

A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE NORMATIZAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO: CONCEITOS E EFEITOS JURÍDICOS

Manoel Gustavo Neubarth Trindade¹

Pedro Antonacci Maia²

Cesar Santolim³

Resumo: O presente artigo busca investigar as diferenças conceituais entre normatização, regulamentação e regulação, bem como os efeitos jurídicos relacionados à esfera de incidência de cada um dos institutos jurídicos, considerando o poder normativo estatal como gênero e, modo específico, a normatização tal como relacionada ao poder de legislar dos entes federados. O poder de regulamentar, por sua vez, conferido pela Constituição

¹ Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito e Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Coordenador e Professor do LLM em Direito dos Negócios da UNISINOS. Coordenador e Professor da Especialização em Direito dos Contratos e da Responsabilidade Civil da UNISINOS. Professor da Graduação em Direito da UNISINOS em Porto Alegre e São Leopoldo. Foi Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE e do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS. Árbitro, Parecerista e Administrador Judicial.

² Mestrando em Direito no Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Novos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Porto Alegre, RS. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ. Advogado concursado na Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, atualmente exercendo as funções de Gerente de Gestão de Controles vinculado à Diretoria Administrativa da Companhia.

³ Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado e Economista.

Federal ao Executivo e, por fim, o poder regulatório, inserido sobretudo mais recentemente no sistema jurídico nacional com a criação das agências reguladoras, tendo como objetivo fulcral a regulação de serviços públicos e atividades econômicas determinadas.

Palavras-Chave: Normatização; Regulamentação; Regulação.

Sumário: I - Introdução; II - As Normas no Sistema Jurídico Brasileiro e o Poder Abstrato de Legislar Conferido aos Entes Federados; III - A Competência Constitucional Consistente na Regulamentação das Leis; IV - A Natureza Jurídica das Normas Regulatórias no Direito Brasileiro e a Relevância da Regulação de Serviços Públicos e Atividades Econômicas Determinadas; V - As Normas de Regulação e o Novo Marco Legal do Saneamento Básico – Caso SABESP; VI - Conclusões; VII – Referências Bibliográficas

I – INTRODUÇÃO



é comum é ler e ouvir se referirem aos termos normatizar, regulamentar e regular como se perfeitos sinônimos fossem. E, em alguma medida, não parece haver problemas em tal agir, uma vez que, efetivamente, compreende-se existir razoável parcela de sobreposição conceitual entre os indigitados termos. Todavia, antes de se buscar instaurar uma discussão meramente teórica ou atribuir desnecessária complexidade puramente terminológica, o presente artigo objetiva investigar os conceitos eminentemente técnicos de normatização, regulamentação e regulação, identificando-se as eventuais e principais diferenças teóricas e pragmáticas entres os institutos, notadamente a respeito da respectiva esfera de atuação e eficácia, tal como conferida pelo ordenamento jurídico sobretudo brasileiro.

Em suma, pretende-se estabelecer a definição do que se entende por normas em sentido genérico e também em sentido estrito, passando pelo poder de legislar, ou seja, de criar leis, na concepção clássica de princípios e regras; bem como ao que se compreende por competência regulamentar, consistente, modo genérico, na atribuição do poder executivo de complementar, explicitar, detalhar e pormenorizar a lei em sentido estrito e, por fim, o conceito de regulação, atinente à atividade regulatória de setores específicos da atividade econômica, inclusive serviços públicos.

A ideia do trabalho, portanto, cinge-se a esclarecer e fixar pontos claros de distinção técnico-jurídica, relacionando às características essenciais e aos objetivos de cada instituto, sem tornar o debate demasiadamente acadêmico, mas sim buscando estabelecer a essência dessa competência normativa, em sentido amplo, conferida pelo sistema jurídico brasileiro em cada uma das hipóteses postas em discussão.

II - AS NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O PODER ABSTRATO DE LEGISLAR CONFERIDO AOS ENTES FEDERADOS

O conceito de legislação e processo legislativo, trazido pela Constituição Federal de 1988, como se pode extrair, abrange a elaboração de normas específicas, taxativamente elencadas no texto constitucional, quais sejam: emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Assim, quando se fala em normas constitucionais ou lei em sentido estrito, outra coisa não se está a tratar senão dessas hipóteses trazidas pela Constituição Federal, cada qual com seu procedimento legislativo específico.

De todo modo, a proposta aqui não seria aprofundar esses conceitos, que estão mais relacionados à dogmática

constitucional. Busca-se, sim, examinar as definições mais amplas, a exemplo da normatização, ou seja, daquele poder a que dotados os entes estatais de produzir normas, as quais, como gênero, abrangeriam as espécies legislativas citadas.

De relevo distinguir esse conceito - poder normativo de criação de normas - daquelas atividades executivas, ou seja, relacionadas à administração pública, especificamente.

Nesse passo, começamos com a lição de Pinto Ferreira⁴, para quem *“legislar significa a competência para estabelecer normas jurídicas, editar regras e fixar princípios dominantes, disciplinando as atividades políticas e administrativas. A nossa Constituição vigente refere-se à competência da União para legislar, de acordo com o art. 22. Tal competência compreende a própria função normativa de edição de regras, não só no sentido do direito substantivo, mas também no do direito formal; a nossa Constituição também prevê a competência comum e a suplementar, ou supletiva, para os Estados-Membros.”*

Segue o citado Professor, aduzindo que se poderia *“bem compreender o verdadeiro conceito da legislação, em o contraponto à administração, na dicotomia de funções estatais evidenciada pelos tratadistas. Entre nós, o Prof. Meirelles Teixeira bem o acentuou: ‘fácil distinguir, perfeitamente, entre aquela competência normativa, legislativa, isto é, de estabelecer a norma jurídica, de criar o direito, e a execução e aplicação dessas normas, de realização do direito mediante atos administrativos, atos jurídicos de alcance individual’.* Esta é a tese geralmente adotada pelos constitucionalistas, procedente a rigorosa distinção entre legislação e administração, ou seja, entre a atividade normativa e a atividade executiva do Estado. De acordo com Duguit, em seu *Tratado de Direito Constitucional* (v. 2, p. 156), *‘o Estado exerce a função legislativa, seja qual for o órgão que intervenha, todas as vezes que formula um ato regra, todas as*

⁴ PINTO FERREIRA, Luiz. Comentários à Constituição Brasileira. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 01.

vezes que edita uma disposição normativa ou construtiva, modificando em qualquer ponto, e de qualquer modo, o direito objetivo, tal como existe no momento da intervenção'; e desempenha as chamadas funções administrativas quando 'realiza um ato-condição ou um ato subjetivo, ou quando seus agentes procedem para assegurar o funcionamento de um serviço público, de atos puramente materiais. O Prof. Hans Kelsen também delinea em sua Teoria Geral do Estado uma justa interpretação desta dicotomia das funções estatais, que aqui são postas em relevo para bem distinguir-se, sabendo-se que o Estado tem também uma função jurisdicional não negada por qualquer publicista de relevo. Elucida o dito pensador e jurisconsulto: 'Na função legislativa, o Estado estabelece regras gerais e abstratas; na jurisdição e na administração, desempenha uma atividade individualizada, resolve diretamente tarefas concretas; tais são as respectivas noções mais gerais. Deste modo, o conceito de legislação se identifica com os de 'produção' ou 'criação' de Direito. Portanto, a atividade individualizada do Estado, suposto que considere como um ato jurídico, não pode ser mais que 'aplicação' ou 'proteção' do Direito, com o qual se situa em princípio um plano oposto ao de função criadora''.

Dito isto, poder-se-ia afirmar que a atividade de normatizar, em sentido amplo (*lato sensu*), abrange atividade legislativa e regulamentar, assim como a jurisdicional, no sentido de criar a norma jurídica ao caso concreto, de dizer o Direito.

Quanto à atividade de regulamentação, essa se limita ou se restringe ao alcance da lei, como se verá, no sentido de esclarecer, explicitar, detalhar, complementar a lei, não de criá-la, nem de produzi-la ou contrariá-la.

Conclui-se, de qualquer modo, como elementar esta divisão das funções, como Pinto Ferreira, já mencionado, reafirma: “*tripartismo que, inerente à atividade estatal e existente entre as atividades da legislação, e as da administração, a estas se contrapõe, para melhor esclarecer a competência legislativa*

da União. O legislador constituinte foi cuidadoso nesta demarcação de competências, pois dela depende a própria existência do federalismo”.

