

A Regulação por Litígio no Contexto Jurídico Brasileiro

Regulation through Litigation in the Brazilian Legal Context

Submetido(submitted): 28 June 2023

Parecer(reviewed): 5 July 2023

Revisado(revised): 1 August 2023

Aceito(accepted): 6 August 2023

Diogo Augusto Vidal Padre*

<https://orcid.org/0000-0003-0144-1935>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To analyze regulation through litigation in the Brazilian legal system, investigating its application in courts and its impact on the legal system and economic relations.

[Methodology/approach/design] Theoretical approach based on literature review and analysis of relevant cases.

[Findings] Regulation through litigation is an established practice in Brazil, although it is not extensively explored in the national doctrine. It is concluded that the Judiciary can also play a regulatory role, directly influencing the development of regulatory policies and the behavior of economic agents.

[Originality/value] Regulation through litigation is a topic largely unexplored in the national doctrine, and this article aims to fill this gap by investigating and analyzing the application of this phenomenon in Brazilian courts.

Keywords: Regulation through litigation. Civil liability. Strategic litigation. Judicial decisions. Regulatory effects.

Resumo

[Propósito] Analisar a regulação por litígio no ordenamento jurídico brasileiro, investigando sua aplicação nos tribunais e o impacto no sistema jurídico e nas relações econômicas.

[Metodologia/abordagem/design] Abordagem teórica, baseada em revisão bibliográfica e análise de casos relevantes.

*Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UNB) e em Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/EPPG). Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e em Economia pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). É especialista em Direito e Economia pela Universidade Estadual de Campinas (IE/UNICAMP) e em Direito Econômico e Regulatório pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Atua como Promotor de Justiça no MPRN. E-mail: diogopadre@hotmail.com.

PADRE, D. A. V. *Regulação por Litígio: Uma Análise da Interseção entre Regulação e Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 10, n° 1, p. 35-52, maio de 2024.

[Resultados] A regulação por litígio é uma prática já estabelecida no Brasil, apesar de ser pouco explorada pela doutrina nacional. Conclui-se que o Poder Judiciário também pode desempenhar um papel regulatório, influenciando diretamente o desenvolvimento das políticas regulatórias e o comportamento dos agentes econômicos.

[Originalidade/relevância do texto] A regulação por litígio é um tema pouco explorado pela doutrina nacional, e o presente artigo busca suprir essa lacuna ao investigar e analisar a aplicação desse fenômeno nos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Regulação por litígio. Responsabilidade civil. Litigância estratégica. Decisões judiciais. Efeitos regulatórios.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a regulação e a responsabilidade civil são formas distintas de lidar com atividades potencialmente causadoras de dano. Em linhas gerais, a regulação impõe comandos e proibições para modificar diretamente o comportamento dos agentes, enquanto a responsabilidade civil busca dissuadir por meio das condenações.

Entretanto, nos Estados Unidos, surgiu um novo modelo denominado “regulação por litígio”, em que ações judiciais são estrategicamente utilizadas para obter decisões judiciais com efeitos regulatórios, indo além da responsabilização civil. A regulação por litígio desafia as fronteiras tradicionais entre regulação e responsabilidade civil, permitindo a promoção direta de efeitos regulatórios por meio do Poder Judiciário. Diante desse contexto, esta pesquisa tem como objetivo investigar se esse fenômeno também se manifesta nos tribunais brasileiros.

A regulação por litígio tem se tornado cada vez mais relevante no contexto do Direito Público brasileiro, pois representa uma nova abordagem para normatizar atividades econômicas. Através dessa litigância estratégica, os envolvidos buscam obter decisões judiciais com o mesmo efeito regulatório que seria alcançado por meio de um ato normativo de uma agência reguladora, visando influenciar diretamente as atividades econômicas e sociais. Compreender essa dinâmica é fundamental para avaliar a eficácia das políticas regulatórias e as consequências dessas intervenções na economia e na sociedade.

Além disso, a regulação por litígio ainda é um tema pouco explorado pela doutrina nacional, o que reforça a necessidade de um estudo específico sobre o assunto. Embora haja uma literatura robusta sobre o tema em outros países, é importante compreender como essa prática se desenvolve no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, considerando suas particularidades e desafios específicos. Ao preencher essa lacuna, esta pesquisa busca contribuir para o avanço do conhecimento científico nessa área.

O objetivo desta pesquisa é analisar o fenômeno da regulação por litígio sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, verificando sua aplicação nos tribunais, e sua interação com os princípios da regulação e da responsabilidade civil. Para isso, serão explorados os fundamentos da regulação e da responsabilidade civil, bem como a interação entre ambos os conceitos. Será estudado o surgimento e a evolução da regulação por litígio nos Estados Unidos, com a análise de casos emblemáticos e seus efeitos. Será feita uma verificação da aplicação da regulação por litígio no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise de decisões judiciais e casos relevantes. Também serão avaliadas as perspectivas teóricas e os possíveis caminhos de aplicação da regulação por litígio no contexto brasileiro.

