

Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica

Jean Eduardo Aguiar Caristina

Mestre em Direito – PUC-SP;
Professor de Direito Administrativo – Uninove.
São Paulo [Brasil]
jean@awh.com.br

Neste artigo, pretende-se demonstrar que a auto-regulação econômica se origina a partir de fontes já conhecidas pelo ordenamento jurídico, e que é atribuído a certas organizações um poder delimitado pelo próprio sistema, direta ou indiretamente, de produzir normas que formarão modelos jurídicos aplicáveis a futuros casos concretos.

Palavras-chave: Auto-regulação. Fontes. Modelos jurídicos. Regulação.

1 Introdução

Os recentes rumos traçados pela economia global e a necessidade de dinamizar os processos legislativos que sustentam a implementação de políticas econômicas provocam, no âmbito do direito econômico, indagações contundentes sobre a validade e a eficácia de diferentes manifestações normativas, pretensiosamente, reguladoras de iniciativas econômicas, além de estimular reflexões sobre quais modelos jurídicos são mais aprazíveis diante do cenário que desponta no horizonte dos países inseridos no movimento dito neoliberal.

Nesse arcabouço, exsurge a necessidade de debater questões ligadas à eficácia das políticas regulatórias, entre as quais a identificação de critérios que exponham se tais políticas (em geral, operadas por meio de veículos normativos) incorporam, de fato, os valores esculpidos no texto constitucional, em relação, especialmente, à livre iniciativa, à livre concorrência, à valorização do trabalho etc. O estudo dos diferentes níveis de regulação é uma das vertentes deste debate intenso – e, sobretudo, tão necessário –, que há de ser travado pela ciência jurídica hodierna.

Optou-se pela análise dos níveis regulatórios, em especial o da auto-regulação, a partir do questionamento sobre quais fontes e modelos do direito melhor se identificam com essa escolha política, atribuindo-lhe, por isso, a validade e a eficácia jurídica, formando uma díade interessante. Se, por um lado, expõe ao debate um fenômeno cada vez mais incidente e concreto, que é o do limite de intervenção do Estado na economia e o respeito aos valores e às liberdades econômicas, por outro, permite-nos fazer uma (re)leitura de *Fontes e modelos do direito* (REALE, 2002) e, ao mesmo tempo, homenagear a obra e a vida do professor Miguel Reale, provando, mais uma vez, a vivacidade e a atualidade do pensamento desse jurista, perfeitamente aplicável ao tema proposto.

2 Regulação econômica e o Estado mínimo: breves considerações

Discorrer com responsabilidade sobre regulação econômica exige algumas breves digressões no campo da intervenção estatal.

A intervenção surge, para os Estados, como opção de política econômica sucessora do modelo liberal. Vários movimentos, especialmente no início do século XX, mostravam-se tendentes a substituir a doutrina do *laissez faire* por um esquema que impingisse maior controle sobre os agentes econômicos, seja atribuindo aos Estados a obrigação de se posicionarem como direcionadores da economia (normalmente este poder é exercido por meio de leis e atos normativos que se impõem ‘sobre a’ economia), seja obrigando-os a concorrer com os próprios agentes econômicos (nesta opção política, o Estado age como empresário, criando as chamadas empresas estatais para atuarem ‘na’ economia). Nesse período, despontam em todo o mundo diversas manifestações políticas com intenção evidentemente intervencionista (a exemplo da Constituição de Weimar na Alemanha; da política fascista na Itália; da criação de agências reguladoras nos Estados Unidos; da intensificação das empresas estatais no Brasil e nos demais países da América Latina).

O óbito do modelo econômico liberal ocorreu em 1929 – especialmente para os países desenvolvidos –, com o chamado *crash* da bolsa norte-americana, que levou vários países a considerar que a abstenção não geraria o equilíbrio natural das relações econômicas, ao contrário do idealizado por Adam Smith, que defendia a existência de uma “mão invisível” do Estado. Qualquer esperança de retorno a essa corrente política foi desfeita com o advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que exigiu dos países (especialmente os europeus) que assumissem a direção de diversos setores da economia, seja com o desfazimento de cartéis e o combate aos monopólios, seja com a intervenção direta na produção industrial. Tendo como justificativa a elaboração de um planejamento eco-

nômico, o pós-guerra legitimou a criação de instrumentos reguladores, contra os quais muito pouco se poderia opor, em razão da peculiaridade do momento e da necessidade de centralização do poder.

