

A EVOLUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Leonardo Vizeu Figueiredo

Procurador Federal

Professor de Direito Constitucional da EMERJ

Professor de Direito Econômico da Universidade Santa Úrsula

Introdução

O presente estudo objetiva delinear o desenvolvimento histórico da ordem econômica dentro do direito constitucional pátrio, focando-se na evolução jurídica do Estado brasileiro desde sua inauguração na época imperial até a Constituição cidadã de 1988.

Para tanto, busca traçar o papel que a Regulação atualmente exerce dentro do Estado Democrático de Direito, inaugurando uma vertente de intervencionismo estatal sobre a Ordem Econômica até então inédita, esmiuçando, ainda, as atribuições que são reservadas às Agências Reguladoras, na qualidades de entes estatais independentes e autônomos.

1 Agente Normativo: o Estado Regulador

Após a derrocada do Estado Absolutista, marcada, notadamente, pela Revolução Francesa (1789), o movimento de reengenharia estatal adotou um novo modelo para se garantir a constituição e a contenção da autoridade política do Estado, a representatividade da população, bem como, *a posteriori*, justiça distributiva e pluralismo social. A este novel modelo, denominou-se Estado Democrático de Direito, que pode ser conceituado como a Nação juridicamente organizada em torna da Constituição e leis cujos representantes gozam do crisma da aprovação popular, tendo atuação disciplinada e limitada pelo ordenamento jurídico.

Inicialmente, no que tange à Ordem Econômica, tal novel modelo estatal adotou uma postura abstenseísta, fortemente inspirado em Adam Smith cuja teoria da “mão invisível” determinava que os objetivos coletivos seriam atingidos, tão-somente, pela realização dos objetivos individuais envolvidos, não sendo necessária a interferência do Poder Público para tanto. Neste sentido, cabe citar o magistério de Manoel Afonso Vaz:

*Laissez-faires, laissez-passer; lê monde va de lui-même – eis o lema apontado por Adam Smith que, na sua Investigação sobre a Natureza e as Causas da riqueza das Nações (1776), preconizava: cessem todas as medidas de limitação e surgirá por si próprio o sistema claro e simples da liberdade natural. (...) De acordo com o sistema da liberdade natural só restam ao Estado três funções para desempenhar: a) a obrigação de defender a nação contra as violações e ataques de outras nações independentes; b) a obrigação de salvaguardar todo o membro da própria nação contra ataques, mesmo legais, de todos os outros, ou seja, manter uma legislação imparcial; c) criar e manter certas instituições públicas cuja criação e manutenção não possam ser esperadas da iniciativa privada.*¹

¹ VAZ, Manoel Afonso. Direito econômico – a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra Ed. 1985. p. 15.

Conforme bem observado por Nagib Slaibi Filho, o Estado Liberal caracteriza-se por uma postura abstencionista, uma vez que atua de forma neutra e imparcial no que tange à atividade econômica. Na lição do ilustre constitucionalista pátrio:

*O Estado liberal é absenteísta quanto à atuação na Economia (...) Se o Estado absenteísta pretende deixar fluir as forças naturais do mercado, isto é, não corrige nem dirige os aspectos econômicos, já o Estado intervencionista atua sobre a ordem econômica, legislando e transformando os fatores de produção, de acordo com o ideário político que inspira sua atuação.*²

Todavia, as imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer. Isto porque, o funcionamento deste pressupunha uma certa igualdade e um ambiente concorrencialmente perfeito, para que, através da competição equilibrada entre os agentes, se alcançasse os interesses coletivos. Como tais pressupostos nunca foram efetivados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais, acirramento das desigualdades sociais, e conflitos bélicos em escala mundial.

Assim, após a derrocada do modelo de Estado liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados, sendo abandonado o liberalismo puro, adotando-se, destarte, diferentes formas e aspectos intervencionistas, cada qual influenciado pelo ideário político da corrente partidária que se encontra no poder, conforme adiante explicitado. Assim, surge o intervencionismo estatal, caracterizado por forte interferência do Poder Público na sua Ordem Econômica, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar Social, este último consolidado nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial.

O modelo socialista caracterizou-se pela absorção total da atividade econômica por parte do Estado. Por sua vez, no modelo social, a intervenção na atividade econômica apresenta-se mais moderada, objetivando garantir que sejam efetivadas políticas de caráter assistencialista na sociedade, para prover os notadamente hipossuficientes em suas necessidades básicas.

Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, foi alvo de duras e acertadas críticas, porquanto se demonstrou Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos.

Tratou-se de um modelo de Estado esbanjador, inchado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes – transporte, habitação, saúde, educação e segurança pública, por exemplo. No que tange à sua relação com os cidadãos mostrou-se igualmente pernicioso, uma vez que levou o indivíduo a sentir-se sufocado e refém nas mãos do Estado-pai e, concomitantemente, achar-se no direito de eternamente ficar clamando do Poder Público a resposta a todo e qualquer anseio.

A partir desse descrédito no potencial empresário e provedor do Estado, como forma de atingir de forma eficaz o progresso e a transformação social, os papéis que antes lhe foram destinados passaram por uma redistribuição, no intuito de reduzir o tamanho da máquina burocrática, devolvendo-se à iniciativa particular as atividades que estavam sendo insatisfatoriamente prestadas pela máquina estatal.

²

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 862 e 863.

O pêndulo retorna à iniciativa privada, de modo a assegurar-lhe o papel de protagonista na sociedade, dando-se um retorno comedido ao ideário liberal, permeado, agora, pela presença do Estado, na qualidade de agente normatizador e regulador de sua Ordem Econômica.

Assim, o Estado Regulador apresenta-se como a forma de posicionamento econômico estatal adotado em decorrência da crise gerada pelo fracasso da experiência liberal, pelo super-dimensionamento da área de atuação estatal pregada pelo Estado Social, bem como da inoperância do Estado Socialista.

Destarte, busca-se com este modelo um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade dos bens essenciais, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana.

Caracteriza-se numa nova concepção para a presença do Estado na economia, como ente garantidor e regulador da atividade econômica, que volta a se basear na livre iniciativa e na liberdade de mercado, bem como na desestatização das atividades econômicas e redução sistemática dos encargos sociais. Tem por fim garantir equilíbrio nas contas públicas, sem, todavia, desviar o Poder Público da contextualização social, garantindo-se, ainda, que este possa focar esforços nos serviços públicos essenciais.

No Brasil, a experiência histórica repetiu-se e, amiúde, vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, tais como: a economia globalizada, o enfraquecimento do Estado em relação ao seu poder indutor na sociedade, a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas, dentre outras.

Isto porque, o Estado Social adotado no caso brasileiro, igualmente, revelou-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as atividades econômicas. Destarte, mister se fez e se faz a gradual devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada. Observe-se que, o programa de reforma do Estado brasileiro decorreu da incapacidade do setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico.

