

A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO: UMA ABORDAGEM SOBRE O MONOPÓLIO NATURAL E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

THE STATE ADMINISTRATIVE DECENTRALIZATION:
AN APPROACH ON NATURAL MONOPOLY AND
REGULATORY AGENCIES

Felipe Augusto dos SANTOS¹
Sílvio Marques GARCIA²

¹ Graduando na Faculdade de Direito de Franca.

² Graduação em Direito (Unesp, 2001). Mestrado em Direito (Unesp, 2013). Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público (UNB/Escola da AGU, 2010). Especialização em Direito Penal e Processual Penal (Unifran, 2003). Procurador Federal (2007-Atual). Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca (2015-Atual). Foi Professor de Direito Financeiro e Tributário no curso da Universidade Estadual Paulista (Unesp, 2014-2015), em caráter temporário. Foi Professor do curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano (Unifenas, 2008-2009), do curso de Direito da Fundação Educacional Comunitária (Fecom, 2008-2010) e do curso de Direito da Faculdade de Ensino São Luís (2011).

RESUMO

A partir da década de 1990, iniciou-se no Brasil uma nova forma de intervenção do Estado na economia, substituindo a forma empreendedora com que agia, para uma atuação reguladora, inspirando-se em modelos aplicados nos EUA e França. Com balizamento legal em nossa Constituição Federal, ocorre a transferência da execução de serviços públicos de diversas áreas, do Estado para a iniciativa privada, num movimento denominado desestatização, que no país ocorreu com o Programa Nacional de Desestatização e iniciou o processo de privatizações. Apesar da execução dos serviços públicos para a iniciativa privada, continua sendo do Estado a responsabilidade por garantir a qualidade e proteger os interesses dos usuários. A extensão de gêneros de serviços públicos e a especificidade exigida no tratamento de cada um desses segmentos impossibilitam a centralização da regulação deles na Administração Pública. Para atender, de forma efetiva, as exigências de mercado e consumidores, instituíram-se no ordenamento jurídico, as agências reguladoras, configuradas como autarquias especiais, que são dotadas de autonomia administrativa, técnica e financeira. O objetivo dessa pesquisa é identificar os possíveis métodos de aplicação de uma gestão que concilie os interesses de entes reguladores, entes regulados e usuários, conferindo transparência e segurança nos atos emitidos pelas Agências Reguladoras.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Análise de Impacto Regulatório. Desestatização. Privatização.

ABSTRACT

Starting in the 1990s, a new form of State intervention in the economy began in Brazil, replacing the entrepreneurial form with which it acted, for a regulatory action, inspired by models applied in the USA and France. With legal approval in our Federal Constitution, the transfer of the execution of public services from various areas, from the State to the privatized initiative, occurs in a movement called privatization, which in Brazil occurred with the National Privatization Program and initiated the privatization process. Despite the implementation of public services for the private initiative, the state remains responsible for ensuring quality and protecting the interests of users. The extension of public service genres and the specificity required in the treatment of each of these segments make it impossible to

centralize their regulation in the Public Administration. In order to effectively meet market and consumer requirements, regulatory agencies, set up as special autonomous agencies, have been established in the legal system, which are endowed with administrative, technical and financial autonomy. The objective of this research is to identify possible methods of applying a management that conciliates the interests of regulators, regulated entities and users, conferring transparency and security in the acts issued by Regulatory Agencies.

Keywords: Regulatory agencies. Regulatory Impact Analysis. Privatization. Privatization.

INTRODUÇÃO

Ao se verificarem as características de mercado, através do estudo da economia, percebe-se que existem imperfeições, cujo impacto na sociedade, o direito assegura formas de minimizar. O Estado assume a função de interventor da atividade econômica. Ao longo do tempo, a função interventora do Estado passa por transformações, até chegar à figura atual de regulador. Ter a presença deste tema em texto constitucional confere a importância da regulação da atividade econômica.