A transferência do poder de direção da economia para o Estado, com o intuito de fazê-lo desempenhar o papel de mantenedor do equilíbrio e do desenvolvimento social, econômico, político e jurídico, outorgou também o encargo de manter as necessidades dos indivíduos, que depositavam, no denominado “Estado Providência” ou “Estado Social”, a confiança do planejamento; em troca, a população o legitimava e apoiava as decisões estatais. No entanto, além de uma enorme carga ideológica (que embutiu, nos administrados, a idéia de que o planejamento econômico somente se concretizaria com a imposição estatal),¹ a intervenção se tornou um modelo engessado de gestão política², pois partia do pressuposto de que todas as atividades deveriam submeter-se, em maior ou menor grau, à gerência dos Estados. Como o povo creditava ao Estado a sua legitimação para intervir, criou-se, com isso, também um vínculo obrigacional que exigia que os governos continuassem a prover as suas necessidades. Dessa forma, aumentaram os serviços públicos e, com eles, o tamanho do Estado; conseqüentemente, mais receita, autoridade e poder tornaram-se necessários.

O movimento de privatização da década de 1980 reduziu a participação estatal na economia e, sobretudo, provou que o Estado não deveria ser provedor direto dos bens e/ou serviços, mas mero regulador de seu fornecimento ou de sua execução. Ganhou espaço o chamado neoliberalismo, que não se relaciona, em nada, com abandono da economia, e sim com o controle supra-econômico de entidades técnicas, especializadas e setoriais (em geral, operadas por meio de agências). Essa nova opção política ressaltou a importância de liberdades econômicas, como a livre iniciativa, a livre concorrência e a valorização do trabalho. No crepúsculo da doutrina neoliberal, nasce a teoria da regulação, que consiste na diminuição do Estado e na conscientização de que mesmo o

absenteísmo (ausência de regulação) poderia ser uma forma equilibrada de ação estatal.

Evidentemente, nem sempre é possível distinguir regulação de intervenção³; no entanto, um detalhe pode ser útil: o modelo puramente intervencionista desconsidera a presença de agências; o Estado terá, em suas mãos, apenas mecanismos legais que pecam pelo excesso de formalismo, são contraproducentes e opostos ao novo perfil exigido da economia: dinâmica, móvel e altamente informativa, ao contrário do aparato regulador, que substitui (por delegação) o Estado por entidades dotadas de amplos poderes de definição de políticas microeconômicas. Em sentido amplo, portanto, a regulação pode ser compreendida como uma atividade estatal de ingerência e delimitação dos direitos e propriedades privadas, instituídas por políticas econômicas, visando a ordenar, equilibrar e organizar as atividades dos particulares, eliminando-se as externalidades causadoras de desequilíbrio entre os agentes econômicos. Importante realçar que a regulação não é um modelo estático, padronizado; é apenas uma escolha política operada sob diferentes formas. Há regulação, por exemplo, quando o Estado cria agências e lhes atribui competência para estipular critérios de policiamento dos agentes econômicos (como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica [Aneel], da Agência Nacional de Telecomunicações [Anatel] e da Agência Nacional do Petróleo [ANP]). Noutro cenário, dispensam-se as agências e concentram-se as competências no próprio Poder Público, mais especificamente nos Ministérios ou nas Secretarias.

Ainda podem ser incluídas duas outras formas: a desregulação e a auto-regulação. No primeiro modelo, longe de se tratar de ingerência, tem-se um absenteísmo proposital, seja por desnecessidade de intervenção, seja porque ela poderia ocasionar resultados funestos. Como a desregulação denota a idéia de liberalismo, os Estados são tendenciosos em aceitá-la.