A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, ampliando o leque de atuação deste, com os fenômenos da publicização³ (o chamado setor público não-estatal) e da privatização, resultou, para o Estado, em poderes crescentes de regulação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica. A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo⁴, mas uma mudança de parâmetros no foco estatal.

Isto porque, tais alterações fizeram com que o Poder Público ficasse mais atento ao cumprimento da missão fiscalizatória, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das

³ Sobre o tema, vide FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Licções de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 175.

⁴ Cumpre ressaltar que a após a derrocada do modelo de Estado Liberal, não há mais que se falar em economia de mercado pura, mas em diferentes formas de intervenção do Poder Público em sua Ordem Econômica, que variaram dentro do contexto histórico-social de cada Nação. Outrossim, por intervencionismo podemos conceber todas as formas pelas quais o Estado encontra-se legitimado a interferir nas atividades econômicas geradoras de rendas e receitas efetuadas por parte do agente privado.

empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público. Tal função é, atualmente, desenvolvida pelos diversos entes reguladores de mercados econômicos e setores de relevante interesse coletivo, bem como pelas autoridades antitruste que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a saber, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, a Secretaria de Defesa Econômica – SDE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Ao Estado, portanto, no que tange à seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o art. 174 da Constituição de outubro de 1988:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

A intervenção indireta, por via de regulação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para evitar a ocorrência de falhas de mercado que pudessem comprometer a realização dos interesses envolvidos, isto é, para garantir um regime de livre concorrência, evitando-se práticas abusivas pelos agentes mais fortes em face dos mais fracos, bem como em detrimento do mercado e, por consequência, de toda a sociedade.

Por tal razão, as primeiras medidas interventivas manifestaram-se por meio de um conjunto de atos legislativos que intentavam restabelecer a livre concorrência. Neste sentido, cumpre destacar que, as primeiras ações estatais de caráter intervencionista foram as Leis Antitruste criadas no final do Século XIX, nos Estados Unidos da América (*Sherman Act*). Outrossim, a Ordem Econômica somente foi positivada com força de norma constitucional na Carta Mexicana de 1917, marco das constituições sócio intervencionistas, alcançando *status* de norma materialmente constitucional com a Constituição alemã de 1919.

Observe-se que, o papel do Estado como ente regulador da atividade econômica ora perfar-se-á por meio da indução (incentivo e planejamento), ora através de direção (fiscalização e controle).

Destarte, o Estado pode e deve interceder normativamente para regular a economia, editando leis e atos de cunho eminentemente político-econômico⁵.

2 Da Regulação Estatal

Conforme já dito, o presente artigo cuida da análise do papel do Estado como agente regulador de sua Ordem Econômica, a fim de delinear quais as principais características da regulação exercida pelo Poder Público, no atual cenário constitucional.

Assim, proceder-se-á uma análise sobre a regulação, seu conceito, sua estrutura, tipos, instrumentos e mecanismos, para, ao término, analisar as funções reguladoras de fiscalização, incentivo e planejamento estatal.

2.1 Conceito de Regulação

Por regulação, a doutrina, tanto nacional, quanto estrangeira, discorre com os mais diversos conceitos.

No campo do Direito Comparado, para o jurista espanhol Santiago Muñoz Machado, a regulação é um conjunto de técnicas de intervenção pública no mercado, devendo ser entendida como um controle prolongado e localizado, exercido por uma agência pública, sobre uma atividade a qual a comunidade atribuiu relevância social⁶.

Por sua vez o doutrinador lusitano Vital Moreira considera que a regulação é “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”⁷.

Na lição do mestre Canotilho, na moderna concepção de posicionamento estatal em relação à economia, o Estado assume uma postura de regulador de atividades econômicas, podendo, inclusive, a regulação ser delegada a entidades administrativas independentes, não diretamente subordinadas ao poder político governamental, quando se fizer necessário. Tal delegação a entes administrativos autônomos e independentes fundamenta-se na verificação de que a execução de muitas competências e atribuições estatais necessitam de recursos, conhecimentos, experiências técnicas e profissionais que se encontram, por vezes, fora do aparelhamento estatal⁸.

Ainda dentro do Direito Comparado português, Antônio Carlos dos Santos, em obra conjunta com Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, definem que a:

⁵ Ressalte-se que, para Marcos Juruena Villela Souto (*in Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001), a regulação se trata de forma de redução da intervenção do Estado na Ordem Econômica, assim como a desestatização, que se perfaz das seguintes formas: 1) privatização: alienação do controle acionário da entidade empresarial do Estado ao particular; 2) terceirização: transferência da execução de alguma atividade para o particular, mantendo-se o planejamento e controle no Poder Público; 3) concessão e permissão: transferência de gestão de serviço público ao particular, mediante cobrança de tarifa; e 4) gestão associada: dá-se mediante a celebração de convênios, consórcios, contrato de gestão e acordos de programa.

⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado: los fundamentos*. Madrid, 1998, t. i., p.264.

⁷ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

*(...) regulação pública da economia consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis*⁹.

Merece destaque que, para o Departamento de Orçamentos do Congresso Norte-Americano, o estudo da regulação de mercados deve levar em consideração o impacto sobre as atividades de empresas privadas, tais como a entrada e saída do mercado, as estruturas de tarifas, os preços e rendas, e o ambiente competitivo. Acrescenta, ainda, diversas atividades do governo federal nas áreas de saúde, seguridade, proteção ambiental e do consumidor, ou no padrão de emprego pelos impactos que têm sobre as empresas privadas. Destarte, para a Administração Pública Norte-Americana, uma definição ampla de regulação pública incluiria todas essas áreas e ainda aquelas atividades que afetariam as operações da indústria privada e a vida dos cidadãos particulares.

No que tange à doutrina pátria, Alexandre Santos de Aragão define a regulação como:

*O conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis*¹⁰.

Para Carlos Ari Sunfeld, regulação é um instituto de cunho eminentemente político, indo além do direito, razão pela qual afirma que:

*A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais)*¹¹.

Para Odete Medauar¹², a regulação abrange a edição de normas, a fiscalização de sua devida observância, a imposição de sanções e a mediação dos conflitos, não sendo atividade exclusiva do direito econômico, mas de todo o ordenamento jurídico.

⁹ SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Econômico, 4ª ed. Coimbra: Almedina. Portugal. 2002. p. 191.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 37.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Econômico Brasileiro, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. p. 18.

¹² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 84.

Por sua vez, Marçal Justen Filho¹³ nos dá a seguinte definição: "A *regulação econômico-social* consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais".

Esmiuçando pormenorizadamente seu conceito, explica o doutrinador paranaense que o vocábulo *regulação* traz um conceito mais amplo que engloba, concomitantemente, a junção de diversos instrumentos jurídicos de execução de sua função estatal, conforme veremos adiante.

Outrossim, esclarece que toda *regulação* de atividade econômica tem por fim a promoção de valores sociais, não havendo como se efetuar a *regulação* econômica sem a respectiva promoção social.