Cabe referir que se está a tratar de funções constituídas, deixando-se para outra oportunidade o aprofundamento quanto à própria instituição de uma constituição, ato político e fundamental para a existência de um Estado, pressuposto para a existência do Estado de Direito, assim como das emendas constitucionais.

Percebe-se, no entanto, que a função de criação da lei passa fortemente pela atuação do Poder Judiciário, na sabida função de dizer o Direito no caso concreto, por meio de mecanismos de interpretação.

A atividade normativa, como se sabe, passa por extrair do texto normativos (dispositivos) a respectiva norma, na aceção de sentido de comando legal ou normativo aos destinatários respectivos

Nesta lógica, oportuno mencionar Humberto Ávila: *“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhe deem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma. Em outras hipóteses há apenas um*

*dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir da qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma. Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e a partir dele ser construída uma só norma. E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver outro”.*⁵

Percebe-se, consoante entendimento de Humberto Ávila, que normatização se afigura como um conceito bem mais amplo do que o sentido criativo de um texto normativo. Ou seja, compreende-se a construção ou reconstrução (reconstruir significa definir a compreensão de significados iguais ou de modo diverso como postos previamente na sociedade) de dispositivos legais (texto), após o exercício de interpretação, atribuição constitucional a que é dotado o Poder Judiciário.

Importante notar que esse exercício de

⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22/23.

criação/reconstrução da norma a partir do texto normativo (dispositivo) abrange a lei, regulamentos, resoluções e, inclusive, dispositivos originários do poder regulatório ou regulador das agências reguladoras.

Ou seja, de acordo com essa compreensão,⁶ a atividade de normatização compreende dar o sentido de norma a dispositivos legais que abrangem todos os princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico. Isso no conceito clássico de inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações de caráter geral e abstrato.

Para se visualizar de modo mais simplificado a ideia da separação entre texto e norma, basta fazer um exercício acerca de um comando ou regra no seguinte sentido: em uma certa praia um cidadão se depara com uma regra escrita em uma placa “proibido usar biquinis ou sungas”; em um dado momento histórico ou região, essa disposição por exercício de interpretação poderia resultar em um comando normativo no sentido de que as pessoas devem permanecer com roupas que cubram os corpos de maneira substancial; já em um outro momento histórico ou região, poderia significar a norma ou comando aos seus destinatários de que se trata de uma praia de nudismo e as pessoas devem entrar somente sem roupa alguma.

Nota-se, pois, a dinâmica contínua da norma jurídica, em constante modificação e evolução, que pode variar de um mesmo texto de acordo com a cultura local ou com a evolução histórica. Daí a função jurisdicional de dizer o Direito.

Desse contexto, de qualquer modo, possível compreender bem a distinção entre as competências legislativas, no sentido de elaborar (criação) as leis, distribuída pela Constituição Federal entre os Estados-Membros, da atribuição constitucional, mais ampla, de normatização, ou seja, da atividade normativa de criação e reconstrução da norma jurídica, após o exercício interpretativo.

⁶ Não necessária ou integralmente comungada pelos autores do presente artigo.

Importante observar bem a relação entre os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, não se retirando do Judiciário e do Executivo a atribuição de elaborar regulamentos e de propor (iniciativa) a aprovação de leis, bem como atuação respectiva em atividade executiva regulamentar (explicar, explicitar e complementar as leis).

De todo modo, conclui-se claramente que a atividade normativa passa pela criação do dispositivo normativo (texto) e da extração da norma jurídica, com a atuação dos Poderes Legislativos e Judiciário. Em suma, separa-se bem a atividade de criar o texto do dispositivo da reconstrução e extração, após a atividade interpretativa, da norma jurídica.

Após essa digressão, pertinente também mencionar novamente Humberto Ávila, ao estudar profundamente a classificação de normas jurídicas, distinguindo regras de princípios: *“Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional.”*⁷

⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 26.

Isso, pois, o que se tem a dizer nesse singelo estudo sobre normatização, considerada como a função de fixar as normas jurídicas cogentes, inovando e criando direitos e obrigações no sistema jurídico vigente.

III - A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL CONSISTENTE NO PODER DE REGULAMENTAR AS LEIS

Neste tópico, importa prontamente estabelecer não haver no direito comparado, modo universal, uma definição acadêmica tranquila a respeito do conceito de regulamentação (notadamente regulamentação de leis), razão pela qual o tema será abordado segundo posto na Constituição Brasileira.

Relevante, assim, que seja abordada a própria natureza do poder regulamentar, como pressuposto da definição de regulamentação - aquela atividade de dar execução às leis, ou seja, explicar, esclarecer, complementar, dar aplicação à lei, sem, é claro, contrariá-la.

Como leciona José dos Santos Carvalho Filho, “*em primeiro lugar, o poder regulamentar representa uma prerrogativa de direito público, pois que conferido aos órgãos que têm incumbência de gestão de interesses públicos. Sob o enfoque de que os atos podem ser originários ou derivados, o poder regulamentar é de natureza derivada (ou secundária): somente é exercido à luz de lei preexistente. Já as leis constituem atos de natureza originária (ou primária), emanando diretamente da Constituição. Nesse aspecto, é importante observar que só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação de leis, ou atos análogos a ela.*”⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, define regulamento como sendo “*o ato geral e (de regra) abstrato, de*

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2012, p. 55

competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”⁹

A formalização desse poder regulamentar, estreme de dúvidas, ocorre por meio de decretos e regulamentos, em consonância com o artigo 84, IV, da Constituição Federal Brasileira, de 1988; além disso, cabe referir que regulamentos podem ser expedidos por outros poderes e órgãos da administração pública direta e indireta, não só pelo Chefe do Poder Executivo, embora privativa deste, na medida do que dispõe a lei.

A roupagem da regulamentação, portanto, é o decreto ou o regulamento, tal qual estabelece nosso sistema jurídico, sem adentrar no conceito de regulamento autônomo do Direito Europeu – o já mencionado artigo 84, VI, da Constituição Federal brasileira se afigura nessa modalidade e como uma exceção à regra no Direito Nacional. Seja como for, fato é que a regulamentação é subjacente à lei, ou seja, pressupõe a existência dessa, como de forma sintética definiu Carvalho Santos.

Tem-se, assim, como premissa básica, que o regulamento não pode contrariar a lei, sob pena de ser invalidado justamente por vício de ilegalidade, atuando, desse modo, exclusivamente em conformidade com o seu conteúdo e os seus limites.

Isso significa dizer que por decreto ou por regulamento não se pode criar direitos e obrigações. Este o ponto substancial da distinção entre os instrumentos normativos. Basicamente porque essa vedação vem amparada em um dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico, qual seja: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* – artigo 5º, II, da Constituição Federal, isto é, o Princípio da Legalidade. É dizer, somente por lei serão criados obrigações e direitos com força cogente e abrangência geral e

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 337.

abstrata.

Nessa lógica, pode-se perceber que decorre desse preceito constitucional a anotação histórica de Hely Lopes Meirelles, que diz: “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”.¹⁰

Não obstante, segundo o Prof. Cirne Lima, possível afirmar que “*supõe a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra do direito*”.¹¹

No mesmo sentido, há, na já citada obra do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda mais uma diferença importante: “*somente a lei inova originariamente na ordem jurídica.*” Premissa que também decorre do mesmo preceito constitucional, de modo que se estender aqui seria dizer o mesmo de modo reiterado.

Colocando uma pá de cal sobre a distinção, pertinente, por todos, transcrever ensinamento do já mencionado Hely Lopes Meirelles, que arremata: “*Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente). O regulamento não é lei, embora a ele se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar as suas disposições. Só que cabe*

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 88.

¹¹ CIRNE LIMA, Rui. *Princípios do Direito Administrativo*. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.22.

explicitar, a lei, dentro dos limites por ela traçados. Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada a lei."¹²

Em síntese, denota-se forte correlação existente entre o que se tem por originário (inovador) e secundário (derivado) no sistema normativo, fixando-se neste fundamento a diferenciação substancial do que se tratou até aqui nesse trabalho, comparando-se entre normatização e regulamentação. Ou, em linhas mais claras, a diferença entre lei e regulamento.

Pode-se afirmar, assim, que a lei em sentido estrito seria o preceito normativo primário, ou seja, aquele que inova no sistema, derivado diretamente da Constituição e resulta do processo legislativo vigente no ordenamento jurídico.

