado.

No Feudalismo, em que a sociedade estava organizada em feudos, a infraestrutura de interesse coletivo era disponibilizada pelos senhores feudais a seus vassalos. Os senhores feudais se apresentavam como os garantidores da fruição das utilidades públicas. Eles eram os responsáveis pela manutenção do feudo assim como o Estado é responsável pelas cidades.

A diferença é que os senhores feudais visavam ao lucro, constituindo-se em empresários, detendo o monopólio de todas ou quase todas as utilidades à disposição dos vassalos, o que fatalmente se desdobrava em exploração econômica. Para desenvolver suas atividades de agricultura, os vassalos tinham que alugar as chamadas banalidades feudais dos senhores feudais, que era infraestruturas públicas à sua disposição, como moinhos, fornos, fundições. Enfim, tratava-se de um aluguel de equipamentos quase que compulsório que remunerava o senhor feudal conforme seu único interesse, o que, nos dias atuais, seria chamado de abuso de poder econômico.

Aqui, como se vê, um aspecto importante é que a utilidade pública não era de interesse coletivo, mas de interesse eminentemente privado do senhor feudal e que, apenas indiretamente, também atendia, ainda que com abuso, as necessidades dos vassalos, já que, sem os equipamentos à disposição, a agricultura seria inviável. Alexandre Santos de Aragão afirma que, nessa época, os vassalos possuíam dois direitos que posteriormente vieram a se transformar

em dois princípios dos serviços públicos: “o de continuidade do funcionamento das banalidades, pelo que, do contrário, estariam liberados para usar instalações de outros feudos, e o da igualdade no acesso aos equipamentos e na taxaço, por mais espoliante que essa fosse” (ARAGÃO, 2013, p. 28).

No absolutismo, o Estado atua em várias frentes, tanto nas de interesse coletivo quanto nas de interesse estritamente econômico, ou seja, na atividade produtiva, mas sempre com uma característica comum ao feudalismo: os serviços são desenvolvidos sempre visando o interesse próprio, ou seja, em prol da própria monarquia. A construção das infraestruturas, como as estradas, se davam para que o rei e os serviços reais pudessem desenvolver suas atividades. Em resumo, as obras e as utilidades não visavam, ao menos primordialmente, o bem comum. Não interessava se uma determinada comunidade estava em local inacessível, sem estradas à sua disposição: apenas se os serviços reais fossem prejudicados por tal inacessibilidade é que o Estado se dispunha a iniciar obras para superá-la.

Indiretamente, contudo, tais obras de interesse real também acabavam servindo aos interesses da coletividade. Tal fato, porém, não afasta a forte conotação de Administração Pública patrimonialista dessa época. O Estado deveria servir a si próprio, e não à coletividade. Os serviços públicos deveriam servir ao rei, que era o dono do Estado. Essa era a finalidade dos serviços públicos, expressão que mais correspondia a verdadeiros serviços reais, ao invés de públicos. O sentimento patrimonial do governante contaminava toda a concepção do Estado e seus desdobramentos.

Assim é que, com a derrocada do absolutismo e o fortalecimento da burguesia, surgiu o Estado Liberal, que era composto por uma sociedade de indivíduos com relativa indiferença em relação ao conteúdo das relações sociais. Aqui o Estado se preocupava em garantir o desenvolvimento da burguesia, colocando os serviços públicos em prol desse objetivo. O Estado Liberal tinha uma postura eminentemente negativa, de apenas garantir a segurança dos cidadãos frente a outros cidadãos e ao próprio Estado, e garantir, sem interferências, o desenvolvimento das atividades econômicas conduzidas pela elite. O Estado era absentéista, garantindo os direitos civis e políticos dos cidadãos, relacionados às liberdades individuais.

A igualdade era compreendida em sua acepção meramente formal, sem preocupações de massificação ou democratização do acesso às facilidades ou, ainda, de modificar a realidade social a fim de possibilitar as alterações de status no bojo da comunidade.

Nesse contexto é que surgiu a primeira crise que fez nascer o Estado Social ou produtor, qual seja, a percepção de que a garantia tão somente das liberdades e igualdades formais não se refletiam em igualdade na prática, o que se convencionou chamar de igualdade material. De fato, não se verificava a

redução das desigualdades sociais. Viam-se, ao contrário, poucos indivíduos usufruindo de vários serviços ou utilidades que não estavam à disposição de uma grande massa da sociedade. O clima era de desigualdade social na prática, com poucos serviços efetivamente disponíveis à população, o que provocou a reflexão sobre o papel do Estado. A crise econômica, materializada pela queda da bolsa de valores de 1929, também reforçou a necessidade dele prover os serviços necessários à sociedade.