A hipótese deste artigo é que a regulação por litígio é uma prática já estabelecida no Brasil, embora seja um fenômeno pouco estudado e explorado pela doutrina nacional. A regulação por litígio apresenta-se como um *tertio genus* entre a regulação e a responsabilidade civil. Este estudo pode contribuir para compreender como o Poder Judiciário tem sido utilizado como uma instância regulatória, indo além da mera reparação de danos e influenciando diretamente o desenvolvimento das políticas regulatórias e o comportamento dos agentes econômicos.

A estrutura do artigo está organizada em quatro seções principais. A primeira seção aborda os fundamentos da regulação, discutindo as falhas de mercado e a justificativa para a intervenção estatal. A segunda seção explora a interação entre regulação e responsabilidade civil, destacando o papel da responsabilidade civil como instrumento de prevenção de riscos. A terceira seção analisa a regulação por litígio, apresentando seu conceito, surgimento e utilização como ferramenta regulatória. A quarta seção foca na regulação por litígio no contexto brasileiro, examinando casos concretos e enfatizando a importância de fundamentos sólidos e da consideração dos aspectos econômicos, sociais e legais nas decisões judiciais. Por fim, a conclusão sintetiza os principais pontos abordados e destaca a necessidade de fundamentos sólidos e análise criteriosa nas decisões judiciais para garantir a efetividade das medidas regulatórias adotadas.

I. FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO

É surpreendente a quantidade de regulamentações incidentes sobre as relações sociais, abrangendo desde ondas de rádio até o tipo de lâmpada que podemos usar e os rótulos de alimentos comercializados (DUDLEY e BRITO, 2012). De forma geral, a regulação existe porque há normas jurídicas que permitem a intervenção do Estado no mercado. No Brasil, o artigo 174 da Constituição de 1988 confere ao Estado o poder de atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica”.

Essa é a explicação formal da regulação, mas quando questionamos sobre sua existência, buscamos compreender os fundamentos normativos da regulação, ou seja, a justificativa para a intervenção do setor público na economia em termos de utilidade social.

A famosa metáfora da mão invisível de Adam Smith, considerada por muitos economistas como uma das maiores descobertas da história das ciências sociais (BUCHANAN, 2001; 1977; ARROW e HAHN, 1971), sugere que os interesses privados e egoístas podem se harmonizar espontaneamente no mercado. No entanto, se a economia é capaz de se autorregular pela competição, qual é a utilidade da regulação? A teoria econômica tradicional argumenta que a produção de resultados socialmente desejados depende de condições ideais de funcionamento do mercado. Quando essas condições não são atendidas, justifica-se a intervenção do Estado na economia.

Arthur C. Pigou (1920, p. 170-1, tradução livre) afirmou que:

“Não se pode confiar em nenhuma 'mão invisível' para produzir uma boa disposição do todo a partir de um conjunto de tratamentos separados das partes. É, portanto, necessário que uma autoridade de alcance mais amplo intervenha e aborde os problemas coletivos da beleza, do ar e da luz, assim como já foram abordados os outros problemas coletivos do gás e da água.”¹

Kenneth Arrow e Gerard Debreu apresentaram uma prova rigorosa da possibilidade de equilíbrio geral em uma economia de mercado (BLAUG, 2003). Essa descoberta foi vista, por alguns, como uma confirmação da mão invisível e estabeleceu as bases para os teoremas da moderna economia do bem-estar (BLAUG, 2007). O primeiro teorema do bem-estar estabelece que, em certas condições, a alocação de recursos em um equilíbrio competitivo é eficiente do ponto de vista de Pareto. Isso significa que não é possível melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a situação de outra. No entanto, é importante mencionar que existem exceções a essa conclusão, conhecidas como falhas de mercado. As falhas de mercado ocorrem quando as ações individuais não produzem resultados eficientes esperados em um mercado livre (BARTOR, 1958; LEDYARD, 1989; MARCIANO e MEDEMA, 2005). Nesses casos, a intervenção no mercado pode, em princípio, melhorar a alocação de recursos, beneficiando uma ou mais pessoas sem prejudicar outras.

¹ No original: “No ‘invisible hand’ can be relied on to produce a good arrangement of the whole from a combination of separate treatments of the parts. It is, therefore necessary that an authority of wider reach should intervene and should tackle the collective problems of beauty, of air, and of light, as those other collective problems of gas and water have been already tackled.”

A regulação consiste em técnicas de intervenção estatal na economia para corrigir essas falhas de mercado e alcançar os resultados benéficos que seriam obtidos em um mercado perfeitamente competitivo.

Existem diferentes tipos de falhas de mercado que justificam a regulação. São eles:

a) Poder de mercado: Quando há um único vendedor e vários compradores para um produto, temos um monopólio. O monopolista tem o poder de determinar os preços e, muitas vezes, restringe a produção e aumenta os preços. Isso resulta em uma redução na produção e preços elevados. Essa concentração de poder ocorre especialmente quando não há substitutos para o bem e existem barreiras à entrada de novas empresas (VARIAN, 2016). Embora o monopólio puro seja raro, é comum que haja concorrência entre poucas empresas que estabelecem preços acima do custo marginal, conferindo-lhes poder de mercado (PINDYCK e RUBINFELD, 2013).