Já o regulamento se afigura como preceito secundário, ou infralegal, decorrente do poder regulamentar, que, como visto, é atribuição própria do Poder Executivo, de regulamentação da lei e nos estritos limites dela.¹³

IV - A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS REGULATÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO E A RELEVÂNCIA DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS DETERMINADAS

Há certa vacilação doutrinária e jurisprudencial ainda sobre o que se entende sobre regulação ou poder regulatório no Direito Pátrio, seu espaço no sistema jurídico, amplitude e abrangência material ou técnica, ou mesmo até conceitualmente

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124/125.

¹³ Sobre a temática, oportuna a leitura de FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958. *Revista De Direito Administrativo*, 84, 24-39, 1966. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v84.1966.28193>>. Acesso em: 30 mar. 2024.

ainda não se encontra segurança para se estabelecer uma definição pacífica, o que resta evidente pela própria dificuldade de pesquisa sobre a matéria.

De qualquer modo, não obstante haja essa indefinição, pode-se iniciar o estudo com a provocação de se indicar a regulação como uma evolução do poder de regulamentação, tal como classicamente definido no sistema jurídico.

Alguns autores trazem a expressão poder regulador ou regulatório, para diferenciá-lo e trazendo um novo conceito teórico. Seja como for, entende-se como de altíssima relevância se debruçar sobre o tema, considerando que se está a tratar de regulação de serviços públicos, a exemplo do saneamento básico e da energia elétrica, bem como de outras atividades econômicas eleitas, como o mercado de capitais, a atividade portuária, bancária, entre diversas outras.

Fernando Barros Filho¹⁴, em artigo sobre regulação ambiental, destaca que *“pode-se falar em regulação desde quando o Estado obteve o monopólio da força em plena Idade Média. Porém, é com o surgimento da economia de mercado, assim como do Estado de Direito, que podemos afirmar o surgimento da regulação econômica.”*

A presença de um sistema regulatório, portanto, pressupõe a existência de um estado constitucionalmente organizado, ou seja, regido por um corpo de normas e princípios legítimos e predeterminados, formalizados em uma Constituição, como consequência, sob a égide do Princípio da Legalidade.

Historicamente, pode-se traçar uma linha que passa pelo Estado Liberal – sabidamente de menos restrição aos agentes econômicos e sociais –, e pelo Estado de Bem-Estar Social – caracterizado por maior dirigismo e intervenção estatal na economia –, momento em que surgiram inúmeras pessoas jurídicas

¹⁴ BARROS FILHO, Fernando do Rego. O Impacto da Regulação Ambiental na Atividade Agropecuária Brasileira. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 418/419.

descentralizadas que desenvolviam desde atividades econômicas (bancárias e fabris) até serviços públicos (telefonia, energia elétrica e saneamento).

Depois, com o final do “Estado Providência” e uma série de problemas de ineficiência em atividades econômicas prestadas pelo Poder Público, assim como a necessidade de reformas estruturais no sistema previdenciário e bancário, foram adotadas medidas de redução do aparato estatal, ainda hoje debatidas fortemente pela sociedade.

Nesse ponto, inarredável mencionar a existência das Falhas de Mercado¹⁵, em diferentes níveis de intensidade e formas de insurgência, nos mais diferentes segmentos de mercado, de modo a exigir, dependentemente, a intervenção estatal,¹⁶ mas não de forma direta na economia, em substituição aos agentes econômicos, mas sim indireta, notadamente pelo que se entende por regulação setorial.

Percebe-se não se falar aqui em retorno ao liberalismo econômico antes referido, já que, uma vez vencido esse estágio histórico, as escolhas político-econômicas se direcionaram a medidas voltadas à satisfação de direitos fundamentais, ou seja, prevalente uma atividade econômica condicionada aos interesses garantidos pela Constituição, como refere Fernando Barros Filho.

De todo modo, fato é que a lógica do sistema restou modificada, passando o Estado a estabelecer parâmetros para desempenho das atividades econômicas e de serviços públicos, não mais as executando diretamente.

Premissa essa que permitiu a instauração e desenvolvimento de um cenário de supervisão, calcado em um ordenamento regulador, para as mais diversas atividades. Trata-se da

¹⁵ FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, A. C. M. *Direito da Regulação: Falhas de Mercado. Interesse Público (Impresso)*, v. 18, 2016, p. 133/153.

¹⁶ Sem desconhecer, é claro, da possibilidade de ocorrência de Falhas de Governo, quando há intervenção.

diferenciação do Estado Regulador, que planeja, regulamenta e fiscaliza, utilizando de instrumentos de regulação econômica para dirimir as diferenças entre os agentes do mercado e promover a concorrência onde desejável, do Estado Intervencionista, em que ele próprio personaliza a figura de agente do mercado.

Ou seja, o sentido da regulação se caracteriza pela eliminação ou mitigação das Falhas de Mercado, como, por exemplo, na busca pela promoção da concorrência¹⁷ entre os agentes do mercado, de modo que *o “esforço regulatório do Estado está agora voltado para propiciar as condições de um mercado o mais competitivo possível, sempre que (e somente se) isso for viável. Ou seja, vigora a crença de que a concorrência (devidamente monitorada pelo Estado) é o melhor caminho para atingir os ideais de justiça social, sacramentados desde a consagração dos direitos e garantias fundamentais do ser humano”*.¹⁸

Este o cenário que permitiu, nos anos 90, a criação das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente pelas Emendas Constitucionais n°s. 08 e 09, de 1995, em alteração dos artigos 21, XI, e 177, §2º, III, da Constituição Federal de 1988, atribuindo-lhes natureza jurídica de autarquias em regime especial. Por consequência, como citado em muitas obras, houve o surgimento do “Estado Regulador”.

Não obstante, sem entrar na especificidade de cada um dos órgãos de regulação existentes no País, tema que não se relaciona ao trabalho aqui proposto, percebe-se claramente que a regulação se configura como atividade própria do Estado.

Como leciona Carvalho Filho¹⁹, às autarquias reguladoras a constituição conferiu a função principal de controlar, em

¹⁷ Mas não só a promoção da concorrência, que diz respeito à falha de mercado denominada Poder de Mercado, mas também às demais falhas, como Assimetria Informacional, Custos de Transação e Externalidades.

¹⁸ WAGNER NESTER, Alexandre. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 472.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Atlas, p. 57.

toda sua extensão, a prestação dos serviços públicos, além de atividades específicas e eleitas de mercado, bem como a própria atuação das pessoas privadas que vierem a executá-las.

Assim, como aparato estatal, resta óbvio que o órgão regulador não possui poderes ilimitados de enquadramento da atividade econômica, sendo todas as competências e medidas reguladoras previamente definidas em lei e em conformidade com a Constituição.

Além disso, a atividade de regulação deve restar fundamentada em premissas de necessidade, isto é, na existência de motivos (sobretudo as já mencionadas Falhas de Mercado) que justificam a imperativa intervenção regulatória estatal, assim como na razoabilidade dos custos da regulação; é dizer, até que ponto os cidadãos estarão dispostos a pagar pelo incremento de custos produzidos pelas regras regulatórias, quais externalidades justificam a intervenção, ou seja, impositiva a análise do custo social representado pelo desempenho de uma atividade econômica e da atuação estatal na regulação.

Isso posto, Fernando Barros Filho chega a um conceito interessante, mas não necessariamente pacífico, de regulação, qual seja: (a) uma atividade estatal; (b) indireta; (c) normatizada; (d) cujo objetivo é a satisfação dos direitos fundamentais e o desenvolvimento do sistema econômico.

Nessa linha, como já dito, há ainda um cenário nebuloso sobre o enquadramento e definição das normas regulatórias (comandos/diretrizes), tendo surgido várias teorias, algumas caracterizando como delegação legislativa ou como regulamento autônomo, como apontado por Sérgio Guerra.²⁰

Conforme já mencionado no presente artigo, tais teses não trazem respostas seguras, justamente em razão da norma de

²⁰ GUERRA, Sérgio. Regulamentação e Regulação: Distinções Necessárias - Caso Anvisa: Regulação Setorial do Tabaco: ADI nº 4874, STF. Revista de Direito Público da Economia [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte, v.18, n. 71, jul./set. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38881>>. Acesso em: 30 março, 2024, p. 62/63.

regulação não se enquadrar na modalidade tradicional de regulamentação.