O Estado, diante da crescente demanda da população por serviços ou utilidades e da sua incapacidade de se reerguer sozinha no período de crise socioeconômica de grandes proporções, passou a prover, ele próprio, tais serviços ou utilidades, atuando de forma positiva, diretamente na economia. A urbanização, o aumento da cultura de higiene, a diminuição da assistência da família, enfim, tudo isso contribuiu para o aumento de demanda perante o Estado, que passou a ser o principal responsável pelo atendimento dos anseios sociais.

A demanda de serviços pela população e a incapacidade de seu provimento pelos particulares com a crise de 1929 levou à necessidade de retirar atividades privadas das mãos dos particulares e passá-las à titularidade do Estado, dando ensejo ao fenômeno da *publicatio*, que, além de permitir a prestação de atividades diretamente pelo Estado, parecia melhor justificar a regulação e a organização dos serviços, sobretudo no caso dos que foram objeto de delegação por meio de concessão. Portanto, além da titularização estatal de atividades econômicas, o modelo prestacional passou a girar em torno da propriedade pública, ou seja, de empresas e infraestruturas estatais. Majone (2006) explica, nesse sentido, que a propriedade pública realmente está no centro do modelo europeu de regulação:

“Para entender a relação entre privatização e regulação (mais precisamente regulação administrada por agências ou conselhos independentes), deve-se ter em mente que a propriedade pública tem sido, historicamente, o modo principal de regulação econômica na Europa. Embora a existência de empresas estatais remonte ao século XVII, seu uso se tornou disseminado somente no século XIX, com o desenvolvimento dos serviços públicos: gás, eletricidade, água, ferrovias, telégrafo e, mais tarde, telefone. Esses setores, ou parte deles, são monopólios naturais que geram utilidades públicas e eram em geral considerados estrategicamente importantes. Daí se supor que a propriedade estatal daria ao Estado o poder para impor uma estrutura planejada à economia e, ao mesmo tempo, proteger o interesse público contra interesses privados poderosos.” (MAJONE, 2006, p. 58)

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, em suma, pode ser resumida pela passagem da igualdade formal para a igualdade material. É uma das principais razões dessa passagem diz respeito à ampliação da democracia política na sociedade. O advento do sufrágio universal, permitindo que todos os cidadãos votassem – ainda que, por exemplo, esse direito tenha demorado para

ser estendido às mulheres –, é apontado como o gatilho para a noção de igualdade em sua acepção material. Trata-se da a necessidade de o Estado agir em prol de todos os representados.

De fato, a partir do momento em que se permitiu que os menos favorecidos participassem do processo democrático, votando em seus representantes, eles foram formalmente inseridos na política estatal, passando não só a ter o direito de influenciar na tomada da decisão política acerca dos serviços públicos, mas a ter cada vez mais desenvoltura nesse processo de influência. Esse ciclo virtuoso, portanto, jogou luz sobre as desigualdades sociais, fazendo com que o Estado direcionasse suas ações para esse problema dos, agora, seus representados. O governo passa a ser idealmente conduzido para o povo. Os serviços públicos se tornam efetivamente públicos, direcionados às necessidades coletivas em primeiro lugar, e não a uma classe determinada, como ocorria com a realeza ou com a burguesia.

Dessa forma, enquanto na Europa continental, como já ressaltado, o interesse geral é definido pelo Estado sob o rótulo de interesse público, nos Estados Unidos a concepção é de que o interesse geral se confunde com a preservação dos interesses dos particulares, garantido pela existência de competição. Para Juan José Monteiro Pascual, a principal diferença de tradição histórica repousa no modo distinto de compreender o interesse geral. Se de um lado há a “noção de ‘interesse comum’, resultado da combinação dos interesses particulares dos cidadãos, por outro há a “noção de ‘interesse público’, diferente e superior da mera combinação dos interesses privados, definido especialmente como o bem da nação sobre os interesses particulares” (ARAGÃO, 2013, p. 97).