A resposta tradicional para combater o poder de mercado é a aplicação de medidas antitruste para estimular a concorrência. No entanto, em casos de monopólio natural, a regulação de preço, qualidade, produção e acesso pode ser mais adequada, pois uma única empresa pode atender o mercado de forma mais eficiente devido a economias de escala (VARIAN, 2016). Além do monopólio, também pode ocorrer monopsônio ou oligopsônio, em que poucos consumidores têm o poder de determinar os preços de mercado (PINDYCK e RUBINFELD, 2013).

b) Externalidade: É o impacto não compensado das ações de uma pessoa no bem-estar de terceiros. Uma externalidade ocorre quando as ações de uma parte afetam positiva ou negativamente outra parte, sem que a primeira arque com os custos ou receba os benefícios dessa influência (GRUBER, 2010; MANKIW, 2021). Se o impacto na terceira parte é prejudicial, é chamado de externalidade negativa, e se for benéfico, é chamado de externalidade positiva.

As externalidades são comuns em interações cotidianas. Por exemplo, ocorrem externalidades negativas na forma de poluição atmosférica proveniente das emissões de automóveis, afetando a saúde das pessoas expostas, e no barulho dos cães latindo, perturbando os vizinhos. Por outro lado, há externalidades positivas na restauração de prédios históricos, permitindo que a comunidade aprecie sua beleza e valor histórico, e na pesquisa em novas tecnologias, gerando conhecimento que beneficia a sociedade como um todo.

c) Bens públicos: São bens não-excludentes, o que significa que todas as pessoas têm acesso a eles e não podem ser impedidas de consumi-los, e são não-rivais em consumo, ou seja, o uso por uma pessoa não reduz a disponibilidade ou o benefício para outras pessoas (MANKIW, 2021). A iluminação pública é um exemplo desse tipo de bem, pois beneficia a todos que estão presentes nas áreas iluminadas, sem reduzir o benefício para outras pessoas. Outros exemplos de bens públicos são a defesa nacional, que protege a todos os cidadãos de um

país, e a pesquisa básica, que gera conhecimento disponível para todos. Os bens públicos apresentam desafios na sua provisão eficiente, já que os mercados privados têm dificuldade em fornecê-los na quantidade desejada. Por isso, muitas vezes, é necessário o envolvimento do governo na oferta de bens públicos.

Os bens comuns são recursos compartilhados disponíveis para todos, mas se distinguem dos bens públicos por serem rival em consumo. Isso significa que o uso desses bens por uma pessoa reduz sua disponibilidade para outras (MANKIW, 2021). Exemplos incluem recursos naturais como florestas, rios, oceanos e reservatórios de água, além de recursos compartilhados como o espectro de frequências de rádio. A falta de regulação adequada ou incentivos para preservação leva à superexploração desses bens, o que é conhecido como tragédia dos comuns. Para solucionar esse problema, medidas como a regulação governamental, impondo limites de uso e aplicando cobranças para desencorajar o consumo excessivo, podem ser adotadas. Além disso, a atribuição de direitos de propriedade sobre esses bens, pode incentivar sua preservação (GOOLSBEE, LEVITT e SYVERSON, 2018).

d) Informação assimétrica: Em um mercado perfeitamente competitivo, todos os participantes poderiam verificar a qualidade dos produtos sem custos, e os preços refletiriam essas diferenças de qualidade (VARIAN, 2016). No entanto, obter informações precisas pode ser caro e os incentivos para produzir informações adequadas podem ser baixos (PINDYCK e RUBINFELD, 2013). A regulação surge como uma resposta à falta de informações fornecidas pelo mercado. Ela pode exigir a divulgação de informações, estabelecer padrões de segurança para produtos específicos ou até mesmo proibir bens e comportamentos perigosos. Segundo Sunstein (1993, 53), grande parte da regulação de segurança atual é uma resposta à falta de informação, abrangendo áreas como energia nuclear, substâncias tóxicas no ambiente de trabalho, alimentos, medicamentos e produtos perigosos.

Além das falhas de mercado, também existem regulamentações que visam alcançar objetivos socialmente desejáveis, mesmo que não haja uma falha de mercado a ser corrigida. Isso inclui imposição de serviços em períodos de baixa demanda, proibição de práticas discriminatórias, combate a comportamentos anticompetitivos, proteção da segurança dos trabalhadores e racionalização de bens em períodos de escassez (BALDWIN e CAVE, 2011).

II. A INTERAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Há um método alternativo, mais antigo, para lidar com as externalidades negativas: a responsabilidade civil extracontratual (BATTESINI, 2011; PORTO e GAROUPA, 2020). A responsabilidade civil tem como objetivo principal garantir a justa compensação ou reparação dos danos sofridos pela vítima,

restaurando a situação original, o que equivale à internalização dos custos externos na política econômica.