Nessa linha, tal qual definido no trabalho do Prof. Sérgio Guerra²¹, parece fazer mais sentido compreender que regular se afigura como uma nova categoria jurídica. Nos exatos termos do referido Autor: *“normas editadas por entidades reguladoras devem, em tese obedecer aos preceitos legais – standards –, pois a administração pública não tem um poder normativo incondicional e geral, como ocorre com o Poder Legislativo. Entretanto, não se pode enquadrar essas normas como sendo função regulamentar da lei, de competência do Presidente da República, pois, em termos de regulação de atividades econômicas, a lei não consegue tudo prever havendo espaço normativo de “reserva do regulador”. Assim a polêmica acerca da função normativa das entidades reguladoras se insere em uma discussão mais profunda, que envolve sua adaptação ao sistema tripartite oitocentista, subsumido no princípio da separação dos poderes e do equilíbrio entre os poderes estatais, que impõe também uma revisão da hierarquia normativa. Nessa ordem de convicções, é jurídico sustentar a constitucionalidade do exercício da função normativa “secundária” pelas entidades reguladoras por não se detectar qualquer usurpação legiferante, de competência do Poder Legislativo, nem tampouco, do poder regulamentar de atribuição precípua do Chefe do Poder Executivo.”*

Celso Antônio Bandeira de Mello refere que às agências reguladoras, a Constituição Federal conferiu o poder de expedir normas que se encontrariam na chamada “supremacia especial”. Segundo o Autor, *“de acordo com tal formulação doutrinária, que a doutrina brasileira praticamente ignora, a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes de agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente,*

²¹ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5ª. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 225.

*assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse. Seria esta relação, portanto, que, em tais casos, forneceria o fundamento jurídico atributivo do poder de agir, conforme expõe, na Itália, Renato Alessi, entre tantos outros”.*²²

Como já tratado aqui ressaltado, Bandeira de Mello sintetiza muito bem que *“dado que o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades (agências reguladoras) não de cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, ao tratar dos regulamentos. Afora isso, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionárias ou permissionárias de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente ou para quem esteja no âmbito doméstico da Administração. Em suma, caber-lhes expedir normas que se encontram abrangidas pelo campo da chamada ‘supremacia especial’”.*²³

Nessa linha, as agências reguladoras, no exercício de sua capacidade preponderantemente técnica, ocupam esse espaço que a lei e o regulamento, mesmo o autônomo, não alcançam. Em suma, justamente por incapacidade ou insuficiência técnica, as leis e os regulamentos tradicionais não conseguem ocupar esse espaço normativo, que exige uma sincronia contínua com a dinâmica e a agilidade inerente à Economia de Mercado, sabidamente movida pelo avanço tecnológico. E é melhor mesmo que não ocupem, sob pena de se correr o risco de inviabilização de

²² “(...) É corrente na doutrina alemã (de onde se originou, por obra sobretudo de Otto Mayer) e nas doutrinas italiana e espanhola, a distinção entre a supremacia geral da Administração sobre os administrados e a supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha)”, em Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 811.

²³ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 172.

atividades econômicas e ineficiência de serviços públicos, assim como mesmo de dificultar o avanço tecnológico. A função de desenvolver e fomentar essas atividades parece alcançar maior chance de sucesso sendo exercida por órgãos preponderantemente técnicos.

E aqui outro diferencial, a regulação tem como objetivo o fomento da atividade regulada, que somente pode ser atingido se conduzido por um corpo técnico especializado, construída, na medida do possível, fora do debate político.

Justamente no sentido das premissas supra elencadas, percebe-se, aliás, uma clara tendência, notadamente por meio da insurgência do novo paradigma da Economia de Plataforma, que indica crescimento da utilização, pertinência e mesmo eficiência da regulação setorial, notadamente nos segmentos de mercado onde a inovação tecnológica vem florescendo exponencialmente e, assim, o processo legislativo ordinário não vem conseguindo acompanhar devidamente.²⁴

De qualquer modo, pode-se afirmar que a regulação compreende uma competência estatal divergente dos poderes normativos tradicionais. Segundo Marçal Justen Filho, regulação seria *“um conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto; essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa. Destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados.”*²⁵

²⁴ Para aprofundamento sobre o tema, ler: TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em Relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação. Revista Jurídica Lusó-Brasileira, v. 4, 2020.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27/28.

Mais, Justen Filho cita ainda entendimento mais restrito do que se poderia definir como regulação, ao designá-la como *“a atuação do Estado onde não existe mercado e, portanto, onde se deve produzir mecanismos orientados a assegurar efeitos idênticos ou similares aos do mercado”*.²⁶

Calixto Salomão Filho, por sua vez, afirma que regulação englobaria *“toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”*; para o Autor, pois, o Estado ordena e regula a atividade econômica *“tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos, e regula a sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa”*.²⁷

Mais recentemente, sob os influxos da Economia Comportamental, a regulação passou a ser percebida também a partir de outros elementos. Mesmo incentivos materiais (incluindo preço e efeitos previstos para a saúde, por exemplo) sendo muito importantes, os resultados são influenciados de forma independente pela arquitetura de escolha, incluindo (a) o ambiente social e (b) as normas sociais prevalecentes. Quando algumas pessoas, cidades e nações vão bem e outras nem tanto, muitas vezes é porque as primeiras são capazes de se beneficiar de aspectos do meio ambiente e das normas vigentes, que lhes permitem tomar como certo, e talvez nem mesmo pensar muito sobre um conjunto de práticas que os servem bem²⁸.

A matéria também foi objeto de discussão no Supremo

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40. Ver também: WAGNER NESTER, Alexandre. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 471-473.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 15.

²⁸ SUNSTEIN, Cass. *Nudges. Gov – Behaviorally Informed Regulation*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Law and Economics*, cap. 28, p. 741. Oxford: Oxford Press, 2014.

Tribunal Federal, por meio da ADI n.º 4.923, continente às ADIs n.ºs. 4.679, 4.747 e 4.456, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux. No julgado que, entre outros temas, tratava de uniformização regulatória do setor de Televisão por assinatura, a Corte Suprema acabou por enfrentar questão de fundo relacionada à normatividade legal frente à regulatória, e ao próprio núcleo duro do Princípio da Legalidade e de suas derivações, como muito bem capturado em artigo de Egon Bockmann Moreira²⁹. Assim, por óbvio, relevante a citação de algumas passagens dos fundamentos desse paradigmático julgamento do Supremo Tribunal Federal, publicado no ano de 2015. O relator das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade referidas, Ministro Luiz Fux, iniciou seu voto salientando *“que a questão de fundo jurídica suscitada na presente arguição de inconstitucionalidade toca o cerne da dogmática juspublicista e, não por outro motivo, vem sendo objeto de acalorados debates doutrinários aqui e alhures. Cuida-se de definir os limites dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, pauta temática que, no Brasil, passou a ganhar relevo na vida política e jurídica com a reforma gerencial por que passou a Administração Pública a partir da década de 90 do século passado. Sua importância é auto evidente: o reconhecimento de autoridade administrativa a agências reguladoras independentes põe em xeque concepções mais tradicionais quanto à centralidade da lei formal na disciplina das relações sociais. O que está em jogo, portanto, é a própria noção conceitual de legalidade, pedra de toque do estado do direito. (...) O princípio da legalidade, neste novo cenário histórico e político, não pode mais se prender ao paradigma liberal clássico, que enxergava na lei formal o único padrão de*

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Normatividade Legal vs. Regulatória – Caso TV a Cabo, STF: ADI nº 4.923, STF, *in*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. Dinâmica da Regulação: Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira – A Convivência dos Tribunais e órgãos de Controle com Agências Reguladoras, Autoridade da Concorrência e Livre Iniciativa, 2ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2021 (Capítulo 3 da Seção 1), páginas 43 a 56.

regência da vida pública e privada, capaz de esgotar, em seu relato abstrato, todos os comandos necessários à disciplina social. (...). A bem de ver, a técnica legislativa empregada no diploma em exame é exatamente aquela típica do Estado Regulador contemporâneo, em que a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) margem relativamente ampla de atuação.”