Considerando que um dos objetivos do Estado Regulador é aproximar Estado e iniciativa privada, enquanto que, no Estado Liberal e no Estado Social, era quase que afastá-los, este com prevalência do Estado e aquele com prevalência do mercado, percebem-se claramente mais uma vez, nesse contexto, as diferenças entre os sistemas jurídicos de tradição *common law*, desenvolvido no Reino Unido e Estados Unidos (anglo-saxão), e *civil law*, desenvolvido no restante da Europa e abraçado pela América Latina. Na tradição de *civil law*, as utilidades são organizadas por meio de serviços públicos de titularidade estatal prestados direta ou indiretamente, ao passo que na tradição de *common law*, a organização é feita em torno das chamadas *public utilities*, sem titularidade estatal. Assim, enquanto nesta última a regulação estatal é externa, naquela a regulação pode ser vista como interna, uma vez que o próprio Estado Regulador é o titular do serviço.

As *public utilities* consubstanciam aquelas atividades consideradas essenciais à população e cujos prestadores se encontram em situação de grande preponderância em relação ao consumidor, merecendo, pois, sujeitar-se à regulação. GARCÍA (2003, p. 25-37) aponta a existência de resultados

socialmente indesejáveis como principal razão para a regulação das *public utilities*. O autor detalha as possíveis falhas de mercado aptas a justificar a regulação, bem como as possíveis medidas a serem adotadas para corrigi-las ou minimizá-las. Entre as falhas, aponta, por exemplo, a utilização inapropriada de bens comuns, as externalidades negativas não consideradas pelo agente econômico, a assimetria de informações, a peculiaridade de mercados em que um terceiro participa, ainda que indiretamente, da relação consumerista, como na receita de medicamentos por um médico ou na cobertura de serviços médicos por um seguro. Entre as medidas regulatórias possíveis de ser adotadas, o autor aponta a restrição à entrada de novos agentes no mercado, a intervenção nos preços praticados, o controle dos investimentos e a obrigatoriedade de observância de parâmetros de qualidade.

Segundo Ana Frazão, uma importante consequência do surgimento do Estado Social foi justamente a “superação da dicotomia entre o direito público e o privado, que passaram a ser entendidos no contexto de uma relação de recíproca complementaridade e dependência, tornando-se o último igualmente um instrumento de justiça social” (FRAZÃO, 2011, p. 98).

Vive-se hoje o enorme desafio de compatibilizar os interesses públicos e privados em prol da coletividade, mas sem inviabilizar o interesse econômico necessário ao desenvolvimento de várias atividades socialmente relevantes. O privado não é inimigo do público nem este é inimigo daquele. Ilustrando um lado dessa vertente, cita-se trecho em que o Barão de Mauá reclamava: “Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário”. Obviamente, a iniciativa privada não deve perder, mas sua atuação deve ser condicionada e direcionada em favor do interesse coletivo, por meio de uma regulação técnica e independente, em grau de intensidade variável conforme a relevância social da atividade prestada (CALDEIRA, 1995, p. 31).

O ponto fundamental é que o modelo regulatório, na tradição *civil law*, com as delegações estatais, tenta dar um caráter privado àquilo que é público. Já na tradição *common law*, o modelo regulatório tenta dar um caráter público àquilo que é privado. De qualquer forma, o que se percebe é uma aproximação entre *common law* e *civil law*, entre o público e o privado. MEDAUAR (2003, p. 115-116), destacando os movimentos de publicização do privado e de privatização do público, afirma que “a distinção entre as esferas pública e a privada perde sensivelmente em nitidez, o que traz consequências de relevo em muitos institutos jurídicos delineados no século XIX, quando a ideia de separação predominava”. GARCIA (2009, p.52), no mesmo sentido, afirma que a crise de aproximação dicotômica entre o público e o privado conduz a fronteiras vaporosas e contornos incertos.

Por isso se diz que a regulação americana é externa ou exógena, uma vez que o órgão estatal regula atividades de titularidade privada, embora com relevância social, ao passo que a regulação europeia é interna ou endógena, já que o órgão estatal regula atividades de titularidade estatal, ao menos em sua origem, sem olvidar, por óbvio, que essa distinção é de preponderância, já que, por exemplo, no sistema *civil law* também há regulação de atividades essencialmente privadas.

4. O surgimento do Estado Regulador no Brasil em cotejo com o modelo regulatório norte-americano.

O Brasil, de tradição romano-germânica, com influência francesa e vinculado ao sistema de *civil law*, passou, com suas especificidades, pelas etapas paradigmáticas já descritas para a Europa continental, desde o Estado Liberal até o modelo regulatório atual. À semelhança do que ocorreu no Estado Absolutista europeu, a regulação no Brasil também se apoiou no patrimonialismo estadista.