Embora a compensação ou reparação seja geralmente vista como uma solução após a ocorrência dos danos, operando quando o acidente acontece (WITTMAN, 1977; SHAVELL, 1984), é certo que a responsabilidade civil possui um impacto regulatório, atuando como um instrumento de prevenção de riscos (FAURE, 2014; HELLAND, KLICK, 2007; KESSLER, 2011; ACCIARRI, 2014; VAN ZEBEN, 2018; DE JONG, 2018; DE JONG e FAURE, 2018). Enquanto a regulação busca modificar diretamente o comportamento dos agentes econômicos por meio de comandos, padrões e proibições, a responsabilidade civil atua de forma indireta, dissuadindo através das condenações. O fato de que as decisões judiciais em casos de responsabilidade civil têm impactos regulatórios levou alguns autores a considerar os juízes como semi-reguladores (DE JONG, 2018).

A comparação entre os instrumentos de políticas públicas disponíveis para lidar com as externalidades negativas - responsabilidade civil administrada pelos tribunais e regulação administrada por agências independentes - tem gerado extensa literatura. Ronald H. Coase argumentou que os tribunais são mais eficientes que as agências reguladoras, pois os juízes levam em consideração os aspectos econômicos das questões em disputa (COASE, 1960). Por outro lado, Coase considerava as agências reguladoras incompetentes, incapazes de determinar de forma mais precisa que o mercado o uso mais valioso dos bens, além de serem suscetíveis a influências de interesses especiais (COASE, 1962; 1970). Coase comparava a atuação da agência reguladora de telecomunicações e radiodifusão dos Estados Unidos, a Federal Communications Commission, a uma luta livre de telecatch, onde, apesar das aparências, nenhum dano real é causado (COASE, 1962). Com base em sua experiência trabalhando no *Forestry Commission* e no *Central Statistical Office*, na Inglaterra, durante a Segunda Guerra Mundial, Coase afirmou que notou que o departamento governamental muitas vezes parecia mais preocupado em defender seus próprios interesses do que os interesses do país (COASE, 1996).

De acordo com Donald Wittman (1977), a regulação e a responsabilidade civil são instrumentos de monitoramento e punição tanto para atos que aumentam a probabilidade de acidentes (*ex ante*) quanto para os próprios acidentes (*ex post*). A escolha entre esses instrumentos depende dos custos relativos de monitoramento *ex ante* e *ex post*, e da capacidade de internalização desses custos. Portanto, se os custos de monitoramento de infrações *ex ante* forem reduzidos, a probabilidade de detecção da infração *ex ante* aumenta, o que recomenda a substituição do processo mais custoso (*ex post*) pelo mais barato (*ex ante*). No entanto, se houver uma alta probabilidade de os responsáveis pelos danos não compensarem todos os custos para a vítima, as

punições por infrações *ex ante* serão mais eficazes para dissuadir comportamentos de risco.

Para Steven Shavell (1984), a responsabilidade civil e a regulação devem ser usadas em conjunto para induzir ao nível ótimo de segurança, já que nenhum desses instrumentos é necessariamente melhor do que o outro. A regulação por si só não inibe eficientemente os problemas de externalidades porque o regulador não possui informações perfeitas. Por outro lado, o efeito dissuasor da responsabilidade civil é diluído quando os causadores dos danos conseguem evitar a compensação total das vítimas. Shavell estabelece quatro determinantes para a comparação dos instrumentos de controle de externalidades: a) a diferença de conhecimento entre as partes privadas e os reguladores sobre as atividades de risco; b) a capacidade de pagamento do causador do dano; c) a probabilidade de o causador do dano ser processado judicialmente pelos ofendidos; d) os custos administrativos suportados pelas partes privadas e pelo Estado ao utilizar o sistema de regulação ou responsabilidade civil. Idealmente, o Estado deve levar em consideração esses critérios ao estabelecer o âmbito de aplicação da regulação e da responsabilidade civil.

Andrei Shleifer (2011; 2012) argumenta que a escolha entre responsabilidade civil e regulação depende do desempenho dos tribunais e das agências reguladoras em oferecer soluções para as externalidades. Quando os tribunais resolvem disputas de forma rápida, previsível e imparcial, a responsabilidade civil deve ser o padrão. No entanto, quando o litígio é caro, imprevisível e enviesado, a eficiência recomenda a escolha da regulação. Shleifer (2012) associa o aumento do Estado Regulador nos Estados Unidos ao fracasso do Judiciário em corrigir as falhas de mercado.

III. A REGULAÇÃO POR LITÍGIO

Conforme discutido anteriormente, os processos judiciais têm efeitos regulatórios, pois a ameaça de uma condenação judicial cria incentivos que influenciam as decisões dos agentes envolvidos. No entanto, na década de 1990, nos Estados Unidos, ocorreu um desenvolvimento além das interações históricas entre regulação e jurisdição. Os demandantes passaram a utilizar o processo judicial estrategicamente para exercer controle direto e antecipado sobre uma atividade, por meio de comandos, padrões e proibições. Em outras palavras, o processo judicial começou a ser utilizado como uma ferramenta para alcançar efeitos regulatórios.