No momento em que o Estado transfere a responsabilidade de execução de serviços públicos, que são de monopólio estatal, para a iniciativa privada, surge uma nova situação que precisa ser regulada. Para tanto, foram criados órgãos que regulassem especificamente cada espécie deste novo gênero da economia nacional, a fim de compreender as especificidades existentes em cada setor. Baseando-se em modelos aplicados em outros países, que resultaram na criação das Agências Reguladoras, que cabem também dentro deste estudo, devido à importância que exercem ao garantir a prestação destes serviços, que apesar de transferidos à execução da iniciativa privada, são de responsabilidade estatal.

Estas autarquias, que possuem caráter especial, foram criadas pelo Estado a fim de sobrepor quaisquer interesses políticos. Seu objetivo é regular as atividades dos serviços públicos desempenhadas por empresas privadas, visando assegurar a qualidade, juntamente com taxas justas ao consumidor. Têm campo de atuação específico, e isso é necessário, pois elas precisam agir conforme as reais especificidades que cada área de

atuação exige. São autônomas, pois somente assim podem ter a liberdade para agir, sem sofrer interferências de pressões políticas.

A metodologia que será aplicada nesse projeto é a documental e bibliográfica, sendo o levantamento de informações realizadas em livros, artigos científicos, publicações avulsas, imprensa escrita e periódicos. A pesquisa será desenvolvida por método hipotético-dedutivo, iniciando-se pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipóteses. Há presença do procedimento comparativo, no qual serão estudadas as diferenças e semelhanças entre diferentes fatos, verificando as similitudes e divergências que ocorrem na natureza do processo regulatório.

O objeto desse estudo será a incidência de fatores externos que influenciem no caráter regulatório da agência, que tornem seus atos imprevisíveis, não conferindo credibilidade aos regulados. Da mesma maneira, serão apresentadas políticas de diretrizes que implementam ferramentas de análise e governança, que garantam a integridade das funções intrínsecas, através delas, atinjam a transparência e segurança nos atos proferidos, e dessa forma, alcancem efetividade na regulação.

1 DIREITO E ECONOMIA

1.1 INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

A economia é uma ciência social especializada no comportamento econômico do homem, sendo a razão de seu estudo a escassez, que permeia o indivíduo e seu convívio em sociedade, e é gerada devido à infinidade de necessidades que possuem os seres humanos diante da limitação de recursos disponíveis. Sendo ilimitadas as necessidades humanas, é que se faz necessário realizar escolhas, e dentro das opções disponíveis, selecionar a que melhor recompense, a que oferece incentivos para conciliação entre escassez e satisfação.

Os objetos que geram a satisfação perseguida pelas pessoas são os bens e serviços, que acompanham a evolução da sociedade, produzidos com bases nos recursos dos fatores de produção (recursos naturais, trabalho, capital e capacidade empresarial).

O consumo pela população desses bens e serviços produzidos é realizado com base na renda que é auferida por cada cidadão, que ocorre com a venda de seus fatores de produção, que são a terra, trabalho, capital e capacidade empresarial, e para cada uma dessas categorias existe uma forma de remuneração, conforme Michael Parkin: a) a terra é remunerada pela chamada renda da terra; b) o trabalho é pago pelo salário; c) o capital é compensado pelos juros; e d) a capacidade empresarial é recompensada pelo lucro. Essas variadas formas de remuneração geram discrepância entre os valores que são auferidos por cada cidadão, ocasionando em pessoas com renda mais elevada que as outras.³

Os interesses pessoal e social estão ligados à troca, também conhecida como *trade-off*, que resumidamente é o ato de se dispor de algo a fim de receber outra coisa. As trocas estão presentes em todos os âmbitos da economia, devendo o homem ponderar, avaliar as prioridades e decidir em razão de seus interesses o que será concedido em razão de algo mais alinhado a possível satisfação de suas necessidades. Além da espécie de *trade-off* citada, existe a figura da grande *trade-off*, que são os programas de redistribuição de renda que visam atender o interesse social, garantindo a maior igualdade econômica de uma coletividade, realizando cobrança de impostos e a devolução desse valor na forma de programas sociais.