“Do Brasil Colônia ao Primeiro Império, vigorou um modelo regulador de serviços públicos comprometido com a concepção patrimonialista de Estado. Daí se identificar com a fase da regulação patrimonialista, ‘sinônimo de apropriação do Estado por seus governantes’, cuja legitimidade esteve apoiada na probabilidade de reconhecimento de uma estrutura de autoridade representada, no Brasil, pelo caráter tradicional de legitimidade advinda da pessoa do governante assentada na devoção aos costumes. Isso tudo transparecia, nessa fase, um momento em que se entendia o próprio Estado como propriedade privada do soberano e, portanto, remetia a extensão da regulação à vontade subjetiva do detentor do poder político.” (ARANHA, 2013, p. 93)

O ordenamento jurídico, assim como a organização do Estado, é dinâmico, de modo que, a cada conjunto fático que varia no tempo e no espaço, tem-se uma determinada concepção ou pensamento.

Na época do Estado absenteísta, entendia-se que o papel do Estado era o de garantir os direitos civis e políticos dos cidadãos relacionados às liberdades individuais. Buscava-se o que hoje se entende por liberdade e igualdade formais. Assim, a postura estatal era eminentemente negativa, no sentido de garantir que os indivíduos convivessem em sociedade sem interferências estatais. Tinha o Estado, pois, obrigação de não interferir e de impedir que os particulares interferissem uns nos outros a ponto de prejudicar o exercício dos direitos civis e políticos.

Nesse contexto é que surgiu a já citada crise financeira do início do século XX, que contribuiu para o desenvolvimento do Estado Social ou produtor, atrelada à busca pela igualdade material e pela superação dos estragos provocados pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929.

Atuando ele próprio na prestação dos serviços públicos, houve um inchaço da máquina pública. O avanço da tecnologia e da medicina já estava provocando um aumento tanto na variedade de necessidades quanto na quantidade de pessoas. De fato, a complexidade da modernidade implicou uma maior quantidade de serviços a ser oferecido a cada vez mais pessoas, num contexto de acelerado crescimento populacional. A demanda por serviços cresceu a ponto de o Estado não mais conseguir provê-los.

Tal situação se agravou em decorrência da crise fiscal das décadas de 1970 e 1980, ocasião em que os recursos públicos para o provimento dos serviços tornaram-se muito escassos. Aponta-se a crise do petróleo de 1973/1974 e de 1978/1979 e o fim do sistema de paridade internacional lastreada no ouro como principais eventos que culminaram na crise fiscal. A poupança pública do Brasil se tornou negativa, fulminando o resto do fôlego estatal para o provimento de serviços, sobretudo em um contexto de inflação galopante.

ARAGÃO (2013, p. 68) aponta que, no Brasil, o esgotamento do modelo de intervenção direta na economia e de prestação de serviços públicos pelo próprio Estado foi agravado pela utilização das empresas estatais para fins de política macroeconômica, especialmente para contenção da inflação, por meio da compressão dos preços e tarifas cobradas por elas, e para viabilizar operações de financiamento quando, na verdade, a capacidade de endividamento da União já estava se esgotando. Isto levou ao desenvolvimento do Estado Regulador, que se valeria de recursos privados para prover serviços públicos, que deveriam ser prestados de acordo com os parâmetros ditados pelo Estado, por meio de órgãos reguladores.

Sob a ótica da Administração Pública, o Brasil também enfrentou a passagem do seu perfil patrimonialista para o burocrático e, por fim, para o gerencial. O modelo político monárquico brasileiro é a origem do patrimonialismo, ao passo que o fortalecimento das instituições públicas a partir da República fomentou o caráter burocrático na gestão pública.

A Constituição Federal de 1988 reflete diversas características da Administração Pública burocrática. Os servidores públicos efetivos, por exemplo, são contratados não mais em razão de sua pessoa, mas em função de sua qualificação, aferida em processo seletivo de concurso público, de amplo acesso a todos os cidadãos, mas com um controle de forma, sem tanta preocupação com a finalidade ou desempenho último que se pretende. Os princípios básicos da atividade administrativa são estipulados na redação originária do art. 37 da Constituição Federal, que trouxe os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Disso resulta uma Administração Pública transparente, que contrata servidores efetivos por meio de concurso público e obras e serviços por meio de

licitações, dando oportunidade igual, ao menos formalmente, a todos aqueles que pretendem manter vínculo com o Estado. É, de fato, um modelo de Estado burocrático, institucionalmente organizado e hierarquizado. As pessoas jurídicas de direito público passam a se organizar em órgãos desconcentrados e hierarquicamente estruturados independentemente das pessoas que nele estão.