Segue, ainda, o Ministro Relator sintetizando a necessidade de especialização técnica na regulação, sendo essencial conceder margem ampla de atuação normativa para as agências reguladoras, *“na medida em que (i) a matéria, de um lado, se reveste de significativo dinamismo, como denotam tendências de convergência tecnológica que tornaram obsoleta a legislação nacional anterior, e (ii) a disciplina do setor audiovisual, em diferentes aspectos suscita questões de elevada complexidade técnica, a exigir conhecimento especializado, como aquele titularizado pela ANCINE. Nesse cenário, exigir que a lei formal esgote o conteúdo normativo aplicável à espécie é tanto impraticável quanto desaconselhável, reconduzindo-nos a um paradigma de legalidade criado para um perfil de Estado que já não existe mais.”*

Em síntese, as leis instituidoras das agências reguladoras ressalvam as nuances técnicas dessa atividade regulatória infra-legal e fixam os *standards* para seu exercício, como nas palavras de Egon Bockmann, já citado.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, referiu em seu voto que a *“jurisprudência desta Corte reconhece a autoridade normativa das agências reguladoras para regulamentar administrativamente em dinâmica própria setor econômico de sua alçada. Penso ser o mesmo raciocínio aplicável ao caso, uma vez que a Ancine possui relativa liberdade de conformação e discricionariedade técnica no que diz respeito à área artística audiovisual.”*

Importante ainda destacar parte do voto da Ministra Rosa Weber, ao mencionar o trabalho acadêmico do também Ministro Luiz Roberto Barroso, ressaltando: *“O advento das agências reguladoras setoriais – autarquias especiais que desempenham funções administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências que lhes é atribuído por lei – representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes – as chamadas agências – dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos.”*

Segue ainda a Ministra, citando Leila Cuéllar³⁰ e trazendo esclarecedora conclusão: *“Nesse quadro, não se pode deixar de considerar que ‘a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral’, uma vez que ‘as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas’. (...). A norma regulatória preserva a sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação setorial. Nesse exercício, pode, sim, conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, que se impõem como limite ao agir administrativamente: regras novas, e não direito novo”*.

Por conseguinte, conclui-se como evidenciada a

³⁰ Na origem, CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

competência normativa secundária (infralegal) conferida constitucionalmente às agências reguladoras brasileiras, em termos abstratos e gerais, desde que a lei criadora especifique os parâmetros técnicos, diretrizes e limites (*standards*) que permitem o exercício dessas competências. Isto é, pode-se afirmar que a atividade regulatória, assim como o regulamento, decorre da lei e dos seus limites.

Mas, e aqui o diferencial, a Constituição conferiu à regulação o poder de inovar na ordem jurídica, consistente e exclusivamente para a criação de novas regras setoriais, de caráter eminentemente técnico. Surge, assim, um cenário normativo técnico e novo no sistema jurídico.

Entende-se que diferentemente do regulamento tradicional, o poder regulatório ganhou a atribuição constitucional de inovar, modo geral e abstrato, no ordenamento jurídico, desde que dentro da seara técnica setorial e baseado nos *standards* trazidos pela lei.

Como dito inicialmente, a questão não é tranquila, como citado por Bandeira de Mello, na seguinte passagem de sua obra, em nota de rodapé: *“Paulo Roberto Ferreira Motta, no capítulo IV de seu precitado livro sobre Agências Reguladoras, faz excelente exposição sobre a tendência de enfraquecimento do Legislativo e correlato fortalecimento do Executivo, que servem de apoio à “moderna” teses – a nosso ver, francamente insustentável ante o Direito Constitucional brasileiro – de reconhecer às sobreditas agências um poder normativo amplo. O autor em questão encara com perceptível hostilidade a perspectiva de um poder normativo amplo de tais sujeitos. Inclinação que nos parece inversa é a manifestada por Leila Cuéllar em sua monografia precisamente sobre este tema: As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.”*³¹ De todo modo, a tese prevalente na Corte Suprema parece ter se inclinado pelo entendimento

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 173.

defendido por Leila Cuéllar em sua monografia, inclusive citado pela Ministra Rosa Weber em seu voto, como já referido.

Justamente ressaltando a diferença conceitual entre regulação e regulamentação, Souto ressalta: *“a regulação não se confunde com a regulamentação privativa do Chefe do Poder Executivo; primeiro, porque a regulação não se limita à produção de normas (...); depois, porque é técnica e não política e deve ser destinada a uma coletividade e não à sociedade em geral. Mais importante, é fruto de uma decisão colegiada que pondera entre os vários interesses em jogo (e não apenas à luz de uma orientação política majoritária).”*³²

Na mesma senda, Silva³³ destaca que *“É importante ressaltar a distinção considerada neste estudo para os termos ‘regulação’ e ‘regulamentação’. Enquanto ‘regulação’ refere-se ao ato de se restringir uma ação de determinado agente, a ‘regulamentação’ compreende uma das maneiras de se efetuar esta restrição. Portanto, para que a regulação tenha o efeito almejado, é essencial que o agente regulador não se constitua nem parte diretamente envolvida nem esteja estabelecido na atividade do regulado, tendo em vista que as ações do agente regulador teriam como objetivo proteger o agente a ser contido, ou procurariam prejudicá-lo para eliminar um concorrente, ou seja, exercida por instituições isentas de outro interesse que não o bem-estar social geral.”*

Pertinente mencionar o trabalho intitulado Regulação e Regulamentação na Perspectiva da Contabilidade, de Sérgio Henrique de Oliveira Lima, Francisco Durval Oliveira e Antonio Carlos Dias Coelho, apresentado no XIV Congresso de

³² SOUTO, M. J. V. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In A. S. de ARAGÃO (Coord.). O poder normativo das agências reguladoras (pp. 95-107, 2a ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 97.

³³ SILVA, M. A. Análise da regulação contábil: um ensaio à luz da teoria tridimensional do direito, da teoria normativa da contabilidade e do gerenciamento da informação contábil, numa perspectiva interdisciplinar. Dissertação de Mestrado, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 2007, p. 50.

Contabilidade e Controladoria da Universidade de São Paulo (USP), ocorrido em 21 a 23 de julho de 2014, em São Paulo, no qual justamente se busca evidenciar a existência de diferença entre regulamentação e regulação, ressaltando-se a importância da distinção também em âmbito multidisciplinar.³⁴

Ademais, para melhor compreensão da temática e igualmente na linha do debate acerca da amplitude normativa do poder regulador, vislumbra-se relevante abordar a diferenciação entre regulação discricionária e contratual. Nesse sentido, segundo o artigo de Joisa Dutra e Gustavo Kaercher³⁵: a *“regulação contratual seria a disciplina normativa que, versando sobre um tópico específico do serviço, encontra-se positivada no instrumento formalizado da concessão do serviço público (contrato) e que, além disso, cobre todos os elementos mais relevantes do tópico em questão, por meio de textos que coíbem a formulação de interpretações muito discrepantes entre si. (...) Essa disciplina é ainda blindada por uma solene promessa do poder público (prevista em norma jurídica à qual o regulador está vinculado) de que não serão editadas, no futuro, normas que se sobreponham àquelas originais. Pode soar complicado, mas não é, como veremos. Já a regulação discricionária haverá quando estivermos diante de um sujeito especificamente dotado de competências para disciplinar o serviço, competências essas estabelecidas em normas superiores (leis) as quais estabelecem parâmetros materiais e procedimentais para o exercício das*

³⁴ LIMA, Sérgio Henrique de Oliveira; OLIVEIRA, Francisco Durval; COELHO, Antonio Carlos Dias. Regulação e Regulamentação na Perspectiva da Contabilidade. XIV Congresso de Contabilidade e Controladoria da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, USP, julho de 2014. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos142014/156.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

³⁵ DUTRA, Joisa; KAERCHER, Gustavo. Regulação contratual ou discricionária no saneamento? A dicotomia entre um tipo e outro oculta a não-regulação, o que felizmente não está no horizonte. In: JOTA, 2011. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021>. Acesso em: 30 março, 2024.

atividades de regulação e fiscalização do serviço público que foi concedido por meio de um instrumento contratual.”

Nota-se que a regulação contratual vem normatizada em obrigações contratuais estabelecidas no próprio instrumento da concessão do serviço público, ou seja, no instrumento contratual, denotando-se todo o sistema jurídico de regras criado - obviamente nos limites da lei - entre o poder concedente e o concessionário.