Abraham (2002) identifica dois tipos de litígios de responsabilidade civil: o litígio retrospectivo, que busca indenização quando as atividades prejudiciais já cessaram completamente, e o litígio prospectivo, que busca regular atividades que não apenas causaram, mas continuam causando danos.

Essa abordagem estratégica do processo judicial para fins regulatórios foi denominada de *regulation through litigation* (REICH, 2001; VISCUSI, 2002a), *regulation by litigation* (YANDLE e MORRISS, 2004; MORRIS, YANDLE e DORCHAK, 2004; 2009) ou *judge-made risk regulation* (VAN ZEBEN, 2018; DE JONG et. al., 2018). No Brasil, esse conceito foi traduzido como “regulação por litígio” (MONTEIRO, 2007; 2011; VIEIRA, 2014) ou “regulação via judicialização” (RODRIGUES, 2019; 2020). A expressão “regulação por litígio” pode não ser a mais precisa do ponto de vista analítico, uma vez que são as decisões judiciais resultantes do litígio que possuem efeitos semelhantes à regulação, e não o litígio em si. No entanto, optamos pela tradução mais próxima da literalidade a fim de evitar confusões conceituais.

O criador dessa expressão, Robert Reich (2001), explica que a regulação por litígio surgiu da necessidade de lidar com questões regulatórias em um contexto de contração do Estado, no qual a regulação por meio de agências era vista com desconfiança. De Jong et al. (2018) esclarecem que a ascensão da regulação por litígio decorre da redução dos Estados de bem-estar social, das políticas de austeridade e do reconhecimento pelos governos das deficiências da regulação tradicional baseada em comando e controle.

Um dos casos mais emblemáticos de regulação por litígio envolve os processos judiciais movidos por governos estaduais e pelo governo federal dos Estados Unidos contra a indústria do tabaco, com o objetivo de recuperar despesas relacionadas ao Medicare. O fundamento dessas ações era a existência de custos médicos que não foram devidamente internalizados por meio de impostos, supostamente devido à influência do setor econômico nos órgãos legislativos. Em 1998, as quatro maiores empresas da indústria do tabaco na época celebraram um acordo de US\$ 246 bilhões com 46 Estados-membros norte-americanos, além do Distrito de Columbia, Guam, Porto Rico e outros cinco territórios dos EUA, para pôr fim a uma série de processos judiciais (*Master Settlement Agreement*). Os principais termos do acordo incluíam uma indenização por danos passados e pagamentos futuros proporcionais ao volume de vendas de cigarros, equivalendo a uma espécie de imposto especial sobre o consumo instituído sem processo legislativo (VISCUSI, 2002b; VISCUSI e HERSCH, 2011).

O sucesso desse litígio contra a indústria do tabaco estimulou uma série de processos judiciais envolvendo outros produtos potencialmente prejudiciais. Outro caso notório foram os processos movidos contra a indústria de armas de fogo (COOK e LUDWIG, 2002; COOK, LUDWIG e SAMAHA, 2011). A primeira ação foi proposta pela cidade de Nova Orleans buscando, além de compensação por despesas médicas e afins, obrigar os fabricantes a adotar dispositivos de segurança para evitar acidentes com armas de fogo. A segunda ação, movida pela cidade de Chicago, buscava obrigar fabricantes e distribuidores a supervisionar os revendedores, a fim de reduzir a circulação e o

uso de armas de fogo ilegais. Os demandantes desenvolveram diversas teorias sobre a responsabilidade da indústria de armas pelos custos da violência. Se essas ações fossem julgadas procedentes, teriam o efeito de regular a segurança e o comércio de armas de fogo nessas cidades. No entanto, nos anos 2000, essas disputas contra a indústria de armas foram arquivadas por decisão das respectivas Supremas Cortes Estaduais. Mesmo assim, posteriormente foram propostas várias ações com propósitos regulatórios.

Em 1998, a *Environmental Protection Agency* (EPA) promoveu um importante processo judicial para impor regras às indústrias de motores a diesel de grande porte nos Estados Unidos. Após as emendas de 1990 ao *Clean Air Act* de 1970, a EPA ganhou competência para revisar os padrões poluentes para esses motores. No entanto, em vez de seguir o processo tradicional de regulamentação, a EPA processou os principais fabricantes de motores a diesel, acusando-os de usar controladores eletrônicos programados para passar nos testes da agência, mas que emitiam mais poluentes durante a condução regular. Os fabricantes negaram as acusações, mas acabaram chegando a um acordo bilionário com a EPA, concordando em pagar multas substanciais, destinar recursos para determinadas atividades ambientais e modernizar os veículos quando eles fossem reconstruídos (YANDLE, MORRISS e KOSNIK, 2002; YANDLE e MORRISS, 2004; MORRIS, YANDLE e DORCHAK, 2004; 2009).