A auto-regulação, por sua vez, implica a substituição do modelo 'regulador estatal' pelo modelo 'regulado pelos próprios agentes regulados' e

pode ser considerada a regulação levada a cabo por esses agentes, numa co-
operação implicante no compromisso entre os agentes integrantes daquele
mercado (MOREIRA, 1997).

E é justamente na auto-regulação que reside nosso interesse, pois, ao
partir do pressuposto de que ela substitui a regulação estatal, faz-se neces-
sário conhecer quais modelos jurídicos inspiram esses mercados auto-re-
gulados e atribuem validade às suas normas e decisões que, aparentemen-
te, são *sui generis*, dada nossa cultura romano-germânica que tem, na lei, o
principal *standard* jurídico.

3 A essência do mercado auto-regulado: alguns pontos polêmicos

A opção de permitir que o mercado se auto-regule, em vez de exigir
que se submeta a um modelo regulador estatal, não é sem motivo, senão
vejamos:

- a) nos mercados auto-regulados, as normas são elaboradas pelos pró-
prios associados, que levam ao conjunto normativo daquele grupo
maior adequação às suas verdadeiras necessidades; isso não ocorre no
modelo de regulação estatal, pois, por melhor que seja o ente regula-
dor, as normas por ele editadas poderão distanciar-se da realidade,
ocasionando a sua inaplicabilidade;
- b) mercados auto-regulados têm maior e melhor dinâmica na produ-
ção normativa, porque dependem apenas de seu organismo central
– todo mercado auto-regulado possui um organismo de supra-or-
denação, que é exercido pelos próprios associados –, ao contrário
da regulação estatal, que detém processos legislativos burocráticos
e lentos, incapazes de assimilar as mudanças do cenário regulado.

Uma vez mais, a criação de normas descompassadas de seu tempo geraria ineficácia;

- c) a auto-regulação não dispensa a existência de um organismo de supra-ordenação, ou seja, que os mercados auto-regulados criem entidades *interna corporis*, com poderes de polícia, disciplinar e normativo, exercidos por representantes dos próprios associados, otimizando-se as informações e o acesso ao organismo de supra-ordenação. Sabe-se que a representatividade da maioria dos agentes econômicos junto às entidades reguladoras é baixa, destacando-se apenas aquelas (individuais ou representativas) que têm maior capacidade de exercer *lobby* entre os entes reguladores.

Como forma de aproximação do objeto deste artigo, ainda podem ser destacadas outras distinções entre regulação estatal e auto-regulação. A primeira diz respeito à existência de um organismo regulador; é sabido que a forma de regulação estatal é uma ‘hetero-regulação’, pois nela há um organismo central destinado, precipuamente, a exercer a regulação dos agentes econômicos (criação de normas, fiscalização, aplicação de sanções etc.). A auto-regulação não dispensa a hetero-regulação. Neste caso, a regulação é exercida por um organismo interno, centralizado, representado por pessoas vinculadas aos próprios associados. Por isso, nas estruturas auto-reguladas, pode ocorrer uma ‘hetero-regulação endógena’. Outra se relaciona à legitimidade. Enquanto a regulação estatal é exercida por representantes do Poder Público, a auto-regulação o é por representantes do próprio grupo regulado, livremente escolhidos entre si. Eis o cerne do problema: no primeiro caso, deve-se obediência à norma estatal porque estão presentes os atributos da imperatividade e da presunção de legitimidade; no segundo, a obediência é devida por simples comprometimento estatutário das unidades reguladas, ou seja, as partes vinculam a sua própria anuência com as disposições estabelecidas pelos demais associados.

4 Auto-regulação: novos modelos jurídicos ou repetição de antigas fórmulas?

A auto-regulação pode ter distinta natureza jurídica, dependendo das características do setor regulado ou da sujeição a políticas públicas de maior ou menor grau intervencionista, que variam no espaço e no tempo (ARAGÃO, 2004, p. 62).