No contexto do serviço de saneamento básico, portanto, em se tratando de monopólio natural, há quem compreenda que todo o sistema normativo de regulação pode vir contido no instrumento contratual, conjugando-se o caráter negocial de cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, cabe ainda sinalizar para a diferenciação entre as regras de regulação e concorrenciais. Segundo Alexandre Faraco: *“o direito concorrencial pretende disciplinar a ação do agente econômico no âmbito em que este tem liberdade de fazer suas escolhas. Controla o exercício do poder econômico onde esse pode ser exercido e limita escolhas que tendam a resultar em concentração desse poder. Trata-se de conjunto normativo voltado a todos os setores da economia, aplicado de forma casuística e que não pretende conduzir as escolhas privadas a resultados predeterminados. A regulação, por sua vez, restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. Substitui a escolha privada em relação a certas variáveis econômicas – como preço, quantidade, diferenciação e investimento – por uma decisão estatal. Abrange normas específicas a determinados setores da economia, que impõem escolhas e fazer restrições, além de instrumentalizarem a realização de certos resultados predeterminados.”*³⁶

Importante esclarecer essa diferenciação em relação às normas concorrenciais, exclusivamente detidas à atividade

³⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, v. 44, p. 9/41, 2013.

econômica, com foco em atos de dominação de mercado e concentração de poderes no sistema econômico-financeiro. Assim, de modo geral, este o contexto técnico-jurídico que diferencia as regras de regulação dos demais institutos normativos tradicionais, permitindo conferir a agilidade e o dinamismo necessários à normatização de setores econômicos tão relevantes para a sociedade.

Ainda no tocante à atividade regulatória, inarredável mencionar que, sobretudo nos últimos anos, muito tem se falado e discutido acerca da necessidade da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), tornando-se tema de destaque na agenda da administração pública.

Não obstante, no ano de 2019, tanto o art. 6º da Lei n.º 13.848, de 25 de junho - a denominada Lei das Agências -, como o art. 5º da Lei n.º 13.874, de 20 de setembro - a chamada Lei da Liberdade Econômica -, tornaram obrigatória a realização da Análise de Impacto Regulatório quando da edição e alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

E, mais, com o objetivo de regulamentar a Análise de Impacto Regulatório (AIR), foi publicado o Decreto n.º 10.411, de 30 de junho de 2020, o qual aborda o conteúdo da AIR, seus quesitos mínimos e suas hipóteses de obrigatoriedade ou mesmo dispensa.

Ainda no âmbito da temática da regulação, por derradeiro, mesmo que de modo bastante sucinto, pertinente considerar que a chamada autorregulação, em que pese inegavelmente possua serventia a utilização do termo do modo como já consagrado (autorregulação), em sentido estritamente técnico-jurídico, parece-nos que não seja propriamente adequado, pois difere substancialmente do fenômeno da regulação estabelecido em nosso ordenamento jurídico, quiçá sendo mais correto se referir, na hipótese, a autonormatização ou, melhor, autodisciplina, haja vista que os comandos normativos, nesses casos, são

estabelecidos pelos próprios agentes econômicos que integram os respectivos mercados.

De todo modo, evidencia-se não só a importância da regulação, como também que tal instituto inequivocamente ganhou ares de cidadania e independência, não podendo ser mais negligenciado o seu conteúdo e significado técnico e específico, notadamente quando considerado em sentido estrito.

V- AS NORMAS DE REGULAÇÃO E O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO – CASO SABESP

Para se ter uma ideia da relevância dos setores regulados no Brasil, no que tange ao saneamento básico, tem-se que a melhoria do serviço se relaciona diretamente ao crescimento de indicadores sociais e de saúde. Como bem referido em artigo de Egon Bockmann Moreira e Gabriel Jamur Gomes³⁷, *“a mera disponibilidade hídrica (reserva superficial per capita) não possui correlação imediata com o índice de Desenvolvimento Humano (IDH). São necessárias ações de saneamento ambiental de modo a converter a potencialidade de tais reservas em efetiva disponibilidade para a população. Assim, a atuação em prol do saneamento gera impacto direto no incremento do IDH e da expectativa de vida, com a respectiva redução de taxas de morbidade e mortalidade”*³⁸. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), mais de 2,1 bilhões de pessoas no mundo não possuem acesso à água tratada. A poluição e falta de saneamento básico acarretam a morte de 1,7 milhão de crianças por ano em

³⁷ BOCKMANN MOREIRA, Egon; JAMUR GOMES, Gabriel. Regulação Pró-competição. Concorrência no Mercado – Caso SEMASA vs. SABESP, CADE. Dinâmica da Regulação. Coordenação BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUERRA, Sérgio; MARQUES NETO, Fernando de Azevedo. 3ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

³⁸ LÍBANO, Paulo Augusto Cunha e outros. Dimensão da qualidade da água: avaliação da relação entre indicadores sociais, de disponibilidade hídrica, de saneamento e de saúde pública. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 219-228, jul/set. 2005.

*todo o planeta*³⁹. Com efeito, a Assembleia Geral da ONU, por meio da resolução A/RES/64/292 de 28.7.2010, reconheceu “o direito à água potável segura e limpa e ao saneamento como um direito humano que é essencial para a plena fruição da vida e de todos os direitos humanos”.⁴⁰

Em âmbito nacional, há contexto de avanço na legislação, desde 2007, com elaboração da Lei n.º 11.445/2007, primeiro marco legislativo a respeito do tema, e mais recentemente, com o Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n.º 14.026, de 2020).

Mais detidamente a respeito dessas normas que regem o serviço público de saneamento no Brasil, importante traçar alguns pontos relevantes. Como bem destaca o artigo de Wilson Sales Belchior,⁴¹ indispensável delimitar, de plano, o contexto das mudanças normativas relacionados à definição legal de saneamento básico (art. 3º, I, da Lei n.º 11.445/07), a abranger “o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; esgotamento sanitário, incluindo coleta, transporte, tratamento e disposição final; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, abrangendo as atividades de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final; e drenagem e manejo das águas fluviárias urbanas.”

A Lei n.º 14.026, de 2020 alterou, em muitos pontos, a legislação anterior, com destaque para o art. 2º da Lei n.º 11.445, de 2007, que inseriu novas diretrizes, tais como metas para a

³⁹ Veja Organização Mundial da Saúde (OMS): *Inheriting a sustainable world: Atlas on children's health and the environment*. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/9789241511773>>. Acesso em: 30 mar. 2024.

⁴⁰ Resolução A/RS/65/292.

⁴¹ BELCHIOR, Wilson Sales. Novo Marco Legal do Saneamento. In: JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332105/novo-marco-legal-do-saneamento-basico---impactos-e-novidades-para-o-setor>. Acesso em: 30 mar. 2024.

universalização do serviço; prestação regionalizada; eficácia das ações e dos resultados; eficiência; sustentabilidade econômica; Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); segurança; qualidade; regularidade; integração das infraestruturas e dos serviços; governança; transparência; controle social; processos decisórios institucionalizados; seleção competitiva de prestadores dos serviços; políticas públicas.

Ainda, trouxe uma quebra de paradigma, a prestação desse serviço público passa a depender, por meio de licitação prévia, de contratos de concessão, vedando-se a possibilidade de serem firmados contratos de programa, convênios, termos de parceria ou assemelhados (art. 10 da Lei n.º 11.445, de 2007). Evidentemente, imposta forte restrição à preferência antes concedida à prestação do serviço por meio de entes estatais, como autarquias, sociedades de economia mista ou empresas públicas.

Além disso, o mesmo Autor acima referido, Wilson Sales Belchior, assevera que: *“nos contratos de concessão deverão constar além das cláusulas essenciais já previstas em lei (art. 23, lei 8.987/95), outras específicas relativamente as metas de expansão, qualidade e eficiência na prestação do serviço; repartição dos riscos entre as partes contratantes; receitas alternativas destinadas à produção de água de reuso; e metodologia de cálculo das indenizações de bens reversíveis na hipótese de extinção do contrato (art. 10-A, lei 11.445/07). A validade de tais contratos depende, entre outras exigências legais (art. 11, lei 11.445/07), da comprovação mediante estudo da viabilidade técnica, econômica e financeira da prestação de serviços e da existência de metas e cronograma de universalização do saneamento básico. A legislação conferiu especial importância a essas metas, pois representam cláusula obrigatória, configuram condição de validade e mesmo nos contratos firmados anteriormente ao Novo Marco Legal, devem ser buscadas alternativas a fim de atingir as metas de universalização (e.g. prestação direta, licitação complementar ou aditamento dos contratos já*