Da Administração Pública burocrática evolui-se, então, para a chamada Administração Pública gerencial, em função do inchaço da burocratização do funcionamento estatal. Mantém-se o reconhecimento das instituições, da impessoalidade e das formalidades, mas com o foco na eficiência prática em busca de resultados objetivos. Os servidores públicos, portanto, continuam sendo contratados por meio de concurso público e as obras e serviços por meio de licitação, mas o controle da atuação desses servidores é – ou ao menos deveria ser – baseado na preocupação com o desempenho e a finalidade dos trabalhos, de acordo com as atribuições inerentes aos cargos.

Vê-se, pois, que o valor *eficiência* é o que fundamenta a Administração Pública gerencial, princípio inserido no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Pode-se dizer que da eficiência também decorre a garantia de que, no âmbito judicial e administrativo, haja razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, inserida no art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Na Administração Pública gerencial, a estrutura da Administração Pública é organizada a fim de proporcionar uma economia de recursos públicos, racionalizando os gastos com infraestrutura e até mesmo a produtividade dos seus servidores. Para tanto, nessa busca por economia e de certa forma primando pela eficiência dos serviços públicos, passou-se a delegar aos particulares a exploração de atividades de interesse coletivo, mas com a manutenção da titularidade estatal (*publicatio*), característica do Estado regulador no sistema de *civil law*.

Conferiu-se ao particular, então, liberdade para atuar nos diversos setores da economia, por meio de autorizações estatais, passando para o setor privado o papel de, diretamente, prover os serviços de interesse público à sociedade, ainda que sob orientações e determinações estatais, de modo a realmente atender aos interesses sociais da população, garantindo sua fruição por toda a sociedade (massificação), com acessibilidade (modicidade) e adequação às exigências da época (qualidade e atualidade).

Nesse sentido, ARANHA (2013), ao tempo que aponta a substituição de uma Administração Pública burocrática por uma Administração Pública gerencial, afirma o papel do Estado Regulador entes os dois modelos de Estado:

“Como diferencial dos dois modelos ideais do Estado liberal e do Estado social, encontra-se o chamado Estado regulador, que se define pela

proeminência não da interferência direta para promoção do desenvolvimento econômico social, nem mesmo da não-intervenção para dinamização do mercado, mas pelo papel de coordenação, de regulação estatal, de controle, de intervenção indireta, ou sinteticamente, de regulação estatal, entendendo-se esta última como resultado da compreensão do Estado e do mercado não mais como entes estanques ou antípodas, mas como fenômenos interdependentes e essenciais à consolidação dos direitos fundamentais.” (ARANHA, 2013, p. 59)

Além disso, a Administração Pública gerencial também procura aproximar o Estado dos particulares, ou seja, os órgãos reguladores e formuladores de políticas públicas dos agentes econômicos e dos próprios cidadãos. Tal aproximação visa a garantir a legitimidade das regras e políticas públicas do setor, assim como identificar as reais necessidades da população, a fim de supri-las da forma mais adequada possível.

É nesse contexto de integração público-privada que o Estado regulador promoveu a privatização de empresas públicas, transferindo ao particular a tarefa de efetivamente prover os serviços socialmente relevantes. Por outro lado, deu-se o fenômeno da publicização dos espaços públicos não estatais, por meio do qual os particulares se organizaram para prestar serviços relevantes, constituindo-se no chamado Terceiro Setor. Assim, tanto os agentes regulados quanto os particulares do Terceiro Setor prestam serviços socialmente relevantes, com a diferença que aqueles o fazem mediante delegação estatal, ao passo que estes, apesar de muitas vezes também interagirem com o Estado, o fazem por organização própria, ainda que fomentada e às vezes até mesmo financiada por órgãos estatais.

Entende-se, como explica MAJONE (2006, p. 58), que a experiência mostrou que o controle público não se confunde com a propriedade estatal, no sentido de que, mesmo quando prestadas por particulares, é possível ao Estado manter o controle público sobre determinadas atividades econômicas. O autor aponta que “o problema de impor controle público efetivo sobre as grandes empresas nacionalizadas mostrou-se tão impraticável que o objetivo principal pelo qual haviam sido ostensivamente criadas – regular a economia em função do público – foi quase esquecido”.