Em geral, os processos normativos de auto-regulação podem ser originários ou delegados – a respeito desse tema, vale a pena conhecer o intrigante posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.⁴ Será ‘originária’ a auto-regulação quando a elaboração das normas condutoras daquele grupo ocorrer por simples autovinculação dos interessados, que deliberam à medida de sua livre vontade e disposição negocial; há, nessa forma, uma total abstenção do Estado, que ora se põe à margem do grupo, ora se limita a incentivá-lo. Esse modelo é denominado ‘auto-regulação privada’. A auto-regulação ‘delegada’ é aquela em que, embora os agentes se obriguem às regras ditadas pelos organismos de supra-ordenação, há certa ordenação estatal, que fixa determinados parâmetros de observância obrigatória pelos organismos de hetero-regulação endógena, sendo, por isso, denominada ‘auto-regulação pública’ (MOREIRA, 1997).

Tanto a auto-regulação privada quanto a pública têm fontes conhecidas pelo direito e, por isso, sem esgotar o intrigante tema com eventual antecipação de quais fontes fundamentam as normas de auto-regulação, limitaremos nossa opção metodológica à abordagem da lei, dos costumes e da jurisprudência como fontes diretas da auto-regulação, embora outras tantas pudessem ser perquiridas.

Tomemos, como exemplo, o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), cujo Estatuto Social está registrado sob n.º 5.678, no 2.º Cartório de Registro de Títulos e Documentos de São Paulo, e é, sem dúvida, o maior modelo de auto-regulação no Brasil. O CONAR foi criado em substituição ao regime regulatório público, pois,

nos idos da década de 1970, o Governo Federal desejava criar uma entidade com competência para regular o setor. Publicitários, agências, emissoras de rádio e televisão, editoras de jornais e revistas e outras entidades do círculo profissional se uniram e assumiram o compromisso de se auto-regular, afastando do Estado a sua pretensão nitidamente interventora.

Uma das competências do CONAR é a edição do Código Brasileiro de Auto-Regulação Publicitária, norma vinculante dos agentes submetidos à ordenação da entidade. Atualmente, o Código possui 50 artigos abrangentes e 20 anexos que regulamentam, com especificidade, determinados grupos publicitários (exemplo: bebidas alcoólicas, empregos e oportunidades e produtos de fumo).

As fontes que inspiraram o CONAR (2003) na elaboração de tal regulamentação são identificadas no próprio preâmbulo do Código. Em sua leitura, é possível identificar algumas fontes que instrumentam a auto-regulação publicitária, entre as quais, certamente, a lei. No preâmbulo, lêem-se duas expressões interessantes: “Considerando as diretrizes da legislação publicitária [...] Considerando, ainda, que as peças de publicidade e, de forma geral, a atividade publicitária se acham naturalmente subordinadas ao império da lei [...]”

É fácil perceber, pois, que a atividade do CONAR deve respeito tanto à legislação em geral quanto à específica da atividade publicitária. Isso demonstra que nenhuma norma de auto-regulação, por mais privada que seja – quanto à entidade que a elabora –, tem absoluto desprendimento das normas de ordem pública e de bons costumes, ou seja, normas de caráter generalista, organizacionais.⁵ Seja qual for a espécie de auto-regulação, alguma norma estatal existirá, impondo parâmetros, restringindo direitos, valores etc.

É possível dizer que a auto-regulação está inserida numa moldura normativa específica (ou, no mínimo, especificável por processos hermenêuticos), que deve sempre respeitar, sob pena de ser reputada inválida, a regu-

lação. Nessa esteira, pontifica Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 127, grifos do autor):

Se, por um lado, a todos é livre *escolher* ofício, profissão, trabalho, ocupação etc., por outro lado, o seu *desempenho* em setores econômicos e sociais sensíveis, que apresentem riscos que possam comprometer o equilíbrio e depender de *condicionantes*, legislados pelo Congresso Nacional, pelas assembléias legislativas estaduais e pelas câmaras municipais, conforme a competência atribuída a cada um deles.

