

Definição do Direito da Regulação Econômica*

Marie-Anne Frison-Roche

Professora das Universidades no Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po). Diretora da Cadeira de Regulação

Sumário: I O pano de fundo do direito da regulação: economia de mercado e globalização - **II** A regulação: aparelhagem dos setores construída sobre um princípio de concorrência em equilíbrio com outros imperativos

I O direito da regulação econômica se realiza, em grande parte, sobre as cinzas da organização econômica construída em torno de monopólios estatais prestadores de serviços públicos e dentro da perspectiva da globalização. Enquanto que o sentido do conceito de “regulação” permanece incerto em direito, ele fornece o substrato sobre o qual se constroem novos *corpus* unificados de regras.¹ Não se pretende afirmar que tal termo se remete de uma maneira definitiva e completa a esta ou aquela realidade institucional (exercício que seria cansativo e sem resultado),² uma vez que, tratando-se de expressão polissêmica por excelência,³ diversas definições de regulação são admissíveis.⁴ Para os presentes fins, basta que se chegue a um consenso sobre as palavras, dentro de uma visão pragmática da linguagem, ou seja, basta atribuir às palavras um sentido não só para o ter como ponto de referência mas também para se remeter a um conjunto de regras coerentes (o regime jurídico), o que torna a definição eficaz, sem que com isso se pretenda expressar as coisas em si mesmas, em disputas ontológicas tão

* Texto originalmente publicado no *Recueil Dalloz*, n. 2, Paris: Dalloz, 2004, p. 126-129. Agradecemos à autora pela sua gentil colaboração com o tradutor e autorização para a publicação deste artigo. Tradução de Thales Morais da Costa (Doutorando em Direito pela Universidade Paris 1 - Panthéon-Sorbonne).

¹ FRISON-ROCHE, M.A. La Régulation, Objet d'une Branche du Droit. In: *Droit de la Régulation: Questions d'actualité. Les Petites Affiches (LPA)*, 3 jun. 2002, p. 3.

² V. por ex. BROUSSEAU, E. Les Marchés Peuvent-ils s'autoréguler?. In: *Concurrence et Régulation des Marchés. Cahiers Français*, n. 313, mar.-abr. 2003, p. 64-70: "... nada é mais indefinido do que os termos de mercado e de regulação" (p. 64).

³ Régulation. In: NICOLAS, M.; RODRIGUES, S. (Org.). *Dictionnaire Économique et Juridique des Services Publics en Europe*. Paris: ISUPE, 1998, p. 220-223: "Conceito polissêmico, a regulação tende a qualificar o novo dispositivo institucional que enquadra as indústrias de rede em curso de liberalização" (p. 220). Mais adiante: "as duas formas de regulação econômica são o Estado e o mercado" (ibid.). No sentido de regulação enquanto simples sinônimo da política econômica, v. PRAGER, J.C.; VILLEROY DE GALHAU, F. *18 Leçons sur la Politique Économique. A la Recherche de la Régulation*. Paris: Seuil, 2003, esp. p. 16 et seq. e p. 527 et seq.

⁴ V. Les Différentes Définitions de la Régulation. In: *La Régulation: Monisme ou Pluralisme ? Les Petites Affiches (LPA)*, 10 jul. 1998, p. 5. Sobre a idéia mesmo de pertinência de diversas definições, v. JEAMMAUD, A. Introduction à la Sémantique de la Régulation Juridique. Des Concepts en Jeu. In: *Les Transformations de la Régulation Juridique*. Paris: LGDJ, 1998, p. 42-72, esp. p. 53. Coleção "Droit et Société. Recherches et Travaux".

sem fim quanto se poderia tentar encontrar definições incontestáveis. Nessa matéria, as questões de vocabulário devem ser vistas pelo que são, ou seja, o que é preciso esclarecer para evitar ao máximo possível o implícito e o duplo sentido⁵ e tornar o mais fácil e ordenado possível a execução das regras, nada mais do que isso — logo, nada de designação exata e exaustiva do mundo — mas nada menos também.