Os valores da administração gerencial, portanto, se confundem com os valores do Estado Regulador. GOMES (2007) defende que a flexibilidade/autonomia e accountability/transparência seriam faces da mesma moeda e sustentam o modelo regulatório no longo prazo, deixando claro, pois, que o advento do Estado Regulador representou profunda mudança na forma de atuação e organização do Estado:

“O processo de privatização e a reforma regulatória implicaram novos arranjos institucionais no modelo de prestação de serviços públicos no setor de infraestrutura brasileiro. A participação de agentes privados nos setores de telecomunicações, petróleo, gás natural e energia elétrica surgiu como reposta

a pressões de um movimento institucional pela redução do Estado como provedor de bens e serviços. O estabelecimento desse novo ambiente na administração pública teve como consequência uma profunda mudança na forma de atuação do Estado. Ao mesmo tempo em que transferiam empresas estatais para a gestão de investidores privados, esse novo ambiente exigia o fortalecimento das instituições incumbidas de formular políticas públicas e de regular esses setores.” (GOMES, 2007, p. 181)

A despeito das similitudes entre o modelo regulatório europeu e brasileiro, assentados no sistema de *civil law*, ARAGÃO (2013, p. 69) ressalta que a comparação entre “as desestatizações europeias e as latino-americanas deve ser feita com cautela”, uma vez que não existe na região, ao contrário da União Europeia, um cenário de integração econômica e política que pressupõe livre circulação de pessoas e capitais e que, utilizando a reflexão de Alberto M. Sanchez, na América Latina “o processo de reforma do Estado foi muito pouco pensado e debatido, em função das próprias carências do Estado”. Ainda aduz, nesse sentido, que “alguns dos problemas ocorridos nas desestatizações latino-americanas decorrem do fato de que por vezes visaram mais à redução do déficit público do que garantir uma tarifa módica ou um serviço público de qualidade, preponderando como critério de escolha do licitante o de maior valor da outorga”, numa clara priorização da arrecadação.

COPELLO (2001), em linha semelhante, afirma que, na América Latina, o modelo regulatório valeu-se tanto de influências europeias quanto americanas, mesclando concepções próprias de paradigmas específicos de cada região, por vezes descontextualizada:

“Na América Latina foram conjugados, de um lado, o ideal frustrado de alcançar o modelo global de regulação jurídica à francesa, baseado nos princípios do Estado tutelar, único habilitado a ‘dizer’ o interesse público e a garantir os valores em que se funda a unidade da nação e do Estado benfeitor universal; e, de outro, a transferência isolada e descontextualizada de muitos dos princípios e instituições do sistema americano. Essa transferência não pode ser explicada (apenas) pelo efeito mecânico das imposições dos organismos multilaterais de crédito ou de suas condições de inserção no sistema mundial, mas sim por uma confluência mais ampla de situações, como o tipo de espaços acadêmicos e de fontes de informações de privilegiam as elites e os funcionários de alto nível, a difusão de ideias e valores que caracteriza a globalização (COPELLO, 2001, p. 314).

PECI (2007) também defende que a criação das agências reguladoras no Brasil não resultou de uma discussão quanto ao modelo de regulação e que foi dada prioridade a objetivos econômicos em detrimento de outras metas da reforma gerencial, relativas à consolidação de governança e governabilidade:

“a criação de agências reguladoras brasileiras pode ser mais considerada fruto do acaso da conjugação da política de desestatização com as medidas de flexibilização da gestão pública de que propriamente de um quadro coerente de políticas governamentais que buscaram criar novas estruturas institucionais capazes de lidar com as transformações recentes nas relações Estado-

sociedade no final do século XX. A adoção acrítica de conceitos alheios na reforma de regulação pode estimular ainda mais este quadro de fragmentação, quando quase um século de diferença separa as reformas brasileiras daquelas similares no contexto americano.” (PECI, 2007, p. 90)

Nesse contexto, o autor prossegue apontando que a intervenção no Estado norte-americano sempre se materializou em termos de regulação, presente de forma cíclica em um movimento pendular de maior e menor grau de intervenção regulatória. Nos Estados Unidos, na expressão do autor, “o Estado nunca vestiu a camisa do ‘produtor’ direto na economia” (PECI, 2007, p. 75).

Sobre as diferenças entre a regulação americana e europeia, Miguel Ángel Sendín GARCÍA (2003, p. 15) aponta que “*el Derecho europeo y el americano se han enfrentado tradicionalmente desde posiciones diferentes al problema del suministro de prestaciones esenciales*”. Para o autor, “*mientras en los Estados Unidos se habla ciertamente de desregulación; en Europa, al menos en los países de raíz latina como el nuestro, difícilmente se puede utilizar ese término (...), por lo que es más correcto hablar de liberalización*”.