Em nosso exemplo, é possível notar clara preocupação do CONAR com as recomendações de entidades representativas de grupos de interesses (*in casu*, o publicitário). Normalmente, tais grupos fazem recomendações fulcradas em costumes sedimentados no Brasil e no resto do mundo. Esses costumes são reconhecidos pelas entidades de classe e norteiam a elaboração de códigos de ética, as normas regulamentares da profissão etc. Além dos costumes, a jurisprudência nacional e internacional instrui o processo de produção normativa dos agentes econômicos integrantes desses grupos auto-regulados, pois cria barreiras para novas intenções normativas.

É evidente que a auto-regulação econômica tem fontes identificáveis pelo direito e, embora possa existir auto-regulação privada, ainda assim não se pode desconsiderar a existência das molduras legislativas que limitam a liberdade econômica dos indivíduos e impõem respeito às normas de ordem pública e de preservação dos bons costumes.

5 Normas de auto-regulação como modelos jurídicos

Os modelos jurídicos, na cátedra de Miguel Reale, apresentam-se como formulações que emanam de diferentes fontes e condicionam, pros-

pectivamente, a elaboração de novas normas ou a sua aplicação concreta. Por provirem das fontes, a elas são respeitantes. Em razão disso, o estudo dos modelos jurídicos deve ser feito com a percepção das formas mais pungentes e relevantes ao direito, tendo como ponto de partida a aplicação dos modelos jurídicos na auto-regulação econômica.

O primeiro modelo jurídico é o 'legal', que, para Miguel Reale (2002), ocupa lugar proeminente e prevalece sobre todos os demais modelos; mais do que isso: ele é capaz de conferir vigência e eficácia aos modelos jurisdicional, costumeiro e negocial. O artigo 59 da Constituição Federal (1988) consignou as espécies que, para Miguel Reale, são as únicas que podem ser consideradas fontes ou modelos 'legais'.

Vejamos, por exemplo, o disposto no artigo 220 da Constituição Federal, que assevera que "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". Vejamos, também, o § 2º: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística." Tem-se, apenas com esses dispositivos, a formulação de um modelo jurídico que servirá para a elaboração de normas, sejam elas legais ou interpessoais, como ocorre na auto-regulação de setores econômicos específicos. A característica prospectiva se denota a partir do momento que tais dispositivos servirão de parâmetro para futuras criações normativas, indicando, assim, um 'dever-ser' do Direito, que somente tomará corpo depois de ser plasmado em experiência. Por meio dessa prospecção, o direito se torna moldado, apto a assimilar futuras ocorrências,⁶ o que não quer dizer que deva permanecer estático, pois a sinergia axiológica incidente sobre as relações sociais derruba qualquer pretensão de enrijecimento dos modelos jurídicos.

Questão curiosa diz respeito à capacidade de as normas produzidas por organismos de auto-regulação serem modelos para posterior aplicação do direito. Entendamos o mecanismo: determinados modelos jurídicos legais servem à formação das normas imiscuídas nos grupos de

auto-regulação. Seriam tais normas modelos jurídicos para posteriores situações? A resposta parece ser positiva. Sem adentrar no problema da hierarquia, tampouco no da especificação, tais normas poderão servir de exemplo para a criação de outras pelo grupo auto-regulado ou por terceiros. Este é o caso do já mencionado Código Brasileiro de Auto-Regulação Publicitária, que traz, em seu artigo 16, a seguinte hipótese:

Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio.

Uma vez que sirva de “referência” ao trabalho legislativo, ou mesmo para aplicação concreta prospectiva, esse modelo jurídico seguirá a norma de auto-regulação, legal ou costumeira? Não nos é permitido adotar tais normas como leis – pois não são advindas de processo legislativo –, mas deve haver complacência em aceitar o pluralismo jurídico como uma realidade (REALE, 1998). Por entendermos que as normas propagadas por grupos auto-regulados não devem ser enquadradas como fontes legais ou reduzidas a meros costumes – por se encontrarem codificadas sob o manto da autorização do Estado que, direta ou indiretamente, limita tal exercício (fixa a moldura jurídica) –, adotamos a solução criada por Washington Peluso Albino de Souza (2003), que entende serem meros “atos jurídicos” e, por derivarem da lei, “fontes concorrentes” de direito. Ratificando o mesmo posicionamento, é necessário ver a cátedra de Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 189):

O hoje tão propalado direito não estatal ou pós-moderno não seria nada mais que o espaço normativo desocupado (atualmente cada vez mais) pelo Estado em favor da autonomia individual ou associativa, a cujos atos é emprestada, se obedecidas às normas do ordenamento jurídico estatal, a legitimidade e a coercitividade próprias deste – positividade em grau máximo.