2 É esse o objeto dos prolegômenos que seguem. Para definir o direito da regulação econômica, é preciso esclarecer primeiramente aquilo que lhe serve de pano de fundo, ou seja, notadamente, a economia de mercado e, por via de consequência, a globalização. Uma vez realizada esta tarefa, será possível propor uma definição da regulação econômica, o que supõe passar por definições que vão da mais geral à mais específica. A primeira definição se confundirá com o próprio direito. A segunda apresentará a regulação como limite imposto ao exercício de poderes e como re-equilíbrio de relações de força. A terceira chegará ao que é proposto aqui: o direito da regulação identificado pelos setores sobre os quais ele se exerce, no sentido de que estes setores devem ser construídos e mantidos num equilíbrio entre o princípio de concorrência e outros princípios. Trata-se dos setores bancário, de seguros, de finanças, de medicamentos, de telecomunicações, de energia e de transportes, nos quais a finalidade da regulação é mais freqüentemente confiada a uma autoridade setorial de regulação.

I O pano de fundo do direito da regulação: economia de mercado e globalização

3 As regulações impostas pelo direito apóiam-se atualmente sobre o princípio da economia de mercado. Convém inicialmente esclarecer o significado deste último termo, e, para tanto, o foco de atenção é mais o papel que incumbe ao direito⁶ dentro da economia de mercado do que a definição desse tipo de economia (o que seria uma tarefa em si mesma perigosa). A economia de mercado nunca significou a ausência de direito, mesmo na concepção mais minimalista do enquadramento jurídico da

⁵ O que diz respeito à técnica do vocabulário legislativo, o qual deve evitar esses perigos. SNOW, V. G. *Le Style Législatif: Question de Droit ou de Langue?*. In: MOLFESSIS, N. (Org.). *Les Mots de la Loi*. Paris: Economica, 1999, coleção "Etudes juridiques", p. 89-93, que estuda a relação da língua utilizada e de seu estilo com o direito de referência (francês ou de *common law*).

⁶ Antoine Lyon-Caen trata da "demonstração de que o mercado, do qual o direito e os juristas falam, não tem nada de natural. O direito é responsável por sua construção" (prefácio de TORRÉ-SCHRAUB, M. *Essai sur la Construction Juridique de la Notion de Marché*. Paris: LGDJ, 2002. Coleção "Bibliothèque de Droit Privé", p. V). Para um trabalho bastante completo, cf. BOUTHINON-DUMAS, H. *L'appréhension du Marché par le Droit*. In: *L'histoire des Représentations du Marché* (no prelo) e as diversas referências citadas.

economia.⁷ Primeiramente, um mercado é um sistema de trocas que se relaciona com os princípios liberais de livre acesso para os que realizam a oferta, de competição possível entre eles, e de liberdade dos que procuram adquirir, todo esse conjunto tendo como pressuposto a liberdade contratual⁸ e a propriedade privada. A existência necessária da propriedade privada não exclui, todavia, a propriedade pública, principalmente sob a forma da empresa pública — essa tolerância é traduzida pela regra européia de neutralidade do capital, prevendo os mesmos direitos e as mesmas obrigações para as empresas privadas e para as empresas públicas.

4 Assim, a economia de mercado não tem a espontaneidade que às vezes lhe é atribuída, a vitalidade que caracteriza sobretudo a economia mafiosa.⁹ A economia de mercado nasceu do direito e continua a ser enquadrada por seus instrumentos e por suas exigências. Além disso, é possível que ela precise ser organizada de maneira específica, em razão de particularidades de um setor — intervenção que passa mais freqüentemente pela institucionalização de organismos públicos *ad hoc*: as autoridades de regulação —, sem que por isso a economia deixe de funcionar segundo o princípio liberal, como demonstra o caso dos Estados Unidos: economia que não apenas sempre foi liberal, mas que também é a que mais cedo se viu submetida a intervenções regulamentadoras e à prática das autoridades de regulação. Não há portanto contradição em que uma economia liberal seja o objeto de regulações, a partir do momento em que não é possível se contentar unicamente com a lei da oferta e da procura, cujo princípio é tido como incontestável.