Destarte, pode-se conceituar, objetivamente, a *regulação* como **o conjunto de atos e medidas estatais que tem por fim garantir a observância dos princípios norteadores da ordem econômica no mercado, bem como a devida e correta prestação de serviços públicos, além do incentivo e fomento para a implementação das políticas públicas respectivas para direcionamento de cada nicho da economia.**

Sob um aspecto subjetivo, pode-se conceituar a *regulação* como **o processo estatal de normatização, de fiscalização, de incentivo, de planejamento e de mediação da atividade econômica dos particulares, conjugando os interesses privados destes com os interesses público e coletivo envolvidos no ciclo econômico do respectivo mercado.**

Assim, da junção dos dois aspectos conceituais acima delineados, **a *regulação* se trata de toda medida estatal, envidada no sentido de garantir a prevalência dos princípios da ordem econômica, bem como do respectivo interesse coletivo, a fim de efetivar a observância das políticas públicas norteadoras do planejamento econômico e social.**

2.2 Estrutura da Regulação¹⁴

Via de regra, o Estado não intervirá na economia, somente o fazendo quando se configure estritamente necessário para garantir a observância dos princípios constitucionais que norteiam a Ordem Econômica, notadamente os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência.

Somente haverá motivo para promover a *regulação* de algum setor da economia se existir uma das chamadas falhas de mercado, que se manifestam das formas a seguir listadas, aliadas a uma insatisfação social e politicamente inaceitável (condição política):

Deficiência na concorrência: Ocorre quando, no respectivo mercado, não há condições favoráveis para existência de uma disputa saudável e equilibrada entre os agentes econômicos envolvidos, fato que prejudica o ciclo econômico, uma vez que a produção e a comercialização ficam na mão de um só agente (monopólio) ou de poucos agentes (oligopólio), gerando prejuízo no que tange ao consumo, ante a sobreposição arbitrária e

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva. 2005. p. 447.

¹⁴ Vide: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 187 e seg.

injustificável dos interesses privados dos agentes sobre os interesses coletivos (consumidores) e sobre o interesse público (Estado);

- a) Deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos:** Ocorre quando o mercado não é capaz de promover o acesso da coletividade aos bens essenciais para satisfação do mínimo existencial, sendo incapaz de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) Externalidades:** Fatores produzidos pelos agentes que operam no mercado, na consecução de suas atividades, cujos efeitos se fazem presentes sobre terceiros não participantes do respectivo ciclo econômico (produção, circulação e consumo), indo além do respectivo nicho, tendo forte impacto no meio social. Ex.: poluição. Outrossim, as externalidades ocorrem quando o bem-estar de um consumidor ou as possibilidades de produção de uma empresa são diretamente afetadas pelas ações de um outro agente da economia. De outra forma, as externalidades podem ser definidas como os efeitos, sobre uma terceira parte, derivadas de uma transação econômica sobre a qual a terceira parte não tem controle. Externalidades positivas são efeitos que aumentam o bem-estar desta terceira parte (por exemplo, reduzindo os custos de produção), enquanto externalidades negativas são efeitos que reduzem o bem-estar (por exemplo, aumentando os custos de produção);
- c) Assimetria informativa:** Ocorre quando o consumidor e/ou o Estado não possuem conhecimento sobre como o mercado opera, ou detém informações imperfeitas que não refletem à realidade material do respectivo setor econômico, fato que facilita e permite a prática de condutas abusivas por parte dos agentes econômicos que nele atuam, praticamente, à revelia do Poder Público. É de se ressaltar que a assimetria de informações gera efeitos igualmente funestos para o consumidor, que fica prejudicado ante ao desconhecimento de como se procedimentaliza a relação econômica de consumo, bem como ao produto que adquire, fatos que, somados a outros, o coloca em uma posição de hipossuficiência ante o agente econômico. Observe-se que, a assimetria informativa representa violação ao princípio da transparência que se traduz na boa-fé econômica, sendo principiologicamente vedada pelo Direito, consoante institutos consagrados em diversos ramos jurídicos, tais como o Código Civil¹⁵, o Código de Defesa do Consumidor¹⁶, Lei de Mercados de Capitais¹⁷ (Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965), dentre outros.

¹⁵ Lei nº 10.406/02: “Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

¹⁶ Lei nº 8.078/90: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”; - grifamos.

¹⁷ Lei nº 4.728/65: “Art. 2º O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central exercerão as suas atribuições legais relativas aos mercados financeiro e de capitais com a finalidade de:

I - facilitar o acesso do público a informações sobre os títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado e sobre as sociedades que os emitirem”; - grifamos.

d) Poderio e desequilíbrio de mercado: É o pré-requisito econômico-financeiro, que se traduz na relevância do mercado para a economia nacional, podendo ser avaliado por diversos fatores, tais como o numerário movimentado periodicamente pelo respectivo nicho econômico, a quantidade de empregos, diretos e indiretos, gerada, a produção e circulação de riquezas, que refletem diretamente sobre o produto interno bruto, aumento de divisas, equilíbrio da balança comercial, bem como sobre a renda *per capita*, entre outros. Observe-se que o poderio de mercado somente traduzir-se-á em falha de mercado quando houve exercício abusivo de posição dominante por parte dos agentes, isto é, quando os competidores valerem-se da posição que ocupam no mercado para imporem sua vontade arbitrariamente ao demais.

Aliada a uma ou mais falhas de mercado acima, deve-se conjugar uma situação sócio-política insustentável, que gere repercussão inaceitável para a coletividade, criando grande celeuma e prejuízos para a vida em sociedade. Isto porque, não haverá necessidade de se regular setores que não tenham repercussão relevante para o interesse coletivo.

Destarte, resta claro que somente haverá regulação onde o mercado privado, por si, não conseguir auto-regular-se, isto é, quando não conseguir alcançar os fins colimados pelas políticas públicas adotadas pelo Estado, tanto no plano constitucional, quanto no plano legal, tampouco alcançar as necessidades inerentes à sua salutar manutenção, fazendo-se mister a intervenção estatal para tanto. Podemos, outrossim, identificar duas formas de regulação distintas:

2.2.1 Auto-regulação ou regulação privada

Decorrente da condução exercida pelo próprio mercado, que, por si e sem a necessidade de interferências externas, demonstra-se capaz de garantir o respeito aos princípios que norteiam a ordem econômica, mormente a livre iniciativa e a liberdade de concorrência. É oriunda, tão-somente, do uso devido dos mecanismos de mercado por parte dos próprios agentes econômicos que nele operam. Por mecanismos de mercado entende-se todo ato empresarial, de cunho privado, praticado pelos agentes econômicos na consecução de seus negócios jurídicos.

Via de regra, não há intervenção estatal em mercados capazes de se auto-regularem (ex.: competições esportivas). Todavia, vale ressaltar que, na auto-regulação, a atuação do Poder Público também se faz necessária, perfazendo-se de forma preventiva, mediante análise dos atos empresariais dos agentes econômicos por parte das autoridades antitrustes, responsáveis pela defesa concorrencial, a fim de se garantir que não haja desvirtuamento dos mecanismos de mercado.