Outro modelo jurídico é o ‘costumeiro’, cuja importância é expressamente reconhecida por Miguel Reale, especialmente no âmbito econômico (2002, p. 68):

A vida econômica, com efeito, no seu incessante desenvolvimento, sobretudo em razão da livre iniciativa, dá lugar às mais variadas formas de composição de interesses, segundo múltiplas configurações jurídicas correspondentes a distintas atividades ocorrentes habitualmente no mercado, com o aparecimento dos chamados ‘usos mercantis’, cuja juridicidade ninguém põe em dúvida, quer os parceiros das atividades negociais, que os órgãos públicos.

Os costumes apresentam-se para o Direito Econômico como um dos mais importantes modelos jurídicos – embora José Nabantino Ramos não pense dessa forma⁷ –, pois os processos legislativos não estão aptos a acompanhar a dinâmica do mercado. Pode-se dizer que a regulação estatal é sempre uma forma de organização mínima dos agentes econômicos, restando aos próprios integrantes o ‘preenchimento’ de tais normas por meio da sua concreção. Uma regulação eficaz (dependendo da natureza do mercado regulado) pode outorgar aos próprios agentes o poder de estipular os costumes como mecanismo de preenchimento ou atualização de seu conteúdo. Tal fenômeno, que ocorre, em especial, no âmbito da regulação econômi-

ca, é chamado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto de “deslegalização” (2003, p. 125):

A deslegalização, recorde-se, tanto pode ocorrer pela exclusão legal de um comportamento a qualquer tipo de regra, quanto pela substituição do referencial normativo, indicando a nova fonte regradora, mas sempre com vistas à maior efetividade da norma.

Na auto-regulação, as normas são elaboradas a partir de realidades experimentadas pelos próprios associados, o que torna a existência dos costumes mais que evidente, pois tais normas nada mais são do que traduções de experiências adquiridas de situações anteriores (costumes edificados), ou vivenciadas pelos próprios associados (costumes em construção). Tanto é que, em grande parte, as normas de auto-regulação são extraídas de congressos, simpósios, reuniões, estudos, estatísticas etc. e dizem respeito às tendências, aos costumes e às práticas daquele mercado. Uma vez inseridos em códigos e regulamentos, além da sedimentação de modelos costumeiros, eles passam a servir de modelos para situações posteriores, isto é, tornam-se fôrma para ocorrências idênticas ou similares.

Não há dúvida da importância desse modelo jurídico que está enraizado na história da própria economia,⁸ especialmente porque consegue expressar a prática reiterada de um determinado grupo, sendo, pois, a gênese do Direito que, em hipótese alguma, pode ser considerado elemento estático ou descompassado com a realidade. Numa determinada associação, para fins eminentemente econômicos, como se opera na auto-regulação, a experiência de cada um dos associados é transferida para o grupo e, uma vez compartilhada, torna-se norma daquela organização.

Uma excelente prova da formação de modelos jurídicos a partir dos costumes está contida no artigo 8º da Lei n.º 8.934/94 e nos artigos 87 e 88 do Decreto n.º 1.800/96 (respectivamente, lei e decreto regulamentar

do Registro Público de Empresas Mercantis), que asseveram tratar-se de competência das Juntas Comerciais o “assentamento de usos ou práticas mercantis”. Nos termos do decreto regulamentar, as Juntas Comerciais deverão realizar diligências para constatar a veracidade da prática mercantil e, em sessão plenária, decidirão pelo assentamento do costume, tornando-o público. No âmbito das organizações auto-reguladas, a lógica é similar. Caberá aos interessados assentar, em seus regulamentos, os usos ou práticas inerentes à atividade regulada, a fim de tornar concreto o costume e, conseqüentemente, torná-lo um modelo para posteriores reiterações daquele mesmo fato.