Os fatos econômicos encontram nas instituições do Direito, a base normativa que respalda e condiciona os interesses individuais nas trocas. O Direito e Economia devem se moldar às alterações comportamentais da sociedade, às transformações que decorrem das novas necessidades a serem satisfeitas pelas pessoas. O Direito atua de forma regulatória na economia, o que é feito pelo poder estatal, que conforme Parkin, intervém nas relações econômicas, mantendo garantias constitucionais e proporcionando mecanismos contra a escassez de recursos, alocando-os em caso de um mercado ineficiente. Essa situação é chamada de falha de mercado, e a função estatal nesses casos é de evitar que algumas pessoas e setores da economia saiam favorecidos ou prejudicados.⁴

1.2 MERCADOS E A ATUAÇÃO DO ESTADO

³ PARKIN, Michael. **Economia**. 8. ed. São Paulo: Pearson, 2009. p. 2.

⁴ *Idem*. p. 8.

No âmbito econômico, é caracterizado como mercado a estrutura organizada que permite a atuação de compradores e vendedores, relacionando-se entre si e executando transações de valor e trocando informações ao redor de mundo através de meios de comunicação.

O mercado econômico se divide em duas modalidades: mercado de concorrência perfeita e mercado de concorrência imperfeita. A caracterização de cada uma dessas modalidades será feita de acordo com a atividade empresarial, e a partir delas definir-se-á a forma de atuação do Estado, abarcando o Direito.

1.2.1 CONCORRÊNCIA PERFEITA

A concorrência perfeita é o resultado da existência de vários produtores para atender a demanda de determinado bem ou serviço, e também quando esse bem ou serviço não possui características próprias, que somente pertençam a ele como fator de diferenciação, fazendo com que seja facilmente trocado por outro de mesma espécie. Sendo assim, Parkin pontua as seguintes características: 1) muitas empresas vendem produtos idênticos para muitos compradores; 2) não há restrições à entrada na indústria; 3) empresas já estabelecidas não têm vantagem alguma sobre novas empresas; e 4) vendedores e compradores são bem informados em relação aos preços. Outras características que tem a concorrência perfeita é a ausência de barreiras à entrada ou saída de novos produtores. Essas características dão às empresas de concorrência perfeita o contorno de tomadoras de preços, que resulta na incapacidade de essas empresas influenciarem por si sós o preço de mercado, pois a produção de um produtor tem uma proporção muito pequena diante da alta demanda a ser atendida e uma característica genérica do bem ou serviço, sendo esse produtor definido como uma gota no oceano.⁵

O mercado perfeitamente competitivo é, então, regulado pela interação da oferta e da demanda, que regula os preços, em que as empresas que desse mercado participam, maximizam seus lucros ao equilibrarem receita e custo, encontrando o nível ideal de produção. Não há, portanto, intervenção do Estado no sentido de regulação nos casos de concorrência perfeita.

⁵ PARKIN, Michael. **Economia**. 8. ed. São Paulo: Pearson, 2009. p. 234.

1.2.2 CONCORRÊNCIA IMPERFEITA

A participação do Estado na economia se torna necessária nos mercados de concorrência imperfeita, pois apresentam a falha de mercado, não havendo uma estrutura perfeitamente competitiva, sendo uma empresa capaz de controlar o próprio preço e não adotar o preço de mercado. Para manter a distribuição de recursos escassos de maneira adequada, sem resultar em favorecimento a determinado produtor.

Dentro deste mercado imperfeito, existem três formas de atividade empresarial: a concorrência monopolística, oligopólio e os monopólios, que são atividades em que sem regulação existe margem ao domínio absoluto de uma empresa capaz de controlar os preços de mercado, inflacionando-os a fim de maximizar seus lucros.