2.2.2 Heterorregulação ou regulação pública

É o processo de interferência do Poder Público, sendo decorrente da necessidade que o Estado tem em intervir no mercado para garantir a observância dos princípios que norteiam a Ordem Econômica, uma vez que o mesmo é incapaz de fazê-lo por si, apresentando falhas que necessitam ser corrigidas.

Observe-se que, não é indispensável que a regulação seja exercida por agência reguladora, podendo ser feita por qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública. Como exemplos históricos de entes reguladores públicos, podemos destacar o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC, criado em 22 de abril de 1931, pelo Presidente Getúlio Vargas, subordinado ao, então, Ministério de Viação e Obras Públicas, tendo por fim disciplinar a navegação e a indústria aeronáuticas do Brasil, cujas atribuições encontram-se,

atualmente, a cargo da recém-criada Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC; o já extinto Instituto Brasileiro do Café, criado em 1952, em substituição ao Departamento Nacional do Café, com o fim de regular a política cafeeira nacional, o qual atuou até o ano de 1989, no qual foi substituído pelo Conselho Deliberativo de Política de Café; bem como o Banco Central do Brasil, responsável pela normatização do Sistema Financeiro Nacional.

Ressalte-se que, o Estado brasileiro adotou em âmbito federal o modelo de regulação setorial, criando entes especializados e específicos para cada nicho da economia.

2.3 Tipos de Regulação

O Estado atua regulando diversos nichos da economia, bem como setores de relevante interesse para a coletividade, desde que os mesmos apresentem falhas de mercado. Assim, podemos identificar os seguintes tipos de regulação:

2.3.1 Econômica

Exercida com o fito de prevenir práticas abusivas, corrigir assimetrias informativas em defesa do consumidor, garantindo, ainda, o cumprimento das políticas públicas adotadas para condicionamento do exercício do poder econômico por parte dos agentes de mercado. A regulação econômica refere-se às intervenções cujo propósito é maximizar o ciclo econômico de determinado mercado. Irá ocorrer na presença das "falhas de mercado", assegurando que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente, tendo como resultado adequados níveis de quantidade, qualidade e preço.

A regulação econômica sistemática tornou-se uma questão concreta no Brasil com as privatizações levadas a cabo pelo governo brasileiro na década de 1990, que concedeu à iniciativa privada diversos "monopólios naturais", ou "quase-monopólios" que antes se encontravam sob a égide das empresas estatais.

2.3.2 Serviços Públicos

Visa garantir aos usuários a adequada prestação de serviços públicos por parte da Administração Pública, bem como dos respectivos delegatários. Neste tipo de regulação envidada pelo Poder Público, busca-se aliar a prestação qualitativa dos serviços públicos com uma política remuneratória adequada a cobrir o custo marginal da atividade, bem como a garantir a devida margem de lucro por parte do delegatário, de modo que todos os que necessitem do referido serviço tenham acesso ao mesmo.

Objetiva-se, assim, garantir a efetiva universalização da prestação dos referidos serviços. Ex.: ANATEL e ANEEL.¹⁸

¹⁸ Cumprir destacar que muitas vezes o serviço público prestado pode ser traduzido em rentável atividade econômica, tal como ocorre nas áreas de telecomunicações e abastecimento de energia elétrica, fato que leva diversos autores a classificarem estas atividades como econômicas. Outrossim, a própria lei que regula o setor de telecomunicações determina que tais serviços poderão ser prestados em regime público (serviço público), quando de interesse coletivo, nos casos de telefonia fixa, ou ser prestados em regime privado (atividade econômica), quando de interesse restrito, no que se refere aos demais produtos de telecomunicações operados no mercado (Lei nº 9.472/97, Livro III, Título I, Capítulos I e II, arts. 60 a 68).

2.3.3 Social

Objetiva preservar e garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana no que tange ao acesso e ao uso dos bens mínimos (mínimo existencial) necessários à vida em sociedade. É a regulação que intervém na provisão dos bens públicos e na proteção do interesse público, define padrões para saúde, segurança e os mecanismos de oferta desses bens. Ex.: ANVISA e ANS.

2.3.4 Ambiental

Tem por fim promover a preservação do meio ambiente, bem como a coexistência harmônica dos agentes econômicos com os fatores de produção naturais, determinando sua exploração racional, garantido seu acesso às futuras gerações. Ex.: IBAMA.

É de se ressaltar que a questão ambiental vem ganhando cada vez mais espaço nos fóruns acadêmicos de discussão ante a necessidade de se preservar o *habitat* natural do homem.

2.3.5 Cultural

Visa fomentar a produção cultural nacional, garantindo a preservação do patrimônio histórico-cultural do país, bem como a preservação dos valores morais da sociedade. Ex.: ANCINE e IPHAN.

Por meio da regulação cultural busca-se criar identidade cívica da população com sua respectiva Nação, ampliando, destarte, a interação e a integração dos valores de identificação do povo com sua pátria.

2.4. Instrumentos da Regulação

Instrumentos de regulação são os institutos jurídicos que materializam, no plano concreto, a atividade reguladora estatal, em caráter macro. Na prática, podemos definir a instrumentalização da regulação, condicionada a sua definição, quanto processo normativo, fiscalizador, incentivador, planejador e mediador da atividade econômica por parte do Estado, da seguinte forma:

- a)** atos normativos, gerais e abstratos, porém de caráter setorial, para supervisão e regulamentação da atividade econômica;
- b)** mediação entre os interesses dos setores públicos e privados, através de instrumentos jurídicos transacionais de composição extrajudicial de conflitos;
- c)** exercício de poder de polícia (fiscalização) sobre a atividade econômica, seja mediante expedição de regulamentos proibitivos próprios, seja através de aplicação de sanções administrativas nas infrações a serem apuradas no caso concreto – função judicante;
- d)** fomento, estímulo e promoção a determinadas atividades, a fim de se alcançar os objetivos políticos estabelecidos pelo Poder Público.

Por sua vez, compete às Agências Reguladoras, quanto entidades integrantes da Administração Pública Indireta, exercerem a atividade de regulação de forma independente e apolítica ao Governo Central, como veremos adiante, em capítulo posterior.

2.5 Mecanismos de Mercado e de Regulação

Mecanismos de mercado são todos os atos de cunho empresarial e societário, dos quais podem se valer os agentes econômicos para garantir a sua permanência saudável em seus respectivos nichos econômicos, em respeito ao devido processo competitivo e às regras e normas do direito concorrencial.

Os mecanismos de mercado são os atos que efetivam a autoregulação, ao passo que os instrumentos de regulação são os atos que materializam a heteroregulação do Poder Público.

O direito brasileiro criou uma figura híbrida entre os dois atos, configurando um ponto de interseção entre os mecanismos de mercado e os instrumentos de regulação, denominando-os de mecanismos de regulação.