De acordo com Yandle e Dorchak (2004), a EPA tinha várias razões para optar pelo litígio, como a necessidade de reduções rápidas de emissões, ganhos políticos antes das eleições e a capacidade de contornar prazos legais. As mudanças nas regulamentações precisariam ser mantidas sem alterações por três anos, e os fabricantes teriam quatro anos para se adaptarem às novas regras antes de sua aplicação completa. Isso impediu a EPA de endurecer as normas de emissões de diesel antes do ano modelo de 2007. Além disso, a agência enfrentava pressão para cumprir os padrões nacionais de qualidade do ar (*National Ambient Air Quality Standards* - NAAQS) e buscava visibilidade política antes das eleições. Vale destacar que as regulações implementadas pelo Judiciário não estavam sujeitas ao controle do Congresso ou à revisão por mudança de governo, o que influenciou a escolha da EPA pela via judicial.

Na Europa, um marco na litigância estratégica com objetivos regulatórios é o caso *Urgenda* (VAN ZEBEN, 2018; DE JONG et. al., 2018). Nele, a Corte Distrital de Haia emitiu uma decisão, posteriormente confirmada pela Suprema Corte da Holanda, determinando que o governo holandês reduza as emissões de gases de efeito estufa em 25% até o final de 2020, com base nos níveis de 1990. O caso *Urgenda* é um exemplo notável de como o processo judicial tem sido empregado como uma ferramenta efetiva para implementar medidas regulatórias, inclusive diante de desafios contemporâneos como as mudanças climáticas.

IV. A REGULAÇÃO POR LITÍGIO NO BRASIL

A regulação por litígio aproxima a regulação e a responsabilidade civil. Embora existam diferenças entre os modelos de responsabilidade civil norte-americano, de *common law*, e o brasileiro, mais próximo das tradições francesa e alemã, a regulação por litígio também é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, os modelos de responsabilidade civil francês, alemão e anglo-saxão possuem diferenças teóricas, mas convergem na prática devido ao compartilhamento de pressupostos básicos, correspondência entre conceitos nos diferentes modelos, permissão de compensação de danos puramente econômicos de maneiras distintas e uma visão comum de culpa (FRAZÃO, 2011). Em segundo lugar, o sistema processual civil brasileiro conta com instrumentos que permitem que as decisões judiciais assumam uma função regulatória, como as ações coletivas, a tutela inibitória, a objetivação do recurso extraordinário e o efeito erga omnes das decisões coletivas. Por fim, a ampliação do controle jurisdicional sobre os atos e omissões da Administração Pública, baseada em uma ampla legalidade, e as insatisfações com a atuação das agências reguladoras (OLIVEIRA, 2021), forneceram o contexto necessário para a regulação por litígio no Brasil.

No Brasil, a regulação através de litígios é uma realidade evidente em várias decisões judiciais. Um exemplo é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.937/SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que declarou incidentalmente e com efeito *erga omnes* a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/95. Este dispositivo legal permitia a extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto crisotila no país, uma fibra mineral presente em diversos produtos, especialmente na construção civil, mas que causa sérios riscos à saúde quando inalado. Nesta ação, a CNTI impugnou a constitucionalidade da Lei Estadual nº 12.684/2007 de São Paulo, que proibiu o uso de qualquer tipo de amianto no estado, alegando usurpação da competência legislativa da União. Entretanto, o STF julgou o pedido improcedente, reconhecendo a constitucionalidade da lei estadual paulista.

O Tribunal entendeu que o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 havia se tornado inconstitucional devido às evidências científicas sobre a natureza cancerígena e os riscos do amianto crisotila à saúde. Ao declarar com efeito erga omnes a inconstitucionalidade da lei federal, a Suprema Corte efetivamente proibiu o uso de amianto em todo o país. Essa decisão teve um nítido efeito regulatório, uma vez que interfere diretamente no comportamento dos agentes econômicos que anteriormente utilizavam o amianto, assim como naqueles que atuam na produção e comercialização de produtos que contêm esse material. Vale destacar que embargos de declaração foram interpostos questionando a atribuição dos efeitos erga omnes, mas o STF manteve a decisão, reafirmando a proibição total do amianto crisotila no país.

O controle de preços é uma forma característica de regulação econômica, na medida em que interfere diretamente nos preços que, em uma economia de livre mercado, deveriam emergir da interação entre oferta e demanda. Apesar de a Constituição prever o princípio da liberdade econômica, Sundfeld (2014) aponta que esse princípio tem sido flexibilizado para permitir uma maior regulação das atividades privadas, incluindo o controle de preços. De acordo com Barroso (2001), o controle de preços pode só ser admitido excepcionalmente, em situações de grave deterioração do mercado, visando restabelecer a livre iniciativa, com limitações temporais e sem impor preços abaixo dos custos mínimos para as empresas. Segundo Coutinho e da Rocha (2016), o controle de preços é admissível se atender a três condições: legalidade, igualdade e proporcionalidade. Ou seja, deve ser fundamentado em lei, não apenas em regulamentos ou decretos; aplicar-se a situações objetivas ou categorias de indivíduos, não a casos particulares ou pessoas nomeadas; e ser proporcional, evitando arbitrariedades.

Durante a pandemia da Covid-19, várias decisões judiciais determinaram descontos compulsórios nas mensalidades de cursos universitários devido à mudança para o ensino virtual. Essa medida pode ser vista, em termos econômicos, como uma forma de controle de preços decorrente da suspensão das aulas presenciais.