O objetivo da atuação estatal nesse mercado é solucionar ou amenizar os impactos das falhas de mercado aos consumidores através da regulação, uma intervenção estatal baseada em políticas públicas.

A regulação irá se adequar de acordo com cada forma de atividade empresarial em que estiver inserida, sendo necessária a aplicação de diferentes meios, que podem ser sistemas normativos, instituição de autarquias especiais, etc.

1.2.2.1 MONOPÓLIOS

Os monopólios possuem poder de mercado. Essa posição do monopólio é o oposto ao mercado de concorrência perfeita, pois neles as empresas produtoras de um bem ou serviço não possuem o poder de mercado e sim, são tomadoras de preço, enfrentando concorrência pura e não possuindo força suficiente para controlar o preço de mercado. Rosseti, assim elenca as características do monopólio⁶:

a) Existência de apenas uma empresa, dominando inteiramente a oferta do setor considerado;

b) Inexistência no mercado de produtos capazes de substituírem aquele que é produzido pela empresa monopolista; assim, não há alternativas possíveis para os compradores;

⁶ ROSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 15. ed. São Paulo: Atlas. 1991.

c) Inexistência de competidores imediatos, sobretudo devido às barreiras existentes para o ingresso de outras empresas no setor; como o surgimento de uma outra empresa implica o desaparecimento do monopólio, a manutenção das barreiras e das dificuldades de ingresso constitui condição *sine qua non* para a permanência da dominação vigente; as barreiras podem ser econômicas, técnicas, ou legais; as barreiras legais geralmente são impostas para resguardar determinados monopólios naturais, de que são exemplos alguns serviços de utilidade pública (como abastecimento d'água e telefonia) ou então algumas áreas de elevado interesse nacional (como é o caso, no Brasil, das atividades relacionadas à prospecção do petróleo);

d) Considerável poder de influência sobre os preços e sobre o regime de abastecimento do mercado, em decorrência do qual o monopolista, responsável pela totalidade do fornecimento, pode controlar os níveis da produção e da oferta; este poder, no caso de um monopólio privado, é tanto maior quanto menores forem as intervenções restritivas aplicadas pelo governo;

e) Devido à plena dominação do mercado, os monopólios dificilmente recorrem à publicidade, como incentivadora da procura.

Dentre os pontos acima destacados, duas características são as que realmente dão contorno ao monopólio, a inexistência de substitutos próximos e barreiras à entrada que protegem uma empresa de concorrentes potenciais, que podem ser legais ou naturais, atuando como uma restrição protetora de uma empresa à entrada de outras empresas no mercado.

Das barreiras legais, deriva o monopólio legal, cujas restrições à entrada de outras empresas no mercado são impostas devido à: 1) licenças governamentais; 2) patente; 3) direito autoral; e 3) concessão de fornecimento de serviço público.

Deriva das barreiras naturais o monopólio natural. Essas barreiras são uma restrição imposta pela relação de custos de médio a longo prazo de um bem ou serviço e a demanda de mercado, e através do valor final dessa relação, irá se constatar que o custo para a produção desse determinado bem ou serviço é menor quando realizado somente por uma empresa, do que seria se houvesse uma ou mais concorrentes, assim como ocorre nos oligopólios.

A regulação de mercado por meio do Estado visa garantir que os preços serão repassados aos consumidores conforme suas intenções e condições para pagar e, ao mesmo tempo, sejam suficientes para cobrir os

custos e garantir eficiência à empresa produtora. No entanto, o Estado regulador tem dificuldades em avaliar a administração da empresa em seus custos de produção.