Por mecanismos de regulação entende-se o conjunto de atos de cunho contratual, previstos e nominados em legislação específica, aplicáveis setorialmente a determinado mercado regulado, dos quais os agentes econômicos podem se valer para controlar a oferta e demanda de seus produtos e serviços, desde que previamente autorizados pelo Poder Público. Isto é, tratam-se de cláusulas estipuladas nos contratos de prestação de serviços celebrados entre os usuários e os agentes econômicos, com a prévia autorização do ente regulador, destinados a controlar a demanda dos serviços prestados, evitando-se, assim, que, em virtude de abusos de direitos, os consumidores aumente o risco moral da atividade e majorem indevidamente a contraprestação cobrada pelos prestadores.

Diferentemente dos instrumentos de regulação, que são característicos e aplicáveis a toda atividade reguladora estatal, os mecanismos reguladores são de aplicação restrita a determinado setor, sendo de utilização dos agentes econômicos, como meio de autoregulação. Frise-se que todo mecanismo de regulação deve ter previsão legal, ou estar devidamente instituído por meio de ato normativo próprio.

Observe-se que, durante o período de racionamento no abastecimento de energia elétrica, que ficou mais conhecido por “apagão”, ocorrido durante a última gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a ANEEL autorizou a utilização da cobrança de uma sobretaxa em relação aos usuários que registrassem aumento em suas respectivas quotas de consumo. Tal permissivo contratual de cobrança de quota extra para controlar a demanda de consumo de energia elétrica, devidamente autorizado e normatizado pelo ente regulador, caracteriza e serve de exemplo de como o mecanismo de regulação se faz presente.

Na prática, estes mecanismos têm como objetivo controlar o uso dos serviços prestados aos consumidores pelos agentes econômicos. É preciso ficar claro que estes mecanismos são controladores, mas não podem traduzir-se em impeço ao acesso do consumidor a qualquer tipo de serviço, atendimento ou procedimento posto a sua disposição. Por óbvio, os serviços ofertados com mecanismos de regulação devem ter preços mais acessíveis.

Assim, podemos entender os mecanismos de regulação como os recursos previstos em contrato, autorizados em legislação específica, que possibilitam ao agente econômico controlar a demanda ou a utilização de serviços prestados.

Atualmente, podemos destacar como exemplo de mecanismos reguladores, os institutos contratuais específicos de saúde suplementar, previstos na Lei de Planos de

Saúde¹⁹ (Lei nº 9.656/98), que se encontram sob o campo de regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/00). Tais mecanismos encontram-se normatizados via Resolução nº 8, de 03 de novembro de 1998, do Conselho Nacional de Saúde Suplementar.

2.6 Funções Reguladoras

Nos termos do já citado art. 174, *in fine*, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado Regulador exercerá suas atribuições por meio de três funções que lhes são típicas, a saber, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatal, conforme passamos a delinear.

2.6.1 Fiscalização Estatal

No âmbito constitucional, dentro do processo estatal de regulação, a fiscalização atribuída ao Poder Público sobre a atividade econômica traduz-se em controle da juridicidade do exercício da liberdade de iniciativa pelos particulares.

Implementa-se, por meio desta função, a fiscalização das práticas dos agentes econômicos, do empresariado, de modo a perceber se há adequação entre estas e as normas jurídicas de conteúdo econômico editadas pelo Estado. Traduz-se, outrossim, em uma atividade prévia de acompanhamento da atividade econômica, para fins de verificação de observância do ordenamento normativo aplicável, garantido-se a efetividade e a eficácia das políticas públicas do Estado.

Assim, podemos entender essa forma de atuação estatal como uma forma de vigilância exercida sobre a atividade econômica, zelando-se, assim, pela estrita observância dos princípios estabelecidos pelo legislador para a Ordem Econômica, no que se refere à atividade empresarial e empreendedora exercida pelos particulares.

Observe-se que, a fiscalização estatal pode ir desde a mera observação, passando-se pela censura, podendo, nos casos mais extremos, chegar à interdição e ao encerramento da atividade, quando se fizer necessário para defesa do interesse coletivo envolvido, dentro dos limites legais, previamente estabelecidos para tanto.

2.6.2 Incentivo Estatal

Por incentivo, dentro do processo de regulação estatal, entende-se o auxílio prestado pelo Poder Público para o fomento, a implementação ou o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, a serem exploradas pelo particular. Em outras palavras, a atividade é implementada e exercida pela iniciativa privada, contando, todavia, com benefícios e incentivos estatais, conduzindo-se para o cumprimento dos interesses públicos e coletivos estabelecidos para tanto.

¹⁹ Lei nº 9.656/98: “Art. 1^ª Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (...)”

§ 1^ª Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (...)”

d) mecanismos de regulação”; grifamos.

Ressalte-se que, os benefícios concedidos não podem violar o princípio da isonomia, tampouco representar subsídios injustificáveis para determinados agentes econômicos, devendo ser implementados para o setor, não para terceiros, tampouco para determinados entes.

Isto porque, incentivar é criar estímulos favoráveis ao progresso da atividade econômica, é dar condições positivas para o seu desenvolvimento, é incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica, dentro do que dispõe e prevê a legislação aplicável, consubstanciando-se, sobretudo, nos princípios que orientam a ordem econômica, notadamente a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

Cumprido frisar, ainda, que, a atividade de incentivo estatal é fundamental para redução das desigualdades regionais, uma vez que o desenvolvimento econômico não se dá de forma equivalente e uniforme em todas as regiões de um país. Destarte, cumpre ao Poder Público, a fim de alcançar um nivelamento econômico e social em toda a nação, recorrer exatamente aos benefícios fiscais, reduzindo-se, gradativamente, as desigualdades. Observe-se que a redução das desigualdades sociais e regionais é um dos princípios da Ordem Econômica brasileira (art. 170, VII), bem como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III).

Outrossim, a própria Constituição da República veda a guerra fiscal entre os Estados-Membros, impedindo que, desta forma, o instituto do incentivo seja deturpado com o fim de mascarar disputas políticas internas, a teor do disposto no art. 155 e §§ da Carta Política de outubro de 1988.

2.6.3 Planejamento Estatal

Por Planejamento Estatal entende-se as políticas públicas estabelecidas pelo legislador, seja constituinte, seja infraconstitucional, como metas a serem alcançadas pelo Estado, no que tange à consecução de seus objetivos econômicos e sociais, dentro de período pré-fixado de tempo.

Destacamos a definição de Moncada, que estabelece que ***“O plano econômico pode ser definido como o acto jurídico que define e hierarquiza objetivos de política econômica a prosseguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução”***²⁰.