O STF se posicionou sobre essas decisões nas ADPFs 713 e 706 e, ao julgar procedente o pedido, considerou inconstitucionais os descontos gerais e lineares que foram fundamentados unicamente na mudança para o ensino virtual, sem levar em conta as particularidades de cada contrato. É relevante destacar que a Suprema Corte não proibiu a concessão de descontos de forma absoluta, mas sim a aplicação automática e generalizada, exigindo que as particularidades de cada contrato e os efeitos da crise pandêmica para ambas as partes sejam ponderados. Em outras palavras, o STF reconheceu a possibilidade de, em situações excepcionais, o Poder Judiciário intervir nos preços de atividades econômicas privadas, desde que as características de cada contrato e as peculiaridades de cada caso sejam devidamente analisadas.

A regulação por litígio se tornou uma importante ferramenta para enfrentar os desafios regulatórios contemporâneos, equilibrando a intervenção estatal no mercado com os interesses da sociedade. No entanto, é fundamental que as decisões judiciais sejam baseadas em fundamentos sólidos, levando em consideração os aspectos econômicos, sociais e legais envolvidos, a fim de garantir a efetividade e a justiça das medidas regulatórias adotadas.

CONCLUSÃO

A hipótese do artigo foi confirmada, uma vez que a regulação por litígio é uma realidade no Brasil, como evidenciado por decisões judiciais que têm

impactos regulatórios significativos. A regulação por litígio aproxima os campos da regulação e da responsabilidade civil, sendo aplicável no ordenamento jurídico brasileiro devido à convergência prática entre os modelos de responsabilidade civil, os instrumentos processuais que permitem que as decisões judiciais exerçam função regulatória e a ampliação do controle jurisdicional sobre os atos e omissões da Administração Pública, baseada em uma noção ampla legalidade.

Diversas decisões judiciais deixam claro que o processo judicial está sendo utilizado como uma ferramenta para implementar medidas regulatórias em diferentes áreas. Exemplos disso são a proibição do uso do amianto em todo o país e a imposição de controle de preços em contratos educacionais durante a pandemia da Covid-19, demonstrando o crescente papel regulatório assumido pelo Poder Judiciário.

É imprescindível que as decisões judiciais no âmbito da regulação por litígio sejam embasadas em fundamentos sólidos, levando em conta os aspectos econômicos, sociais e legais envolvidos. A efetividade e a adequação das medidas regulatórias dependem diretamente da qualidade dessas decisões, que devem se fundamentar em evidências, princípios jurídicos e uma análise cuidadosa dos impactos esperados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAHAM, Kenneth S. The insurance effects of regulation by litigation. In: VISCUSI, W. Kip (ed.). **Regulation through litigation**. Washington, DC: American Enterprise Institute; Brookings Institution, 2002. p. 212-233.
- ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, pp. 13–23, 2014.
- ARROW, Kenneth J.; HAHN, Frank. H. **General competitive analysis**. Amsterdam: North-Holland, 1971.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, p. 187-212, 2001.

- BATOR, Francis M. The anatomy of market failure. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 72, n. 3, p. 351-379, 1958.
- BATTESINI, Eugenio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011.
- BLAUG, Mark. The formalist revolution of the 1950s. **Journal of the History of Economic Thought**, v. 25, n. 2, p. 145-156, 2003;
- BLAUG, Mark. The fundamental theorems of modern welfare economics, historically contemplated. **History of Political Economy**, v. 39, n. 2, p. 185-207, 2007.
- BUCHANAN, James M. Law and the invisible hand. In: BUCHANAN, James M. **Freedom in constitutional contract**. College Station: Texas A & M University, p. 25-39, 1977.
- BUCHANAN, James M. Cultural evolution and institutional reform. In: BUCHANAN, James M. **Federalism, liberty and the law**. Indianapolis: Liberty Fund, p. 311-323, 2001.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COASE, Ronald H. The Interdepartment Radio Advisory Committee. **Journal of Law and Economics**, v. 5, p. 17-47, 1962.
- COASE, Ronald H. The theory of public utility pricing and its application. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 1, n. 1, p. 113-128, 1970.
- COASE, Ronald H. Law and Economics and A. W. Brian Simpson. **The Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 1, p. 103-119, 1996.
- COOK, Philip J.; LUDWIG, Jens. Litigation as regulation: firearms In: VISCUSI, W. Kip (ed.). **Regulation through litigation**. Washington, DC: American Enterprise Institute; Brookings Institution, 2002. p. 67-93.
- COOK, Philip J.; LUDWIG, Jens; SAMAHA, Adam. Gun control after Heller: litigating against regulation. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation versus litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p. 103-135.
- COUTINHO, Diogo R.; DA ROCHA, Jean-Paul Veiga. Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade—parâmetros jurídicos—a irretroatividade das normas no