Outra questão controvertida é se a sedimentação do costume em normas editadas pelos associados de mercados auto-regulados implica perda de sua qualidade. Como dissemos, o fato de os costumes serem ‘codificados’ não os transforma em modelos legais. Para tanto, precisariam submeter-se ao processo legislativo ou enquadrar-se numa das espécies do artigo 59 da Constituição Federal. O costume se diferencia da lei por várias razões, entre as quais a origem, a forma, o alcance no tempo e no espaço, a susceptibilidade da prova em contrário e a supressão por outra norma (REALE, 1993). É claro que, uma vez codificados, os costumes perdem essa qualidade e passam a gozar de outro *status*, que reside, ainda, numa área nebulosa da Ciência Jurídica, como demonstramos anteriormente. Melhor do que conceituar a norma de auto-regulação é dizer o que ela efetivamente não é, como, por exemplo, os costumes codificados nos organismos de auto-regulação que também não são sequer costume, mas uma forma de organização, com força jurídica, representativa da vontade direta (delegação ou incentivo) ou indireta (autorização tácita) do Estado.

Por fim, resta tratar da jurisprudência, por ser ela mais um modelo jurídico aplicável aos mercados auto-regulados. A jurisprudência, emanada dos diferentes níveis do judiciário, ou vinculará futuras normatizações dos próprios organismos de supra-ordenação dos grupos auto-regulados, ou servirá de subsídio para posteriores decisões proferidas pelos órgãos que exer-

cem o poder jurisdicional naquela associação. Não sustentamos que deva ser sumulada a jurisprudência para as entidades de auto-regulação. Longe disso! Como modelos jurídicos que são, os julgamentos dos Tribunais devem fazer parte do cotidiano da sociedade, instruindo-a de como trilhar determinados caminhos (controvertidos), mas sem impor-se, jamais, como verdade imutável, absoluta e pragmática.

6 Considerações finais

A regulação, espécie de modelo econômico sucessor do intervencionismo, tem como finalidade evitar a participação do Estado diretamente na economia, por intermédio de normas e entidades técnicas, para efetuar o controle das atividades dos agentes econômicos.

Dependendo do grau de regulação, que dependerá, ora da natureza do próprio mercado, ora da política pretendida pelo Estado, a regulação poderá tomar diferentes feições, como a auto-regulação, que substitui a regulação tipicamente estatal por uma privada, exercida pelos próprios agentes submetidos ao mercado de que participam.

Entre esses mercados auto-regulados, nascem as organizações supra-ordenadoras, que são entidades representativas dos associados, com poder para editar normas de alcance apenas para aqueles que participam do grupo.

Tais normas decorrem de modelos jurídicos preestabelecidos, pois os mercados auto-regulados não têm um poder ilimitado de normatização, dada a necessidade de respeitar os limites da ordem pública e dos bons costumes. Ademais, o poder normativo desses grupos auto-regulados pode advir, direta ou indiretamente, do Estado.

As normas de auto-regulação são consideradas modelos jurídicos, pois induzem a criação de outras normas, seja pelo próprio grupo, seja por outro. São modelos que ganham um espaço novo no universo jurídico, pois

se encontram entre a lei e o costume, não sendo nenhum deles e, ao mesmo tempo, possuindo em sua dinâmica características de ambos, que merecem ser estudadas, cada vez mais, pelos operadores do direito.

▼ **The juridical models in economic auto-regulation**

In this article, it is intended to demonstrate that economic auto-regulation results from even known fonts by the law system, and that is attributed to some organizations a power, delimited by the own system, direct or indirectly, of producing rules that will shape juridical models applicable to future concrete cases.

Key words: Auto-regulation. Juridical models. Regulation. Sources.