Traçando as diferenças entre a desregulação econômica e a desregulação social e diante dos modelos desenvolvidos em ambos os lados do Atlântico, REICH (2006, p. 40) afirma ser “preocupante para um observador europeu que o debate americano não distinga claramente entre esses dois tipos completamente diferentes de desregulação”. PECI (2007, p. 90), como visto do trecho citado, indicando que “quase um século de diferença separa as reformas brasileiras daquelas similares no contexto americano”, defende uma análise menos ingênua do fenômeno regulatório.

De fato, a desregulação surge no cenário norte-americano como decorrência do movimento pendular insito à variação do nível de regulação na atividade econômica, especialmente como fruto da linha de pensamento capitaneada pela chamada escola de Chicago, associada ao liberalismo econômico. Para tais pensadores, defensores do *laissez faire*, sendo a missão da empresa a busca pelo lucro, preocupações sociais, por exemplo, são vistas até mesmo como uma faceta de irresponsabilidade empresarial. GUIMARÃES (1994) explica a posição dessa corrente tradicional com base no pensamento de Milton Friedman:

“Milton Friedman é um expoente atual dessa corrente. Sua argumentação baseia-se nos seguintes termos:

- o objetivo das empresas numa economia de mercado, onde a competição é muito acirrada, é a maximização dos lucros;
- as ações dos executivos das empresas devem ser sempre voltadas para o objetivo do lucro, de forma a melhor remunerar os acionistas;
- investimento por parte da empresa na área social, para qualquer tipo de público (interno ou externo, empregados ou a sociedade) é uma forma de lesar os acionistas, de diminuir seus ganhos;

- procedendo com responsabilidade social a empresa estará se autotributando e, ao invés de ser elogiada, deveria ser processada.” (GUIMARÃES, 1994).

As ideias concebidas pela escola de Chicago foram adotadas, como sabido, na década de 1980, por Margaret Thatcher, na Inglaterra, e por Ronald Reagan, nos Estados Unidos.

Sobre a desregulação, ARANHA (2013) chama a atenção para o fato de que a desregulação não se apoia na crença de que o mercado funcionaria melhor sem qualquer tipo de intervenção estatal, focada na ausência de regulação, mas sim nos benefícios sociais advindos da redução do nível de regulação:

“A desregulação eventualmente proposta em um determinado setor de atividades relevantes significa, portanto, não a extinção da regulação, mas a diminuição de apenas uma dimensão da regulação estatal, que é a que procura dirigir o mercado ou impor compensações pelos benefícios garantidos pelo Estado para quem nele opera negócios. O primeiro pressuposto, portanto, quando se trata de discutir a regulação, é o de que, ao se propor a desregulação de um setor, o argumento por detrás da desregulação nunca poderá ser o de que o setor funcionaria melhor sem intervenção estatal. O fundamento para a chamada desregulação resulta, pelo contrário, de uma ponderação sobre os ganhos sociais oriundos da atitude de diminuição da regulação estatal voltada à compensação social ou à orientação do mercado. O afastamento do Estado dessas espécies de regulação somente se justificaria se comprovada que a abstenção estatal no direcionamento do setor regulado rumo à compensação social e à efetividade do mercado resultaria em maior efetividade dos direitos fundamentais envolvidos.” (ARANHA, 2013, p. 90).

ARANHA (2013) destaca, ainda, que embora o modelo brasileiro de regulação aproxime o Estado do mercado, ainda assim seus pressupostos não se compatibilizam com o modelo americano, por exemplo, no que tange à titularidade das atividades econômicas. Aponta o autor que nem mesmo a afirmação de semelhança entre o modelo de agências reguladoras e o praticado pelas *commissions* norte-americanas é convincente, “já que o pressuposto existente no modelo brasileiro de titularidade de grande gama de atividades prestacionais pelo próprio Estado não encontra, segundo uma abordagem jurídico-formal, similar no modelo norte-americano” (ARANHA, 2013, p. 116-117).

Como se vê, o que se percebe, na verdade, é que o Estado Regulador brasileiro é fruto mais de razões pragmáticas, com influências equivocadas do modelo teórico de regulação americana, do que de uma construção teórica pensada e discutida em torno do fenômeno regulatório.

5. Conclusão

A regulação possui diversas acepções, desde a regulação dos monopólios, a regulação pela competição e a regulação social, destacando-se, aqui, a visão ampla do fenômeno regulatório trazida por Calixto Salomão Filho, no sentido de

que o Estado regula a atividade econômica por diversos meios e intensidade, seja quando outorga ao particular a prestação de serviços públicos, ou quando simplesmente edita regras no exercício do poder de polícia administrativa.