- campo regulatório—formas e limites de atuação do Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 272, p. 253-281, 2016.
- DE JONG, Elbert R. Tort Law and Judicial Risk Regulation: Bipolar and Multipolar Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effects. **European Journal of Risk Regulation**, v. 9, n. 1, p. 14-33, 2018
- DE JONG, Elbert R.; FAURE, Michael G.; GIESEN, Ivo; MASCINI, Pedro. Judge-made risk regulation and tort law: An introduction. **European Journal of Risk Regulation**, v. 9, n. 1, p. 6-13, 2018.
- DUDLEY, Susan E.; BRITO, Jerry. **Regulation: A primer**. Arlington, VA: The Mercatus Center at George Mason University, 2012.
- FAURE, Michael G. The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice. **Journal of Risk Research**, v. 17, n. 6, p. 689-707, 2014.
- FRAZÃO, Ana. Principais distinções e aproximações da responsabilidade civil nos modelos francês, alemão e anglo-saxão. In: RODRIGUES Jr., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 748-766.
- GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steven; SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- GRUBER, Jonathan. **Public finance and public policy**. 3rd ed. New York: Worth Publishers, 2010.
- HELLAND, Eric; KLICK, Jonathan. The tradeoffs between regulation and litigation: evidence from insurance class actions. **Journal of Tort Law**, v. 1, n. 3, 2007.
- KESSLER, Daniel P. Introduction. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation versus litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 1-9.
- LEDYARD, John O. Market failure. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (Ed.). **Allocation, information and markets**. London: Palgrave Macmillan, 1989, p. 185-190.
- MANKIW, N. Gregory. **Principles of economics**. 9th ed. Boston, MA: Cengage Learning, 2021.
- MARCIANO, Alain; MEDEMA, Steven G. Market failure in context: introduction. **History of Political Economy**, v. 47, n. 1, p. 1-19, 2005.

- MONTEIRO, Jorge Vianna. Quantidade de regras, responsabilização e litígio. **Revista de Administração Pública**, v. 41, n. 6, p. 1191-1203, 2007.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. **Governo e crise: escolhas públicas no Brasil e no mundo, 2007-2011**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. Regulating by Litigation: The EPA's Regulation of Heavy-Duty Diesel Engines. **Administrative Law Review**, v. 56, p. 403-518, 2004.
- MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. **Regulation by litigation**. New Haven: Yale University Press, 2009.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. 25 anos de regulação no Brasil. In: MATTOS, Cesar (Org.). **A revolução regulatória na nova lei das agências**. São Paulo: Singular, 2021, Edição do Kindle.
- PIGOU, Arthur C. **Economics of welfare**. London: Macmillan and Co., 1920.
- PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. 8. ed, São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- PORTO, Antônio Maristrello Porto; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.
- REICH, Robert. Regulation is out, litigation is in. **The American Prospect**. December 19, 2001. Disponível em: <https://prospect.org/article/regulation-out-litigation>. Acesso em: 03 set. 2022.
- RODRIGUES, Eduardo Calasans. **Regulação versus judicialização: o duplo sistema regulatório da saúde**. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.
- RODRIGUES, Eduardo Calasans. Saúde suplementar no STJ: regulação e judicialização se atraem? **Revista de Estudos jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**, v. 1, p. 153-182, ago. 2020.
- SHAVELL, Steven. Liability for harm versus regulation of safety. **The Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 2, p. 357-374, 1984.
- SHLEIFER, Andrei. Efficient regulation. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation versus litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 27-43.
- SHLEIFER, Andrei. The enforcement theory of regulation. In: SHLEIFER, Andrei. **The failure of judges and the rise of regulators**. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 1-21.

- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, pp. 97-128.
- SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- VAN ZEBEN, Josephine. A law and economics perspective on judicial risk regulation. **European Journal of Risk Regulation**, v. 9, n. 1, p. 79-98, 2018.
- VARIAN, Hal. R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- VIEIRA, Bruno Fernandes. **Regulação por incentivo no setor elétrico brasileiro: instituições e eficiência**. 2014, 166 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.
- VISCUSI, W. Kip (ed.). **Regulation through litigation**. Washington, DC: American Enterprise Institute; Brookings Institution, 2002a.
- VISCUSI, W. Kip. Tobacco: regulation and taxation through litigation. In: VISCUSI, W. Kip (ed.). **Regulation through litigation**. Washington, DC: American Enterprise Institute; Brookings Institution, 2002b. p. 22-52.
- VISCUSI; W. Kip; HERSCH, Joni. Tobacco regulation through litigation: the master settlement agreement. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation versus litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p. 71-101.
- WITTMAN, Donald. Prior regulation versus post liability: The choice between input and output monitoring. **The Journal of Legal Studies**, v. 6, n. 1, p. 193-211, 1977.
- YANDLE, Bruce; MORRISS, Andrew P.; KOSNIK, Lea-Rachel. **Regulating Air Quality Through Litigation**. Bozeman, MT: PERC, 2002.
- YANDLE, Bruce; MORRISS, Andrew P. Regulation by Litigation" Diesel Engine Emission Control". **The Independent Review**, v. 8, n. 3, p. 401-418, 2004.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrv@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>