2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A participação do Estado nas atividades econômicas será adaptada ao modelo econômico de mercado ao que estará submetida uma determinada sociedade civil, na qual será identificada a influência do aparelhamento estatal. Conforme foi visto anteriormente, dependendo da modalidade de mercado pode-se ter a intervenção nula do Estado, visto que as próprias regras de mercado irão regê-lo. Em contrapartida, encontram-se situações em que a atuação estatal influenciará as situações mercadológicas, tendo um papel ativo e, em determinados casos, será totalmente regida por esse aparelho.

2.1 MERCANTILISMO

No período dos séculos XV até XVIII se dá a Revolução Comercial, incitada com os novos horizontes que se abriram com os descobrimentos marítimos. Inicia-se a derrocada do sistema feudalista e chega-se à formação de estados nacionais, com o desenvolvimento de atividades comerciais e a produção de trabalho assalariado, transformando assim, ao contrário das práticas feudalistas, agricultura em atividade marginal perante o comércio, sendo considerada a atividade a ser desenvolvida pela organização estatal, como as grandes companhias de comércio que existiam, por exemplo, a das Índias.

O Estado mercantilista se vale do protecionismo, aumentando o valor de taxas de alfândega, consequentemente valorizando o consumo de produtos internos. Prestigia-se também o monopólio, sendo o aparelho estatal interventor o responsável por proporcionar as atividades econômicas, por exemplo, na Inglaterra em 1651, houve o Ato de Navegação, que permitia que somente navios ingleses pudessem aportar e zarpar de seus portos e isso era garantido por meio de uma força militar. O cerne de todas essas ações é o acúmulo de metais preciosos e o relacionado aumento da

população, com foco no seu desenvolvimento em detrimento de nações vizinhas e exploração das colônias. Outra característica relevante do mercantilismo é a manutenção de uma balança comercial favorável, ou seja, basicamente exportar mais do que importar, e para a consecução desse objetivo é que há o estímulo ao comércio exterior. Todo esse movimento fortalece a formação dos Estados absolutistas monárquicos.

2.2 LIBERALISMO

Baseando-se nas teorias de Adam Smith e David Ricardo, trata-se de uma escola clássica que foca no individualismo, que refuta a participação do Estado interventor. No pensamento de Smith:

Todo homem deve ficar em perfeita liberdade para perseguir seu próprio interesse, dirigindo sua atividade e investindo seus capitais em concorrência com qualquer outro indivíduo ou categoria de pessoas.⁷

Seguindo a linha de pensamento liberal, os interesses particulares seriam manifestados, as negociações ocorreriam, teriam a maximização de lucro, com o mínimo de esforço, e de maneira conjunta, esse sistema estabeleceria o progresso da sociedade, atingindo a um bem de ordem comum.

Outro aspecto que marca o liberalismo são as crises econômicas, como resultado natural do desenvolvimento econômico. Crises são oscilações que atravessam diversos estágios, indo de um ambiente econômico próspero, com aumento da produção, renda e emprego, até outros de maior paralisação, com desemprego e queda na renda.

2.3 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

O *New Deal*, que foi modelo intervencionista aplicado nos EUA, a fim de recuperar a economia após o impacto da grande crise de 1929 e as políticas apresentadas por Keynes, deu ao Estado um protagonismo maior

⁷ SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II. p. 612.

no cenário econômico, por meio de intervenção direta na economia quando realiza investimento na construção de infraestrutura, ou indiretamente com atuação na regulação de políticas fiscais ou a proteção de direitos de propriedade. As ideias de Keynes contribuíram para a formação de uma nova forma estatal, o Estado regulador.

Nessa nova função, o aparelhamento estatal controlava fatores como a inflação, causadas pelo excesso de moeda dos gastos públicos, e crises, que se desenvolvem a partir de especulações negativas, que acabam por retirar o volume de investimento no país. Dessa maneira, a intervenção estatal tem de ser no sentido proteger a economia das oscilações extremas.

A aplicação do Estado como promotor do desenvolvimento da nação, assim como feito na economia estadunidense na década de 1930, visa promover o desenvolvimento de áreas que a iniciativa privada não tem interesse ou condições de realizar investimentos, tendendo garantir o desenvolvimento econômico. O financiamento da máquina estatal nessa forma de intervenção dá-se por meio de arrecadação de impostos, inflação ou mesmo na atuação monopolista do setor.