5 Dessa forma, no exato sentido do termo, o direito da concorrência — pelo menos na medida em que ele sanciona os comportamentos anti-concorrenciais ou proíbe os incentivos estatais — não adota uma perspectiva de regulação, visto que se trata apenas de reconduzir, de forma casuística, os comportamentos irregulares para a lei da oferta e da procura.¹⁰ Por outro lado, encontram-se mecanismos jurídicos no interior mesmo do

⁷ Assim, na tese de Hayek, o direito é a garantia da não-interferência dos poderes no exercício individual das liberdades. Nesse aspecto, ainda que sob a forma negativa, o direito continua sendo necessário. HAYEK, V. *F. Droit, Législation et Liberté*. PUF, 1995, 3 v., re-edição coleção "Quadrige", especialmente o primeiro volume "Regras e ordem".

⁸ Sobre a preferência do direito do contrato em detrimento da economia de mercado, v. ZÉNATI, F. *Le Droit et l'économie au-delà de Marx*. In: *Droit et Economie. Archives de Philosophie du Droit*. Sirey, 1992, t. 37, p. 121-129.

⁹ De um ponto de vista mais genérico, v. ROMANO, S. *L'ordre Juridique*. Dalloz, 1975.

¹⁰ *Contra* GALLOT, J. *Qu'est-ce que la Régulation? Contribution pour une Définition*. *Revue Conc. Consom.*, jan. 2001.

direito da concorrência que decorrem de procedimentos de regulação, pois se trata de construir e de manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes pela sua própria força. Assim, a teoria das instalações essenciais, que organiza (ainda que *ex post*) o acesso de terceiros às redes de infraestrutura monopolizadas é uma maneira jurisprudencial de se chegar a um sistema de regulação.¹¹ A mesma constatação pode ser feita a respeito do controle de concentrações, dependendo da função que lhe é atribuída. Se ele é concebido apenas em termos de prevenção de futuros comportamentos anticoncorrenciais, esse controle é uma forma de proteção antecipada do livre funcionamento do mercado competitivo; mas também é possível considerar tal controle como uma construção do mercado realizada no momento de uma de suas mudanças estruturais, o que o coloca ao lado da regulação.¹²

6 Se hoje em dia há um problema de ajuste entre a economia de mercado e a regulação, ele decorre essencialmente da não-coincidência entre os territórios da normatividade jurídica (fronteira, nação, Estado) e os mercados econômicos cujo funcionamento se pretende regular. Essa explosão dos territórios é associada ao fenômeno da globalização.¹³ Existe então uma relação dialética entre regulação e globalização. Seria mais exato falar de “dificuldade” dialética: no mesmo instante em que as trocas e as relações de força não são mais bloqueadas pelas fronteiras, torna-se necessário editar regras para disciplinar os comportamentos — o que é frequentemente designado como a necessidade de uma “regulação da globalização” —, mas paradoxalmente os procedimentos de regulação são eles mesmos enfraquecidos, posto que as regulações públicas perderam as fronteiras no interior das quais elas se manifestavam e que a simples remissão à esfera interior das pessoas e das profissões (ou seja, a auto-regulação¹⁴ e a deontologia) revela também todas suas fraquezas.

¹¹ Entre Concurrence et Régulation, la Théorie des Facilités Essentielles. *Rev. Conc. Consom.*, 2001, p. 37.

¹² IDOT, L. Mondialisation, Liberté et Régulation de la Concurrence: le Contrôle des Concentrations. *RID Econ.*, 2002, p. 175.

¹³ A respeito da revolução que isso representa, v. AUBY, J.B. *La Globalisation, le Droit et l'Etat*. Montchrestien, 2003. Coleção “Clefs”. Especificamente com relação aos fenômenos de mercado e de regulação, v. KAHN, *Mélanges P. Souveraineté Étatique et Marchés Internationaux à la fin du XXe Siècle*. Litec, 2000, v. em especial as contribuições relativas ao tema da “ultrapassagem da soberania pelas exigências de cooperação interestatal”, como a de SOREL, M. *Les Etats face aux Marchés Financiers*, p. 507-543. RUIZ-FABRI, V. H. Immatériel, Territorialité de l'Etat. In: *Le Droit et l'immatériel. Archives de Philosophie du Droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 197-212; LOQUIN, E. Délimitation Juridique des Espaces Monétaires Nationaux et Espace Monétaire Transnational. In: *Droit et Monnaie: Etats et Espace Monétaire Transnational*. Litec, 1988, p. 425-462; ARNAUD, A.J. *Critique de la Raison Juridique*. 2. Gouvernants sans Frontières. Entre Mondialisation et Postmondialisation. LGDJ, 2003.