Segundo José Afonso da Silva: *“O planejamento econômico consiste, assim num processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar as atividades econômica para obter resultados previamente colimados.”*

De acordo com o magistério de Eros Roberto Grau²¹: *“O planejamento econômico apenas qualifica a intervenção do Estado sobre e no domínio econômico, na medida em que esta, quando conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional. Como observei em outro texto, forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de ação*

²⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico. 3ª ed. Portugal: Coimbra. 2000, p. 482.

²¹ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica Na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica) 7ª ed. São Paulo. 2002. p.177 e 178.

coordenadamente dispostos, o planejamento, quando aplicado à intervenção, passa a qualificá-la como encetada sob padrões de racionalidade sistematizada”²².

Todavia, o conceito não é unânime, havendo divergências doutrinárias, inclusive, sob sua natureza jurídica. Segundo a doutrina francesa²³, considerando-se o Plano como um ato jurídico, este, dado seu caráter cogente, vincularia a atuação da Administração Pública, obrigando o Estado em sua execução, fato que implicaria, inclusive, em responsabilização, ante seu descumprimento ou sua inobservância. Por sua vez, caso se considere que o Plano tem natureza de ato meramente político, afastando-se sua juridicidade, não haveria cogência na sua observância em relação ao Poder Público, uma vez que seria lei em caráter meramente formal, não quanto ao conteúdo material.

Segundo o pensamento de André de Laubadère, convém afirmar a juridicidade do Plano, na qualidade de ato administrativo, afirmando-se *“que, se o Plano não arrasta qualquer obrigação da parte dos particulares, ele obriga, em contrapartida, o Estado. O Estado tem o dever, não só moral, mas também jurídico, de executar o Plano na parte que lhe respeita de tomar as medidas necessárias à sua execução”*.

Do exame da atual Constituição, depreende-se que o Plano (ou planejamento), com previsão nos art. 48, IV, art. 165, §4º e art. 174, consoante acima dito, igualmente incita discussão quanto à sua natureza jurídica, havendo quem o considere um mero ato político, e, nesse caso, não ensejaria vinculação aos setores público e privado. Todavia, no entendimento de Celso Ribeiro Bastos²⁴, igualmente esposado pela jurisprudência, constituiria ato jurídico e, nesse caso, só vincularia o setor público. Essa divergência possui implicações práticas, conforme dito acima, na medida que, em se tratando de ato político, o Estado não poderia ser responsabilizado em função de inadimplemento das diretivas estatais. Ao revés, considerando-o como ato jurídico, a responsabilidade torna-se plenamente cabível.

Atualmente, o planejamento estatal, dentro do ordenamento constitucional vigente (art. 48, IV, art. 165, §4º e art. 174, todos da CRFB), tem caráter meramente indicativo para o setor privado, sendo de observância obrigatória, tão-somente, para o setor público, conforme já visto.

3 Agências Reguladoras

As agências reguladoras são fruto de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, especificamente com a ordem econômica. Observe-se que na concepção clássica, a intervenção estatal sempre se centrou no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não havendo, por parte do Estado, maiores preocupações com o equilíbrio de interesses dos diversos entes que compõem e participam da vida econômica de mercados específicos da economia.

No cenário político intervencionista que então vigorava na política nacional, o Estado assumia para si a exploração de atividades econômicas, podendo, inclusive, monopolizar

²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 787.

²³ LAUBADÈRE, André de. Droit public économique, 1979, by JURISPRUDENCE GENERALE DALLOZ, PARIS; Tradução e notas de Maria Teresa Costa revista por Evaristo Mendes; Direito Público Econômico (título nos países de língua portuguesa); Coimbra: Almedina.1985. p. 323 a 328

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico. São Paulo: Celso Ribeiro editor. 2003. p. 257 a 274.

determinados mercados. Neste meio, os setores econômicos eram orientados por valores meramente políticos para se atender os fins colimados pelo Estado, muitas vezes em detrimento dos interesses específicos do mercado, inviabilizando, por vezes, a participação do particular em setores sujeitos à intervenção estatal.

Todavia, com a falência do Estado Intervencionista e o movimento de desestatização da Ordem Econômica, com o fim de se diminuir os gastos da máquina estatal, o Estado passou a adotar uma postura de agente regulador de mercado, não mais explorando diretamente atividades econômicas, salvo nas exceções constitucionais (art. 173). Assim, a atividade de regulação de mercado exercida pelo Estado passa a levar em conta os diversos interesses existentes, ponderando-os e conciliando-os a fim de garantir equilíbrio entre os interesses do Estado (públicos), os interesses dos agentes econômicos (privados) e os interesses da sociedade (coletivos).

Se no modelo estatal intervencionista havia preponderância do interesse público em detrimento dos interesses privado e coletivo, no modelo estatal regulador a preocupação maior do interesse público é a coexistência pacífica e harmônica com os demais interesses envolvidos (privado e coletivo), competindo aos entes reguladores garantirem a consonância destes interesses. Para tanto, o ente regulador deve atuar de forma isonômica, imparcial e apolítica.

Pela posição ocupada pela agência reguladora, fica fácil perceber que, em que pese ser entidade integrante da Administração Pública Indireta, deve permanecer impermeável às pressões políticas que possam vir a ser exercidas pela corrente ideológico-partidária que, temporariamente, esteja ocupando o Poder Público. Observe-se que, tal autonomia é essencial para a consecução de suas atribuições legais, objetivo que dificilmente poderia ser alcançado se o ente regulador estivesse hierarquicamente vinculado à estrutura administrativa do Governo Central, subordinando-se funcionalmente a este.

Ressalte-se que, a regulação agora adotada demanda a adoção de novos instrumentos e mecanismos de intervenção estatal, que garantam a coexistência equilibrada e estável no mercado de agentes econômicos, consumidores e Poder Público, tais como mediação, arbitragem e interlocução, aliados aos clássicos instrumentos de intervenção estatal, oriundos dos Poderes Administrativos do Estado (Poder de Polícia, Normativo, e etc.), tais como edição de comandos gerais e aplicação de sanções administrativas.

3.1 Conceito e origens

As agências reguladoras são figuras recentes no cenário da Administração Pública brasileira e têm como escopo a intervenção em mercados específicos. Sua concepção se deu, de modo relevante, no Direito Anglo-saxão, quando se iniciou o processo de privatização de setores específicos da economia, no caso inglês, e, no caso americano, da necessidade de corrigir falhas de mercados oriundas do monopólio natural do transporte ferroviário.

Tais agências foram concebidas ante a necessidade do Estado em gerir determinados segmentos estratégicos da economia nacional (petróleo, energia elétrica e telecomunicações), bem como mercados de relevância social para a coletividade (suplementação dos serviços saúde, abastecimento de águas, transportes terrestres e aquáticos, p.ex.), os quais ficavam, ora sobre o exclusivo monopólio estatal, ora a mercê, tão-somente, de interesses privados, em detrimento de toda a sociedade, retornando-se à fracassada experiência do liberalismo do séc. XIX.

Na lição de Marçal Justen Filho²⁵, **“Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial”**.