Além de promotor e regulador, o Estado também assume a função do bem-estar, no qual se torna provedor dos interesses sociais, garantindo através da vitalidade política e econômica, os serviços públicos e proteção aos interesses populares. A partir do *New Deal*, percebe-se que qualidade de vida da população está diretamente ligada à economia, pois para se obter eficiência produtiva é necessário oferecer condições de educação, saúde, saneamento básico etc., aos cidadãos. Nesse momento, passa-se a ter o entendimento em políticas sociais como forma de investimento para o desenvolvimento econômico de uma nação, e não um custo, passando a ser investida parte do Produto Interno Bruto (PIB) no desenvolvimento dessas políticas.

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 ORIGEM

A criação das agências reguladoras no modelo de autarquias autônomas com o objetivo de regulação, em que integra a estrutura

administrativa do Estado, encontra seu alicerce no direito de países estrangeiros, em que a regulação é desenvolvida desta maneira há bastante tempo, sendo que no direito brasileiro existe há pouco mais de 10 anos.

Na Inglaterra, deu-se a criação do termo “agência”, quando o Parlamento criava entes com certa autonomia para que aplicassem as leis e diminuíssem controvérsias quanto às mesmas. Porém, apesar da criação do termo se dar na Inglaterra, tem-se que nos Estados Unidos, as agências se consolidaram como modelo de regulação econômica, sendo criada em 1887 a primeira agência, chamada de *Interstate Commerce Commission*, a fim de que regulamentasse os serviços interestaduais de transporte ferroviário.

Como uma das agências reguladoras independentes nos EUA, é importante citar a *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, que surgiu para regulamentar as próprias agências existentes, em que fixou um padrão para a uniformidade relativa da máquina administrativa e assegurou o envolvimento dos indivíduos nos processos decisórios.

Atualmente, as agências reguladoras são consideradas um quarto ramo do governo, pois é conferido a elas poder para proferir normas, conciliar conflitos nas relações econômicas, além de ser responsável direta na execução de leis executórias.

3.3.1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA

As agências reguladoras atuam nos Estados Unidos em determinados ramos da economia e normas de condutas econômicas, conferindo um conhecimento específico a determinada matéria, possibilitada pela sua restrição de atuação.

Em uma breve menção, Orlando Celso da Silva Neto nos apresenta os princípios que norteiam as agências:

Fairness (justiça ou justeza) – O elemento básico da fairness, incorporado ao *due process*, é a garantia de que o individual terá direito de expor seu ponto de vista e interesse, em fórum adequado, para o qual terá se preparado com devida antecedência, antes que uma agência ou tribunal tome uma decisão que possa afetar substancialmente seus interesses;

Accuracy (acuidade, certeza) – *Accuracy* significa que uma agência e seu processo decisório têm uma obrigação de minimizar ao máximo o risco de decisões errôneas. O grande problema da *accuracy* é exatamente sua definição e auferição;

Efficiency (eficiência) – O processo decisório e regulatório de uma agência é geralmente custoso, e seus recursos limitados, ao menos em relação aos fins colimados em sua norma instituidora. Desta forma, tanto o processo decisório quanto a alocação de recursos deve obedecer a uma regra de eficiência, que pode ser definida da seguinte forma: as salvaguardas adicionais ao processo decisório de uma agência trarão mais benefícios em termos de *fairness* e *accuracy* do que os custos que elas trarão? Em caso positivo, estes benefícios atendem ao princípio da eficiência, e deverão ser incorporados. Caso contrário, não deverão ser incorporados.