¹⁴ V. por ex. BROUSSEAU, E. *Les Marchés Peuvent-ils s'autoréguler?*, cit. V. também CLEMENT, P. *Gouvernement d'entreprise: Liberté, Transparence, Responsabilité. De l'autorégulation à la Loi. Rapport d'information*, n. 1270, Ass. Nat., décembre 2003.

7 Da mesma forma que o direito da concorrência só excepcionalmente integra a regulação, a globalização é mais ampla do que a regulação dos mercados na medida em que ela visa em primeiro lugar ao comércio, depois à concorrência e em seguida à organização setorial. Com efeito, as formas da globalização podem ser reduzidas a duas, quase antagônicas. Primeiramente, a globalização designa a explosão da mobilidade internacional, através da internacionalização das trocas e dos deslocamentos de pessoas, de bens e de capitais. Trata-se de comércio. Essa internacionalização se aproxima, pela amplitude do fenômeno, daquelas que a história conheceu, por exemplo, no caso do Império Romano. Ela implica, como suas predecessoras, um fenômeno de interdependência, pois o país que aparece como dominante torna-se igualmente dependente dos países conquistados, notadamente no que toca ao aprovisionamento de matérias-primas e de produtos manufaturados. Era o caso de Roma antigamente, é o caso dos Estados Unidos hoje em dia.

8 A mobilidade e a interdependência resultantes da globalização constituem, é verdade, um desafio para a concretização do direito, mas elas não chegam a atingir sua natureza, pois elas ainda fazem referência à distinção familiar entre o imóvel e o móvel. Com efeito, uma vez que se trata de aceleração e de conexões, é necessário mas também é suficiente que o direito acelere sua concretização e construa ao seu redor interdependências similares pelo jogo clássico das cooperações técnicas e pela adoção de convenções internacionais. A questão teórica e a dificuldade pragmática são consideráveis (a integração de uma Europa judiciária procura responder a essas exigências),¹⁵ mas o direito dessa globalização ainda é o direito internacional, proveniente no final das contas do direito estatal interno que disciplina as ações internacionais dos titulares de direito soberanos e que organiza os efeitos extraterritoriais do exercício que tais titulares fazem de seu poder interno.

9 A dificuldade é mais frontal (visto que conceitual) quando a globalização designa a constituição aterritorial de espaços virtuais, tais como os espaços por onde circulam os produtos financeiros e as informações. Trata-se, então, não somente de comércio, mas também da constituição de setores globais. Neste caso, o direito deve rever sua natureza,¹⁶ pois, até

¹⁵ V. por ex. *L'espace Judiciaire Européen. Les Petites Affiches*, 27 set. 2002.

¹⁶ Nesse sentido de uma certa urgência, mas particularmente em consideração do direito estadunidense, v. ARNAUD, A.J. *La Globalisation: Repenser le Droit?*. In: *Entre Modernité et Mondialisation, Cinq Leçons d'histoire et de la Philosophie du Droit et de l'État*. Paris: LDGJ, 1998. Coleção "Droit et Société".

então, sendo ele mesmo imaterial — enquanto palavra que imputa um efeito a uma situação descrita previamente por ele (imputação abstrata no caso da lei, imputação concreta no caso do contrato ou do julgamento)¹⁷ —, o direito sempre se serviu de alguma coisa: solos, coisas ou indivíduos. Essa forma de globalização vai gerar necessariamente um direito que deve ultrapassar esses limites,¹⁸ específico no sentido de que ele deverá ou ser interiorizado aos mecanismos técnicos em si (no caso da internet, por exemplo), ou ser assumido pelos operadores do setor (bancos ou intermediários financeiros principalmente).¹⁹ Consistindo essa globalização não em uma aproximação dos espaços, mas na sua neutralização através de setores particulares, ela põe os Estados em dificuldade, pois estes entes se desenvolvem com base em territórios.²⁰