A fim de ilustrar o cenário político e social acima exposto, vale citar o magistério de Carlos Ari Sunfeldt:

A existência de agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político. A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais)”²⁶. (g.n.)

As agências reguladoras foram geradas com o escopo de normatizar os mercados econômicos, bem como os setores dos serviços públicos delegados, buscando equilíbrio entre o Estado, usuários (consumidores) e delegatários (agentes econômicos).

No Brasil, as agências reguladoras foram constituídas como autarquias sob regime especial, integrantes da Administração Indireta, vinculadas a Ministério competente para o trato da respectiva atividade, tão-somente, para fins organizacionais, sendo caracterizadas pela sua independência política, autonomia administrativa e financeira, bem como pelas prerrogativas de permanência no cargo de seus dirigentes.

Assim, podemos conceituar as agências reguladoras como sendo as entidades públicas, encarregadas da regulação, politicamente neutra e imparcial, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses públicos, coletivos e privados.

3.2 Características

Podemos destacar, no âmbito das atribuições gerais das agências reguladoras, as características a seguir listadas, como comuns e próprias a todas:

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 464.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Econômico Brasileiro, 1ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros. 2002. p. 18.

3.2.1 Capacidade técnica

As agências reguladoras, dado seu caráter de ente normatizador e fiscalizador de setores específicos da economia ou de relevante interesse coletivo, devem ter notório saber e conhecimento específico tanto sobre o respectivo setor regulado quanto sobre os agentes que nele atuam, a fim de atender às necessidades técnicas inerentes à sua área de atuação, mantendo-se permanentemente atualizada com as inovações tecnológicas e as necessidades do mercado.

3.2.2 Permeabilidade

Tendo em vista que as agências reguladoras atuam no sentido de equilibrar os interesses dos entes que compõem o mercado, devem, por óbvio, manter canais de diálogos abertos com os agentes econômicos, consumidores e Poder Público.

3.2.2 Independência

Garante que as agências reguladoras não sofram influências externas e estranhas no exercício de suas funções. A independência procura dar base para a imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios. Subdivide-se em:

- a) **independência orgânica:** garante as Agências Reguladoras mecanismos que evitem sua subordinação hierárquica ao Governo Central e, conseqüentemente, à corrente ideológico-partidária que temporariamente se encontra no poder. Traduz-se, portanto, em autonomia política em relação à estrutura do Governo Central, fato que se traduz na impossibilidade de revisão de seus atos reguladores por qualquer outro órgão ou entidade da Administração Pública, salvo o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB);
Cumpre ressaltar que alguns autores nacionais defendem a possibilidade de interposição de recurso hierárquico das decisões de última instância da Agência Reguladora para a Administração Pública Direta. Neste sentido, frisamos o pensamento Sérgio Guerra²⁷, o qual afirma que:

*Concorda-se, pois, com o pensamento daqueles doutrinadores que não admitem recurso hierárquico impróprio contra as decisões finais das agências reguladoras (...), quando exercem as funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências regulatórias. No entanto, é **plausível inferir ser cabível o recurso hierárquico impróprio contra as decisões do órgão máximo das agências reguladoras quando deliberarem acerca de temas relacionado às políticas públicas do setor regulado, em flagrante usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, aí estando incluída a estera ministerial com supedâneo no art. 76 da Constituição da República.** – grifamos.*

Todavia, destacamos que tal entendimento é minoritário, não encontrando amparo no Direito Comparado, tampouco na lei. Note-se que, para que exista recurso hierárquico impróprio há necessidade de expressa previsão legal, a qual não foi positivada em nenhuma lei criadora de agências no direito pátrio, até o presente momento.

²⁷ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005. p. 256 a 258.

- b) **autonomia administrativa**: dota as Agências Reguladoras de instrumentos econômicos e financeiros que permitem o devido exercício de suas atividades, sem precisar socorrer-se ao Governo Central, tendo liberdade de gestão, no sentido de arrecadar receitas próprias e organizar suas respectivas despesas, sem ingerência do Executivo, ficando, tão-somente, sujeitas a controle do Legislativo, via Tribunal de Contas.

3.2.4 Diminuição do risco de captura

A vantagem de distanciar a agência reguladora das partes interessadas, isto é, dar-lhe independência, é que esse mecanismo de atuação reduz o risco de captura do regulador pelos interesses tendentes a influenciar indevidamente o processo de regulação e impedir sua efetividade. Por captura entende-se a possibilidade da entidade reguladora vir a ser influenciada por parte de um dos setores sob seu campo de regulação, a ponto de tal influência traduzir-se em interferência estranha na regulação imparcial de mercados e setores de interesse relevante.

Agravam, sobejamente, o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências, migrando da iniciativa privada para o Poder Público e vice-versa, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada.

Diante de tal quadro, para que fossem mitigados os riscos de captura por setores regulados, a experiência anglo-saxã acabou por criar as agências reguladoras, no modelo e com as características como hoje são conhecidas, isto é, com autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes e não-coincidentes com as eleições majoritárias; estrutura de direções e decisões colegiadas, quarentena para os dirigentes na partida, dentre outras. Estas características, que dão um grau de independência às agências, vêm se tornando padrão na maior parte dos países desenvolvidos e já encontram reflexos definidos nas instituições brasileiras.

Mister ressaltar que o modelo institucional adotado para as agências reguladoras não procura torná-las infensa a qualquer influência dos muitos agentes econômicos no mercado, tampouco da sociedade, que são afetados pela regulação econômica. Tentativas de influenciar o processo de regulação com vistas à satisfação de interesses próprios são legítimas. A dificuldade surge quando o sistema de regulação é influenciado em uma forma não transparente, em detrimento da imparcialidade.

3.3 Controle

Em que pese a autonomia e independência de que as agências reguladoras são dotadas, ela é um ente da Administração Pública, tendo, por óbvio, que se submeter aos Poderes Constituídos do Estado, exercido por meio das funções Legislativa, Executiva e Judiciária.

Observe-se que, a independência da Agência Reguladora situa-se no campo do exercício de suas atribuições técnicas, na qualidade de ente regulador de mercado econômico ou setor de relevante interesse social, devendo submeter-se aos preceitos contidos nas leis oriundas do Legislativo, às decisões emanadas do Judiciário, bem como aos

comandos estabelecidos pelo Executivo, via contrato de gestão, quando este for legalmente previsto, autorizado e celebrado com o respectivo Ministério²⁸.

Isto porque é inconcebível, dentro do sistema jurídico pátrio, a criação de uma entidade, pública ou privada, derivada do Poder Constituído do Estado fora do campo de atuação deste. Equivaleria a criar um ente anômalo à República, uma vez que não se submeteria aos preceitos constitucionais e legais do Poder Público.

Observe-se que o próprio texto constitucional estabelece, à luz do disposto no art. 49, X, que “*é da competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, **incluídos os da administração indireta***”. Todavia, o controle político-público exercido pelo Legislativo, para ser eficiente e coerente com o modelo de regulação estatal via agências independentes, também deve ser institucionalizado e, como na maior parte dos países onde a regulação está definida, deve se concentrar na exigência de prestação de contas e fidelidade ao cumprimento das políticas públicas para o setor regulado.