Notas

- 1 Sobre este tema escreveu Tercio Sampaio Ferraz Junior: “No uso da ‘palavra’ está contida uma determinação significativa de natureza ideológica. Observamos, assim, que esta expressão só tem sentido numa sociedade de economia mista. Isto quer dizer que, de pronto, está excluída uma interpretação marxista, que exigiria uma estatização monopolista. [...] O uso de intervenção propõe, pois, a existência de uma atividade econômica privada. O problema é, então, medir a extensão da intervenção”. (1985, p. 73).
- 2 Conforme Robertônio Santos Pessoa (2003, p. 156), “[...] o Estado Regulador mantém as características básicas do Estado Intervencionista e suas atribuições de conformação da ordem social e econômica. O que muda, basicamente, é o caráter desta intervenção. Assim, de uma intervenção direta, própria do Estado Social predominantemente em quase todo o século XX, passamos a uma forma de intervenção de cunho mais indireto, inerente à concepção do Estado Regulador. Desta forma, o Estado Regulador deve ser concebido como uma nova variante do Estado Social.”
- 3 Regulação é, hodiernamente, apenas um conceito para representar a necessidade de diminuição do Estado, o qual já houve em tempos pretéritos. Não se afirma que a “regulação” sucede a “intervenção”, uma vez que a primeira é apenas uma forma de exercício da segunda, porém mais moderna, desprovida dos instrumentos que configuram o período intervencionista do Estado.
- 4 Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica a auto-regulação da seguinte maneira: a) auto-regulação induzida: nesta modalidade o Estado apenas incentiva os associados a produzir sua própria regulação, a exemplo dos códigos e regulamentos profissionais; b) auto-regulação compartilhada: os agentes regulados recebem apenas uma parcela de competência do hetero-regulador; c) auto-regulação dirigida: é aquela em que o hetero-re-

gulador traça pautas gerais a serem observadas pelos grupos auto-regulados, que deverão preenchê-las com decisões específicas (2003).

- 5 A dificuldade em estabelecer-se um conceito definitivo sobre “ordem pública” e “bons costumes” não pode ser empecilho à sua interpretação. São fatores de tranqüilidade para o Estado e para os indivíduos, pois nascem da observância dos requisitos essenciais à vida em sociedade. Com isso, cria-se um Estado Social em que o bem maior não é o do Estado ou do indivíduo, mas de toda a coletividade. Para Álvaro Lazzarini, a “ordem pública” (o mesmo se aplica aos bons costumes) é “[...] uma situação de *legalidade e moralidade normal*, apurada por quem tenha competência para isso sentir e valorar [...]” (LAZZARINI et al., 1987, p. 13, grifos do autor). Nada mais que uma relação que se estabelece entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com os administrados, a fim de criar uma ordem suficiente para causar paz e organização, instituindo-se um estado social ordenado.
- 6 Miguel Reale (2002, p. 4) assevera que “O conceito de modelo [...] está sempre ligado à idéia de projeto, de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições.”
- 7 Para o autor, como o Direito Econômico se caracteriza pela imposição de restrições à liberdade econômica, e por vigor o princípio da legalidade, o costume não teria cabimento na medida em que não é lei (RAMOS, 1977).
- 8 O Direito Comercial tem nascedouro nas corporações de mercadores da Idade Média, onde o costume, de tão sedimentado e difundido, confundia-se com o próprio estatuto das cidades, sendo uma ameaça ao poder real ao longo do tempo.

Referências

ARAGÃO, A. S. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Intervenção do estado na economia: o caso café*. 1. ed. Brasília, DF: UnB, 1985.

LAZZARINI, Á. et al. *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e administração pública*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, D. F. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PESSOA, R. S. *Administração e regulação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RAMOS, J. N. *Sistema brasileiro de direito econômico*. 1. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

REALE, M. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, M. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

SÃO PAULO (Estado). Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR). *Estatuto social*. São Paulo, 1980.

SÃO PAULO (Estado). Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR). *Código Brasileiro de Auto-Regulação Publicitária*. São Paulo, 2003.

SOUZA, W. P. A. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

recebido em 20 jun. 2006 / aprovado em 13 set. 2006

Para referenciar este texto:

CARISTINA, J. E. A. Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 113-131, 2006.