10 Esta é a razão pela qual a globalização interfere no direito da regulação: não somente porque é nos setores regulados que ela se desenvolveu mais depressa (principalmente as comunicações e os produtos financeiros), mas também porque os instrumentos da regulação — por exemplo, a mistura entre coação e incentivo, e as autoridades tecnocráticas de regulação — são por enquanto os mecanismos aos quais, na falta de instituições mais democráticas, é confiada a tarefa de regular o mundo.²¹ Assim exposto esse panorama da regulação, qual seja o princípio do liberalismo de mercado e a existência de setores econômicos globalizados, é possível passar à questão central: a definição jurídica da regulação.²²

II A regulação: aparelhagem dos setores construída sobre um princípio de concorrência em equilíbrio com outros imperativos

11 Não se trata de abordar de uma maneira excessivamente genérica a intervenção da regra jurídica para organizar as relações entre pessoas — o direito poderia então ser inteiramente visto como um modelo de regulação social, ou seja, de ordenação da sociedade.²³ É verdade que a

¹⁷ Sobre essa estrutura inerente à regra de direito, e a correspondência entre essa estrutura da regra e a estrutura de seu ato de aplicação (correspondência que permite exatamente a aplicação da regra geral ao caso concreto), v. MOTULSKY, H. *Principes d'une Réalisation Méthodique du Droit Privé*. Paris: Sirey, 1948, re-edição Dalloz, 2002.

¹⁸ SALAH, M.M. Mohamed. *Les Contradictions du Droit Mondialisé*. Paris: PUF, 2002. Coleção "Droit, Ethique, Société".

¹⁹ Para uma análise mais aprofundada, v. Le Droit des deux Mondialisations. In: La Mondialisation entre Illusion et Utopie? *Archives de Philosophie du Droit*, n. 47, 2003, p. 17-23.

²⁰ RUIZ-FABRI, H. Immatériel, Territorialité et l'État, cit., p. 187.

²¹ Nesse sentido, COHEN, E. *L'ordre Economique Mondial*. Essai sur les Autorités de Régulation. Fayard, 2001.

²² A respeito das cautelas que devem ser adotadas no exercício mesmo de definição, v. *supra*, n° 1.

²³ Nesse sentido, CHAZEL, F.; COMMAILLE, J. (Org.). *Normes Juridiques et Régulation Sociale*. Paris: LGDJ, 1991. Coleção "Droit et Société". Faz-se referência especialmente ao estudo de Michel Crozier que contrapõe

questão é importante, uma vez que se trata de introduzir o direito lá onde as relações de força, liberadas pela globalização, não têm limites. Mas não se distinguiria mais a regulação do direito. Isso levaria então a retrabalhar a definição do próprio direito, principalmente em sua relação com a economia. A tarefa é concebível. Mas ela é diferente do objeto das presentes reflexões: visa-se aqui não a melhor estabelecer as relações entre direito e economia, mas a identificar no interior do sistema jurídico o que corresponde especificamente à regulação. Se se estreitar então um pouco mais o sentido atribuído à regulação, descobrir-se-á a idéia de que ela distancia a pessoa titular de um poder de seu exercício efetivo; a regulação obriga o detentor do poder a seguir regras no uso que ele faz desse poder. Historicamente, o objeto da regulação é antes de mais nada político, impondo regras aos poderes públicos²⁴ — podendo a Constituição ser observada sob esse ângulo.