Assim, como toda entidade da Administração Pública, a agência reguladora submete-se aos seguintes tipos de controle²⁹:

- a) **financeiro**: exercido principalmente pelo Tribunal de Contas, órgão do Legislativo, no que se refere à aplicação de bens e serviços a seu cargo, bem como no que tange à arrecadação e gastos de suas receitas e despesas públicas.
- b) **político-público**: exercido, de forma restrita, pelo Executivo e pelo Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquérito), bem como por toda sociedade, no que se refere, tão-somente, ao cumprimento das políticas públicas, dos objetivos e das finalidades da atividade de regulação a ser alcançado pela agência. Observe-se que, não cabe controle de mérito administrativo, tampouco de juízo de conveniência e oportunidade, sobre as atividades reguladoras da Agência.
- c) **juridicidade**: exercido, previamente, pelas Procuradorias das agências reguladoras, na qualidade de órgãos externos vinculados à Advocacia-Geral da União (art. 131 da CRFB), bem como, *a posteriori*, pelo Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB), sobre os atos e normas editados pela Agência Reguladora, quando exorbitante de seus limites legais, ou ainda, quando não guardarem relação de razoabilidade e proporcionalidade com os fins colimados pela Administração Pública.

Destarte, constituir uma entidade reguladora independente requer que os papéis de cada agente estatal envolvido sejam reguladores, ministros, parlamentares, cortes judiciais, assim como autoridades de defesa da concorrência, estejam previamente definidos.

²⁸ Cumpra mencionar que, em parecer encomendado pela Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR, Alexandre Aragão dos Santos manifestou-se contrariamente à constitucionalidade do Anteprojeto de Lei sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras, tendo a referida associação, em nota oficial, posicionado-se contrariamente à instituição deste tipo de controle por parte do Governo Central.

Atualmente, somente as agências reguladoras vinculadas ao Ministério da Saúde, ANS e ANVISA, atuam sob a égide de contrato de gestão, a teor dos arts. 14 e seguintes da Lei nº 9.961/00 e dos arts. 19 e 20 da Lei nº 9.782/99.

²⁹ Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 222 e 223.

Responde-se, assim, à preocupação de que reguladores independentes se constituam em um poder paralelo. Esta preocupação configura-se legítima, pois por vezes há um elemento discricionário nas decisões dos reguladores, que podem exercer, em certos limites, funções executivas, legislativas e judiciárias. A resposta, codificada pela atuação da agência, dentro de um controle estatal bem definido em seus limites, serve como elemento fundamental para fundamentar a atuação de cada agente, garantido, de um lado, o bem-estar social (interesse coletivo), de outro, a proteção do agente econômico (interesse privado), bem como da efetiva implementação das políticas públicas para o setor regulado (interesse público), que são condições, outrossim, para a adequada provisão do setor regulado. Esta combinação ponderada de elementos, que permitem a contraposição organizada de visões e interesses, intermediadas, eventualmente, pelas autoridades de defesa da concorrência, tendem a aumentar a eficiência das atividades reguladas.

Ante o exposto, o passo vestibular para obter-se o equilíbrio neste processo é a transparência de procedimentos e garantias de acesso no exame dos casos por parte dos consumidores e seus representantes, assim como pelas empresas, que somente se efetivará com um processo aberto e previamente definido de controle, que se traduz, efetivamente, em acompanhamento do desempenho das atribuições reguladoras da agência.

4 Conclusões

Ante todo o exposto no presente estudo, depreende-se que o principal papel do Estado Regulador, dentro do processo público de intervenção em sua seara econômica, isto é, dentro do processo pelo qual se perspectivará a interferência estatal nas atividades geradoras de renda e riquezas da Nação, é atuar garantindo equilíbrio e transparência no mercado, compondo os interesses dos segmentos envolvidos com as políticas públicas de incentivo e planejamento.

Observe-se que, em que pese o Estado pautar-se no princípio da subsidiariedade, interferindo, tão-somente, nos nichos de nossa economia que, por si e sem intervenções externas, não conseguirem alcançar resultados social e economicamente desejáveis, tal processo de intervenção deve ser feito de forma transparente e imparcial, com base em critérios pré-definidos, tanto técnicos, quanto econômicos.

Assim, a atuação dos entes reguladores estatais deve ser feita de forma a compor todos os interesses dos segmentos envolvidos dentro de um conjunto normativo previamente estabelecido, com o fim de se corrigir eventuais falhas que o mercado apresente, garantindo-se a devida e salutar manutenção do ciclo econômico (produção?circulação? consumo).

No que se refere aos critérios técnicos dos tipos de regulação a ser efetuada pelo Poder Público, estes se situam exclusivamente no campo de atribuições dos entes reguladores. Todavia, em relação à regulação econômica, esta pode apresentar campos de interseção e conflito com as autoridades de proteção da concorrência, uma vez que se pautam nos mesmos parâmetros de análise estatal.

BIBLIOGRAFIA

1. ARAGÃO, Alexandre. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

2. BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil anotada. 3ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2001.
3. BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
4. BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: v. 3. 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
5. BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: v. 7. 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
6. CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coords.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo : Max Limonad, 2002.
7. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000.
8. CRETELLA JÚNIOR, José. Administração Indireta Brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª Ed. São Paulo : Atlas, 2002.
10. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
11. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito Econômico – Série Didática Jurídica. São Paulo: MP Ed. 2006.
12. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar (Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde). São Paulo: MP Ed. 2006.
13. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
14. GRAU, Eros Roberto. Ordem Econômica na Constituição de 1988. 8ª Ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.
15. LAUBAUDÈRE, André de; Droit public économique, 1979, by JURISPRUDENCE GENERALE DALLOZ, PARIS; Tradução e notas de Maria Teresa Costa revista por Evaristo Mendes; Direito Público Econômico (título nos países de língua portuguesa); Coimbra: Almedina.1985.
16. MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo e justiça social: São Paulo : IBRASA, 1995.
17. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5ª Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.
18. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª Ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999.
19. MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico, 3ª edição. Portugal: Editora Coimbra. 2000.
20. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição; editora Forense: Rio de Janeiro. 2002.
21. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutacões do Direito Administrativo. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
22. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas do estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
23. MOREIRA, Vital. Auto-regulação Profissional e Administração Pública; Coimbra: Almedina. 1997.
24. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.
25. PIETRO, Maria Zanella Sylvia di. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
26. SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Econômico, 4ª edição. Coimbra: Almedina. Portugal. 2002.
27. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

28. SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
29. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo da Economia. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.
30. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.
31. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) Direito Administrativo Econômico São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000.
32. TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
33. TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método. 2003.
34. VAZ, Manoel Afonso. Direito econômico – a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra Ed. 1985.