licitados). A parte contratada para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico precisará, incluindo os contratos em vigor, comprovar a capacidade econômico-financeira (recursos próprios ou contratação de dívida), de maneira a viabilizar a concretização até 2033 da meta de universalização (art. 10-B, lei 11.445/07). No concernente aos prestadores de serviços, o Novo Marco Legal estipulou a obrigação de manter sistema contábil que demonstre separadamente os custos e as receitas de cada município ou região atendidas (art. 18, lei 11.445/07) e a possibilidade de subdelegar o objeto do contrato até o limite de 25% do seu valor, desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, dependendo ainda de comprovação técnica e demais requisitos legais (art. 11-A, lei 11.445/07). A par disso, cabe mencionar que finalidade de universalização do acesso a esses serviços possui viabilização intimamente relacionada à atividade regulatória, exercida pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). A agência com nova nomenclatura é responsável pela instituição de normas de referência que regularão os serviços públicos de saneamento básico (artigo 1º, lei 9.984/00). Deve, pois, observar os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, modicidade tarifária, utilização racional dos recursos hídricos e universalização dos serviços (artigo 4º-A, § 3º, I, lei 9.984/00). Explique-se que a regulação é subordinada aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. Pretende, com efeito, estabelecer padrões; assegurar o cumprimento das metas e condições previstas nos contratos, planos municipais ou de prestação regionalizada; prevenir e reprimir o abuso do poder econômico; e definir tarifas visando equilíbrio contratual e modicidade tarifária (artigos 21 e 22, lei 11.445/07). A competência regulatória da ANA foi acrescentada a partir do Novo Marco Legal pela edição de normas de referência focadas na regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento

básico (art. 25-A, lei 11.445/07), procedimento no qual é indispensável a garantia da prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (artigo 4º-A, § 3º, VIII).”

Dessas normas de referência originárias da agência reguladora (art. 4º- A, § 1º, da Lei n.º 9.984, de 2000) cabe, entre outros temas, de: (i) estabelecimento de padrões relativamente aos sistemas de saneamento básico (qualidade e eficiência), aos instrumentos negociais firmados entre o titular do serviço público e o delegatário (metas de qualidade, eficiência, ampliação da cobertura dos serviços, matriz de riscos e mecanismos de manutenção do equilíbrio), ao conteúdo mínimo necessário a universalização e sustentabilidade econômico-financeira desses serviços e a governança das entidades reguladoras; (ii) fixação de metas dirigidas a universalização (nível de cobertura existente, viabilidade da expansão e número de municípios atendidos) e substituição nos sistemas de tratamento de efluentes, juntamente a organização de sistema de avaliação do cumprimento dessas metas; (iii) regulação tarifária: subsídios às populações de baixa renda (tarifários, fiscais ou internos, conforme detalhamento no artigo 31 da Lei n.º 11.445, de 2007), de modo a permitir a universalização dos serviços; (iv) compartilhamento, quando couber, dos ganhos de produtividade com os usuários; entre outros mecanismos destinados a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais e o equilíbrio econômico-financeiro.

Verifica-se, pois, a dificuldade e o cenário ainda pendentes de definição a respeito das normas de regulação, especialmente nesse caso, considerando que o titular do serviço de saneamento é a municipalidade, sendo que a agência que regula o setor, Agência Nacional de Águas (ANA), figurante da administração pública federal.

Seja como for, seguindo a lição de Egon Bockmann, denota-se que especificamente no Estado de São Paulo, os ganhos

líquidos com a universalização do saneamento entre 2015 e 2035 são da ordem de R\$ 64,89 bilhões. Para cada R\$ 1.000,00 (mil reais) investidos na expansão da infraestrutura de saneamento, estima-se que o retorno social em redução de gastos com saúde pública a longo prazo é de R\$ 2.426,00 (dois mil, quatrocentos e vinte e seis reais)⁴².

Justamente de São Paulo, região economicamente destacada, cita-se o caso que tramitou junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no Inquérito Administrativo n.º 08700.011091/2015-18, que entre outros argumentos, atribuía à prestadora estadual do serviço de saneamento – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) - a seguinte posição de dominância no mercado, nos seguintes termos: (i) fornecedora de água no *atacado*, com a captação e fornecimento; (ii) no *varejo*, mediante o tratamento e distribuição de água para outros usuários da sua área de concessão.

Em resumo, a posição de mercado da SABESP seria dominante por ser tanto monopolista de fato (inexistem concorrentes para o fornecimento de água no atacado), quanto de direito (o seu controlador, o estado de São Paulo, é o responsável pela outorga de uso de recursos hídricos, na forma dos artigos 11 e seguintes da Lei n.º 9.433, de 1997). Aliás, o estado de São Paulo seria simultaneamente controlador societário da SABESP, detentor do poder de outorgar o uso de serviços hídricos e o ente da Administração Direta ao qual está vinculada a Agência Reguladora.

Isso em um serviço público que se caracteriza pelo monopólio natural, que nas palavras de Egon Bockmann Moreira é: *“um dos exemplos clássicos de monopólio natural é o da instalação de rede de água, esgotamento e tratamento sanitário: até a presente data não se encontrou solução – técnica e econômica*

⁴² Veja: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Benefícios econômicos da expansão do saneamento em São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em: 23 mar. 2024.

– que permitisse a concorrência do lado da oferta, pois são exigidos investimentos iniciais imobilizados muito elevados, com retorno em longo prazo e risco significativo. Outros exemplos são aqueles serviços que também envolvem infraestruturas com custos elevados, alguns dos quais vêm sendo atenuados com o avanço tecnológico (ferrovias, telefonia fixa, rede de energia elétrica etc). Imagine-se, para tornar o entendimento mais claro, a construção de infraestrutura de coleta e transmissão de resíduos, a rede de esgotos propriamente dita, em duplicidade: seria ilógico, desarrazoado e desproporcional supor a possibilidade de construção e manutenção de duas redes de esgoto, tratamento e reservatórios em uma mesma localidade. A impossibilidade física de escolha por parte dos usuários salta aos olhos (afinal, como se daria a ligação nesta ou naquela rede e eventual mudança nos prestadores?).”⁴³

Os estudos mais recentes que se debruçam a respeito da intensidade e do modo de se a regulação (ou a desregulação) dos monopólios naturais têm três focos principais: (a) desenvolver, aplicar e medir os efeitos dos mecanismos da regulação por incentivos que reconhecem que os reguladores têm informação assimétrica e imperfeita sobre as empresas que regulam e utilizar as informações que estes mesmos reguladores podem obter de maneira eficiente; (b) desenvolver e aplicar regras de acesso e preço para regular redes monopolísticas que são demandadas para apoiar a expansão eficiente da competição em segmentos previamente regulados para os quais estas redes continuem a ser plataformas essenciais para permitir essa competição e; (c) obter uma melhor compreensão dos efeitos da regulação em um quadro de eficiência dinâmica, em termos dos efeitos da regulação sobre o desenvolvimento e a difusão de novos serviços e novas tecnologias de suprimento.⁴⁴

⁴³ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Monopólios naturais e licitações de serviços públicos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 255-271, 2011.

⁴⁴ JOSKOW, P. L. *Regulation of Natural Monopoly*. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Handbook of Law and Economics, vol. 2, cap. 16, p. 1340.

O caso concreto envolveu vários temas interessantes, como a própria possibilidade de a Agência Estadual de São Paulo regular o setor, sendo a regulação de competência municipal (ADI nº. 1.842, STF), bem como a ocorrência de *Margin Squeeze*⁴⁵ (quando há uma margem de venda tão estreita entre o valor de venda definido pelo fornecedor de insumo essencial para o seu rival e os preços de venda a jusante - cliente final -, que o rival não consegue sobreviver ou competir de fato).

Embora tais denúncias não tenham sido acolhidas pelo CADE, rejeitadas em razão de a SABESP deter a posição de dominante somente para parte dos usuários finais (delimitação do mercado relevante), o debate traz à tona dificuldade existente na regulação desse setor.

Em síntese, imperioso que se tenha um órgão central de normatização setorial para o saneamento básico, questão ainda de definição incipiente, mesmo com o reforço do novo marco legal do saneamento, assim como necessário o avanço do desenvolvimento do próprio poder regulador, de modo geral, na ordem jurídica brasileira, sob pena de restar prejudicada a eficiência de atividades econômicas e serviços públicos como o saneamento básico, que, como visto, constituem forma de garantia ao acesso à população do próprio direito fundamental à saúde.

VI - CONCLUSÕES

Ao passar por toda a investigação aqui proposta, que envolve os fenômenos da normatização, da regulamentação e da regulação, pode-se afirmar a importância do estudo, da

Amsterdam: Elsevier, 2007.