12 O segundo sentido remete de maneira mais genérica à regulação como instrumento de uma política de equilíbrio de poderes. A matéria econômica não está muito longe dessa concepção, uma vez que essa idéia foi claramente adotada pela lei francesa de 15 de maio de 2001 sobre as novas regulações econômicas (NRE),²⁵ a qual somente tem sentido na medida em que se considerar essa vontade de equilíbrio. Isso justifica principalmente o fato de que o texto trata tanto das ofertas públicas de compra e troca de ações, como dos contratos entre produtores e distribuidores, assim que das relações entre acionistas e dirigentes sociais, ao passo que os setores regulados não são abordados em si mesmos e que a reforma da Autoridade dos mercados financeiros* foi reportada à lei posterior de 1º de agosto de 2003 sobre a segurança financeira.²⁶

13 Esse sentido ainda amplo da regulação corresponde a um direito que resta político pela posição que ele adota: a designação de interesses

a regulação ao controle social, no sentido de que o controle social vem do exterior, enquanto que a regulação está inserida na própria mecânica das relações interindividuais e atua mais sobre as incitações que sobre a ordem hierarquicamente estabelecida (*Le Problème de la Régulation dans les Sociétés Complexes Modernes*, p. 129-135). Sobre esse distanciamento do exterior, v. também o estudo de AUBY, J. B. *Prescription Juridique et Production Juridique* (ibid., p. 159-170), especialmente a ligação com a instrumentalização do direito (p. 166).

²⁴ F.-X. Testu sublinhava o uso do termo "regulação" por Jean Bodin, que no entanto foi um teórico da soberania: o direito público tinha por função, aplicado à pessoa do Rei, de colocá-lo em distância em relação a seu próprio poder (*La Distinction du Droit Public et du Droit Privé est-elle Idéologique? Recueil Dalloz*, 1998, Chroniques, p. 345).

²⁵ V., por exemplo, BANDRAC, M.; DOM, J.R. *Loi NRE et Autres Réformes. Joly Affaires*, 2001.

* A "Autoridade dos mercados financeiros" é o regulador do sistema financeiro francês (N. do T.)

²⁶ V., por exemplo, RAMEIX, G. *L'Autorité de Marché Financier*. In: *La loi de Sécurité Financière. Les Petites Affiches*, 14 nov. 2003, p. 12.

legítimos, a articulação de poderes. Mas pouco importa agora nesta definição que o objeto sobre o qual se exerce a regulação seja de natureza pública ou não. A regulação abandona portanto o campo do direito público para penetrar em todo lugar onde houver poderes unilaterais exercidos, especialmente dentro das empresas (idéia a que remete a lei NRE).

14 Mas uma definição tão ampla dificilmente permite que se faça referência a um *corpus* unificado de regras. O uso da palavra “regulação” continua a ser mais uma maneira de falar do direito do que uma parte desse mesmo direito. Por outro lado, na hipótese de se criar um vínculo jurídico entre a regulação e alguns setores particulares, em uma perspectiva ainda mais estreita, a definição torna-se operatória, visto que ela se remete a normas comuns que poderiam ser tratadas de forma similar (em sua interpretação, por exemplo). De uma maneira geral, uma definição é adequada se ela é eficaz, ou seja, se ela permite que se faça alusão a regras técnicas comuns. O argumento me parece decisivo: naturalmente, o direito dispõe do real, ele o molda e o recorta em seus diferentes ramos. O corte deve ser mais ou menos sutil conforme se queira obter coerência e unidade de regras. Ao vincular-se a definição jurídica da regulação econômica aos setores tecnicamente específicos abertos em parte à concorrência, obtém-se esse efeito, por exemplo, através das regras de acesso às redes, ou das relações entre operadores e regulador construídas sob as mesmas normas qualquer que seja o setor. É possível dizer-se então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele — do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos — que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflito e que inclui geralmente a criação de um regulador independente. Através dessa aparelhagem jurídica, o sistema de regulação cria e mantém um equilíbrio entre a concorrência e outro princípio além da concorrência dentro dos setores econômicos que não os podem criar ou manter por si próprios ou apoiando-se somente sobre o quadro geral do direito da concorrência.²⁷

15 Não se comete mais o contra-senso de confundir a regulação* com o termo inglês “*regulation*”, o qual remete à regulamentação. A esse

²⁷ Encontra-se essa idéia no estudo semântico de Antoine Jeammaud (Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu, *cit.*), no momento em que ele afirma, a respeito da regulação, que “é esse o conceito que a teoria e a sociologia do direito podem reter de modo útil: o conceito de um trabalho de estabilização e de perenização, que passa pela realização de regularidades, mas também de correções, para a qual concorrem diversos procedimentos” (p. 55). Sobre a disputa em torno dessa definição, v. especialmente FRISON-ROCHE, M.A. Le Droit de la Régulation. *Recueil Dalloz* 2001, Chroniques, p. 610, e BOY, L. *Réflexions sur le Droit de la Régulation (à propos de l'article de M.-A. Frison-Roche)*, *ibid.*, p. 3031.