De fato, a adequação da regulação passa necessariamente pela identificação da categoria a que pertence a atividade econômica explorada pela sociedade empresária, uma vez que há graus de publicização da atividade econômica a ensejar, conforme a categoria, maior ou menor prevalência, no caso concreto, por exemplo, do princípio da função social da empresa, a demandar maior ou menor intervenção estatal.

Tecidas essas considerações gerais, verificou-se que a Europa continental está atrelada ao direito romano-germânico e vinculada ao sistema de *civil law*. Ali a regulação, dita endógena, é fruto de um modelo político que passou pelo Estado Absolutista e pela Administração Pública marcadamente patrimonial, caracterizado, ainda, pela titularização estatal das utilidades públicas.

Já os Estados Unidos estão atrelados ao direito anglo-saxão e vinculados ao sistema de *common law*. Ali a regulação, dita exógena, é fruto de um modelo político que já foi inaugurado em um Estado independente transmutado em um Estado de Direito calcado em um Administração Pública comparativamente menos patrimonial, caracterizado, ainda, pela titularização privada das utilidades públicas.

O Brasil, por sua vez, de tradição romano-germânica, com influência francesa e vinculado ao sistema de *civil law*, de serviços públicos titularizados pelo Estado, passou, com suas especificidades, pelas etapas paradigmáticas já descritas para a Europa continental, desde o Estado Liberal até o modelo regulatório atual. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), levado a cabo na década de 1990, é associado, na verdade, do ponto de vista pragmático, a linhas macroeconômicas que preconizavam austeridade fiscal em função dos excessivos gastos públicos na prestação direta de grande quantidade de serviços públicos.

Como se vê, o que se percebe, é que o Estado Regulador brasileiro é fruto mais de razões pragmáticas, com influências equivocadas do modelo teórico de regulação americana, do que de uma construção teórica pensada e discutida em torno do fenômeno regulatório. O processo de desregulação vivenciado no cenário americano no final do século XX não pode ser confundido, portanto, com a inauguração do paradigma regulatório brasileiro, que, por sinal, mantém a titularização estatal de serviços públicos e a concepção de interesse público definido pelo Estado.

Referências bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. Scotts Valley, CA: Laccademia, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 3, agosto/setembro/outubro de 2005.
- CALDEIRA, Jorge. Mauá: **O Empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CASTRO, Macus Faro. de. *Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil*. **The Law and Development Review** 6(1): 61–115, 2013.
- COPELLO, María Mercedes Maldonado. *Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia*. **Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DUGUIT, Léon. **Les Transformations Du Droit Public**. Paris: Armand Colin, 1913.
- FRAZÃO, Ana. **Função Social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GARCIA, Elisenda Marlaret I. *Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantía de los Derechos de los Ciudadanos: perenidad de las necesidades, transformaciones del contexto*. **Revista de Administración Pública**, vol. 145.
- GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. **Regulación y servicios públicos**. Granada: Comares, 2003.
- GOMES, Marcelo Barros. *Accountability e governança no Estado regulador brasileiro*. In: PECCI, Alketa (org.). **Regulação no Brasil – Desenho, Governança e Avaliação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. **Responsabilidade Social da Empresa: uma visão histórica de sua problemática**. 1984. Disponível em: http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901984000400025.pdf. Acesso em: 06/05/2014.
- HERNANDEZ, Juan Ramón Capella. **Estado y Derecho ante la Mundialización: aspectos y problemáticas generales, in Transformaciones del Derecho en la Mundialización**. Madrid: Escuela Judicial, 1999.

- HORWITZ, Robert Britt. *The irony of regulatory reform: the deregulation of American telecommunications*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1989.
- JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David (org.). *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- MAJONE, Giandomenico. *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança*. In: MATTOS, Paulo *et al.* (org.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ Junior, Tercio Sampaio (org.). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.
- MATTOS, Paulo *et al.* (org.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.
- MORAN, Michael. *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MOTTA, Paulo Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Fórum, 2009.
- PECI, Alketa (org.). **Regulação no Brasil – Desenho, Governança e Avaliação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- REICH, Norbert. *A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação de regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia*. In: In MATTOS, Paulo *et al.* (org.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. **O Repensar da Noção de Serviço Público. in Direito Público Moderno: homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. **A Trajetória do Poder Regulamentar no Pensamento Político Francês e seus Reflexos no Brasil: Um Olhar para Além dos Manuais Jurídicos**. Dissertação de mestrado em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2012.
- WALDO, Dwight. *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*. New Brunswick, USA: Transaction Publishers, 2007.