⁴⁵ O *margin squeeze* somente pode surgir quando: (i) uma empresa a montante produz um insumo para o qual não há bons substitutos econômicos; (ii) a empresa a montante vende o insumo para uma ou mais empresas a jusante (não integradas); (iii) a empresa a montante também compete diretamente no mercado a jusante contra aquelas empresas (não integradas). Ver: *Policy reuntables*, Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE).

delimitação e da diferenciação dos indigitados instrumentos normativos, passando-se pela análise constitucional do tema, do que se extrai a prerrogativa exclusiva do processo legislativo formal (estando-se ciente e sem adentrar, por ora, em eventual análise de entendimento divergente ou da compreensão atual de que há atividade normativa na função jurisdicional) em criar direitos e obrigações no sistema jurídico brasileiro (preceito primário), até o poder regulamentar clássico (preceito secundário) e, propriamente, ao poder regulatório, que, como evolução desses instrumentos prescritivos, acabou por receber a atribuição constitucional de inovar, de modo geral e abstrato, no ordenamento jurídico, desde que dentro da respectiva seara técnica setorial e baseado nos *standards* indicados pela lei em questão.

Seja como for, evidencia-se a relevância do direito regulatório e de sua (almejada) eficiência para a sociedade, o que se depreende dos próprios setores regulados, a exemplo do sistema financeiro e mercado de capitais, energia elétrica e saneamento básico, entre tanto outros. Assim também se revela a dificuldade de se navegar em águas pacificadas quando se enfrentam alguns tópicos relacionados à normatização por parte das agências reguladoras, especialmente diante das peculiaridades de cada setor, como, por exemplo, é o caso do saneamento básico.

E daí o interesse em se debruçar sobre o tema, notadamente no sentido de se fixar o espaço adequado de cada um desses instrumentos normativos, regulamentadores e regulatórios na ordem jurídica, permitindo a perfeita compreensão do caráter cogente, geral e de fomento dos institutos.

Inegável, portanto, compreender a existência e a importância da atividade normativa setorial promovida pela disciplina da regulação e a sua condição de, ainda, maior jovialidade (sobretudo se comparada aos demais fenômenos aqui analisados – normatização e regulamentação), e, por isso, aliás, foi dada maior atenção no presente estudo, inclusive buscando-se trazer caso aplicado que envolveu temas relacionados ao referido

objeto – regulação, na tentativa de que se possa extrair a melhor compreensão possível da temática que é tão relevante para o desenvolvimento econômico e social do País.

Assim sendo e de qualquer forma, a título de conclusão contributiva, propõem-se (alguns) acordos semânticos, ainda que provisórios e passíveis de revisão, a depender do passar do tempo e da maturação das temáticas e de suas respectivas compreensões.

Nessa linha, *lato sensu*, compreende-se que os termos normatização e regulação podem ser entendidos como sinônimos, desde que ressalvado se tratar de suas utilizações em sentido amplo. Nesse caso, tanto normatização, como regulação, servem e possuem o sentido de disciplinar comportamentos, por meio de comandos jurídicos prescritivos.

Todavia, *stricto sensu*, normatização e regulação diferem de significado, porquanto o primeiro termo serve para descrever, como já salientado nesse estudo, a prerrogativa exclusiva do processo legislativo formal (e também jurisdicional, conforme entendimento hoje existente, em que pese possa não ser pacífico) em criar direitos e obrigações no sistema jurídico brasileiro (preceito primário); sendo que a regulação, por sua vez, consiste no poder regulatório, atribuído constitucionalmente, de inovar, modo geral e abstrato, no ordenamento jurídico, desde que dentro da seara técnica setorial e baseado nos *standards* trazidos pela lei; seja destinada a serviços públicos, a exemplo do saneamento básico e da energia elétrica; bem como de outras atividades econômicas eleitas, como mercado de capitais, aviação e atividade portuária.⁴⁶

Já regulamentação, por sua vez, não se trata de sinônimo dos termos anteriores – normatização e regulação, seja em sentido lato e tampouco estrito, uma vez que possui significado,

⁴⁶ No que tange à chamada autorregulação, por sua vez, quando se pretender referir ao indigitado fenômeno em sentido estrito, técnico-jurídico, por se diferir substancialmente da regulação (fenômeno) compreendido em nosso ordenamento jurídico, melhor e mais adequado se falar, então, em autodisciplina.

quijá unísono, em âmbito jurídico, de detalhar disposições (norma regulamentadora) para a correta execução ou aplicação da norma regulamentada, compreendido, assim, como poder regulamentar clássico (preceito secundário).

Dessa forma, considerando a sugestão proposta, que, como se disse, obviamente é passível de revisão e aprimoramento a partir da maturação das temáticas aqui tratadas, acredita-se que o acordo semântico proposto poderá ensejar maior precisão técnica e afastar compreensões equivocadas a respeito dos limites de incidência dos institutos aqui investigados e analisados.



VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BARROS FILHO, Fernando do Rego. O Impacto da Regulação Ambiental na Atividade Agropecuária Brasileira. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- BELCHIOR, Wilson Sales. Novo Marco Legal do Saneamento. *In: JOTA*, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332105/novo-marco-legal-do-saneamento-basico---impactos-e-novidades-para-o-setor>. Acesso em: 30 mar. 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2012.
- CIRNE LIMA, Rui. Princípios do Direito Administrativo. 5º

- Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.
- DUTRA, Joisa; KAERCHER, Gustavo. Regulação contratual ou discricionária no saneamento? A dicotomia entre um tipo e outro oculta a não-regulação, o que felizmente não está no horizonte. *In: JOTA*, 2011. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021>. Acesso em: 30 mar. 2024.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 44, p. 9/41, 2013.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958. *Revista De Direito Administrativo*, 84, 24–39, 1966. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v84.1966.28193>>. Acesso em: 30 mar. 2024.
- FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, A. C. M. Direito da Regulação: Falhas de Mercado. *Interesse Público (Impresso)*, v. 18, 2016, p. 133/153.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5ª. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 225.
- GUERRA, Sérgio. Regulamentação e Regulação: Distinções Necessárias - Caso Anvisa: Regulação Setorial do Tabaco: ADI nº 4874, STF. *Revista de Direito Público da Economia [Recurso Eletrônico]*. Belo Horizonte, v.18, n. 71, jul./set. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38881>>. Acesso em: 30 março, 2024, p. 62/63.
- JOSKOW, P. L. *Regulation of Natural Monopoly*. *In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Handbook of*

- Law and Economics, vol. 2, cap. 16, p. 1340. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.
- LÍBANO, Paulo Augusto Cunha e outros. Dimensão da qualidade da água: avaliação da relação entre indicadores sociais, de disponibilidade hídrica, de saneamento e de saúde pública. *Revista Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 219-228, jul/set. 2005.
- LIMA, Sérgio Henrique de Oliveira; OLIVEIRA, Francisco Durval; COELHO, Antonio Carlos Dias. Regulação e Regulamentação na Perspectiva da Contabilidade. XIV Congresso de Contabilidade e Controladoria da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, USP, julho de 2014. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos142014/156.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Monopólios naturais e licitações de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 255-271, 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Normatividade Legal vs. Regulação – Caso TV a Cabo, STF: ADI nº 4.923, STF, *in*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da Regulação: Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira – A Convivência dos Tribunais e órgãos de Controle*

- com Agências Reguladoras, Autoridade da Concorrência e Livre Iniciativa, 2ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2021 (Capítulo 3 da Seção 1), p. 43/56.
- MOREIRA, Egon Bockmann; JAMUR GOMES, Gabriel. Regulação Pró-competição. Concorrência no Mercado – Caso SEMASA vs. SABESP, CADE. Dinâmica da Regulação. Coordenação BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUERRA, Sérgio; MARQUES NETO, Fernando de Azevedo. 3ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.
- SILVA, M. A. Análise da regulação contábil: um ensaio à luz da teoria tridimensional do direito, da teoria normativa da contabilidade e do gerenciamento da informação contábil, numa perspectiva interdisciplinar. Dissertação de Mestrado, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 2007.
- SOUTO, M. J. V. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In A. S. de ARAGÃO (Coord.). O poder normativo das agências reguladoras (pp. 95-107, 2a ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SUNSTEIN, Cass. *Nudges. Gov – Behaviorally Informed Regulation*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Law and Economics*, Cap. 28, p. 741. Oxford: Oxford Press, 2014.
- WAGNER NESTER, Alexandre. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.