* Em francês, o equivalente de regulação é “*régulation*” (N. do T.).

respeito, o vocábulo anglo-saxão é ao mesmo tempo mais restrito que o conceito francês (visto que aquele se refere unicamente à regulamentação) e mais amplo (posto que o primeiro diz respeito a todas as formas de intervenção das autoridades públicas adotando a forma regulamentar).²⁸ Para distinguir esses falsos amigos, um argumento ao absurdo basta: uma vez que se trata de linguagem, observa-se que os organismos qualificados expressamente como “autoridades de regulação”, por exemplo a Autoridade de regulação das telecomunicações (ART), não dispõem do poder regulamentar, o que supõe que é possível regular sem regulamentar — o sentido dos dois termos não pode portanto ser confundido. A regulação remete então não à regulamentação econômica (“*regulation*”, em inglês), mas aos “*regulatory systems*”,²⁹ que exprimem o conjunto de dispositivos e instituições que exprimem essa nova forma de políticas públicas.

16 É possível que se trate ainda aqui de uma concepção relativamente ampla se ela se distanciar do critério do setor, integrando todas as ações públicas praticadas a fim de obter resultados não produzidos pelo mercado. O espectro das regulações chegaria, então, a quase se confundir com a ação pública relacionada com a organização econômica, indo desde a educação até a saúde, passando pela proteção do meio ambiente. Mas ao se atrelar o direito da regulação econômica aos setores técnicos regulados, conforme quer o legislador, a regulação reagrupará então as aparelhagens jurídicas sucessivamente concebidas para os transportes aéreos e ferroviários, os seguros, os bancos e as finanças, os medicamentos, a energia (o gás e a eletricidade), as telecomunicações e o audiovisual, os serviços postais. O legislador francês adotou textos específicos para cada um dos setores. Alguns legisladores estrangeiros também elaboraram leis enquadrando os sistemas de regulação, principalmente para estabelecer as regras comuns a todas as autoridades de regulação antes de declinar as regras particulares setor por setor.³⁰

²⁸ THOERING, J.C. L'usage Analytique du Concept de Régulation. In: COMMAILLE, J.; JOBERT, B. *Les Métamorphoses de la Régulation Politique*. Paris: LGDJ, 1998, p. 35-53, esp. p. 35. Coleção “Droit et société”.

²⁹ É por exemplo sob o vocábulo “*Regulatory law*” que o direito é ensinado nas universidades estadunidenses (em Harvard, por exemplo), misturando cursos de direito administrativo, de direito institucional e dos direitos de cada um dos setores respectivos, especialmente os de indústrias de rede. Sobre a questão de fundo, v. VISCUSI, W. Kip; VERNON, J. M.; HARRINGTON, J. E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3. ed. MIT Press, 2000. Para uma análise mais jurídica, v. por exemplo PIERCE, R. J.; GELHORN, E. *Regulated Industries*. West Group, 1999, esp. p. 339 et seq.

³⁰ FRISON-ROCHE, M.A. Le Nouvel art Législatif Requis par les Secteurs Régulés. In: *Règles et Pouvoirs dans les Systèmes de Régulation*. Paris: Presses de Sciences Po-Daloz, 2004. Série “Droit et Economie de la Régulation”.

17 Nessa acepção, que tem o grande mérito de remeter a um regime jurídico unificado (ou unificável) e coerente, a regulação não diz mais respeito nem ao titular de direito (público ou privado) nem a um objetivo ético como o equilíbrio de poderes e a compensação das relações entre poderes desiguais, mas, sim, ao objeto, à coisa sobre a qual porta a regulação: o setor específico aberto à concorrência, mas não deixado à sua mercê. Sob o mesmo modo tautológico, esse direito se caracteriza mais frequentemente pela existência de uma autoridade de regulação, denominada enquanto tal e expressamente encarregada de regular o setor.³¹ O vocabulário não vale razão, ele é tomado aqui como ponto de referência.

18 Os sentidos precedentemente descritos de regulação — quais sejam: a organização do exercício do poder público por seu titular, em seguida o reequilíbrio das relações de força, e por último a organização permanente de setores econômicos que não são orientados exclusivamente pelo princípio de concorrência — não se excluem uns aos outros. Eles se entrelaçam muito bem. Assim, o regulador, novo “senhor” do sistema, é colocado à distância de seu próprio poder, pelos controles, pelos recursos, pela imposição de princípios do processo e pela obrigação de motivação.³² Reencontra-se aqui o sentido genérico de regulação. Ao mesmo tempo, se o regulador é inteiramente guiado pela construção de equilíbrios ao mesmo tempo intrínsecos e criados artificialmente para o setor, o sistema visa a proteger aquele que possui menos condições de participar do jogo, por exemplo o consumidor. Essa consideração do consumidor (inclusive do insolvente)³³

³¹ Assim, o novo artigo L. 621-1 do Código monetário e financeiro francês, proveniente do artigo 1º da lei de 1º de agosto de 2003 de segurança financeira, dispõe que a Autoridade dos mercados financeiros (AMF) “concorre para a regulação desses mercados na escala europeia e internacional”. A propósito da AMF, v. THOMASSET-PIERRE, S. *Création de l’Autorité des Marchés Financiers*. *Recueil Dalloz*, 2003, Chroniques, p. 2951; AUCKENTHALER, F. *L’Autorité des Marchés Financiers: Aperçu Rapide du Projet de Loi de Sécurité Financière*. *Bulletin Joly Bourse*, mar./abr. 2003, §22, p. 141 et seq.; e BONNEAU, T. *Des Nouveautés Bancaires et Financières Issues de la Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de Sécurité Financière*. JCP éd. 2003, I, 1325, esp. n. 8 et seq.

* Na versão original, a Autora qualifica o regulador como novo “roitelet” do sistema. O termo francês “roitelet” simboliza, em termos pejorativos, o rei de um Estado muito pequeno (N. do T.).

³² É isso o que mais unifica as diversas autoridades de regulação, não somente todas que o direito francês disseminou setor por setor, mas também as autoridades de regulação adotadas por diferentes países. Sobre a primeira perspectiva, v. DELICOSTOPOULOS, C. S. *L’encadrement Processuel des Autorités de Marché en Droit Français et Communautaire*. *Contentieux de la Concurrence et de la Bourse*. Paris: LGJD, 2002. Coleção “Bibliothèque de droit privé”, t. 364. Sobre a segunda perspectiva, v. PAOLI-GAGIN, V. *Les Commissions des Valeurs Mobilières aux Etats-Unis et en Europe*. *Des Origines à nos Jours*. Paris, Bruxelas: Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de l’Université Paris-V, Bruylant, 1998. Isso compensa as diferenças ainda muito fortes entre as regulações nacionais, que continuam a ser o produto de suas histórias, como demonstra o livro de Vanina Paoli-Gagin. No mesmo sentido, v. CONAC, P.H. *La Régulation des Marchés Boursiers par la Commission des Opérations de Bourse (COB) et de la Securities and Exchange Commission (SEC)*. Paris: LGD, 2002. Coleção “Bibliothèque de droit privé”, t. 386.

³³ O artigo 1º da lei n° 2000-108 de 10 de fevereiro de 2000, que dispõe sobre a modernização e o desenvolvimento do serviço público de eletricidade, exige do sistema que ele assegure “o direito à energia elétrica para todos”, pois se trata de um “produto de primeira necessidade”. Em seguida, o texto se remete às disposições da lei de 1º de dezembro de 1998 de luta contra a pobreza.

de um bem que agora se torna um bem público, conduz a essa outra definição de intervenção nas relações de força e de proteção do fraco. Esses dois primeiros sentidos, genéricos, da regulação limitam-se a interferir naquilo que constitui o direito da regulação econômica: a construção de setores nos quais a concorrência penetra, mas que ela não governa sozinha.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005.