Acceptability (aceitação) – Basicamente, este princípio significa que a agência deve levar em consideração não só os efeitos de suas decisões, mas a percepção que suas decisões terão nos grupos de interesse afetados.⁸

Esses princípios apresentados guiam a estrutura da *administrative law*, o ramo do direito estadunidense dos temas administrativos, que estuda as agências reguladoras. Agências essas que são independentes dos sistemas de divisão em três poderes, adotados pelo país, pois acreditam que a interferência que seria exercida prejudicaria a flexibilidade e dinamismo encontrados nas atividades econômicas.

Pela jurisprudência do Judiciário dos Estados Unidos, as agências reguladoras não contrariam a Constituição, como entes possuidores de poderes que não compõem a repartição tradicional, e sim, as consideram dentro dos parâmetros constitucionais por serem ágeis e flexíveis para atenderem a demanda do mercado econômico em constante mudança.

⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. **Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte-Americano**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). *Di-
reito Regulatório: Temas Polêmicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 427-452.

A confiabilidade das agências reguladoras está vinculada aos controles que são exercidos nela, conforme foi visto no controle judicial. Outra maneira utilizada é o controle formal, que é exercido pelo Poder Legislativo, que conforme explica Silva Neto⁹ “tanto pode gerar uma legislação que restrinja ou revogue autoridade anteriormente delegada à agência como pode vetar atos exarados das agências”. As faculdades orçamentárias também são utilizadas pelo Congresso a fim de exercer seu controle, induzindo ou coibindo medidas administrativas das agências, visto que o orçamento delas é fixado pelo Congresso.

O controle amplo informal também é exercido pelo Congresso, no qual comitês especializados em fiscalização atuam nas investigações das atividades das agências, balizados por determinados limites. O intuito dessa investigação é identificar determinadas irregularidades nas agências que não agirem de forma transparente, como por exemplo, ao não submeterem relatórios de suas atividades, investigação do exercício da função contábil etc.

Além do controle formal e informal, as agências reguladoras têm suas atividades também atingidas pelo controle político, que fiscaliza e assegura se no cumprimento da atividade reguladora está de acordo com as normas do Legislativo. Por esse controle, as agências ficam na dependência do suporte dos poderes Legislativo ou Executivo, pois são eles que asseguram a organização orçamentária e autoridade para operação.

O controle sobre o quadro de pessoal das agências é exercido pelo Poder Executivo, por ser ele o detentor do poder de indicar os principais funcionários das agências, que são submetidos a uma sabatina no Congresso para obter sua aprovação à investidura no cargo. Pode haver cargos menores que são delegados ao Congresso ou ao Judiciário (pelo próprio Congresso).

3.3.2 AS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NA FRANÇA

As Autoridades Administrativas Independentes na França não se limitam a regular atividades econômicas, como também proteger os direitos dos cidadãos, realizando cinco funções principais, que nas palavras de

⁹ *Ibidem*.

Denise Auad¹⁰, são: regulação, proteção das liberdades públicas, avaliação pluridisciplinar e de conhecimento técnico especializado, garantia de imparcialidade do Poder Público e mediação. Também nas palavras de Auad, esses entes reguladores, têm como fundamento a descentralização administrativa que havia sido realizada por EUA e Reino Unido, porém como apresentam um modelo que é divergente da característica de administração pública unitária (e do qual decorrem todas as demais instituições) e sem previsão constitucional (e assim entendidas como um prolongamento do Estado), acabam por ser considerados entes frágeis, pois são criados por lei e podem ser suprimidos a qualquer momento.

É importante citar esse modelo de regulação na França, pois ele serviu de intermediário para o Direito brasileiro entre a regulação na *Common Law* para a *Civil Law*. Conforme nos explica Auad¹¹, o Brasil possui uma estrutura administrativa próxima ao modelo francês, centralizada, baseada no princípio de separação de poderes, no qual preceitos constitucionais moderam a atuação desses entes reguladores. O que difere nesses modelos é concepção desse ente, que em no ordenamento brasileiro são autarquias especiais e na França são atreladas à Administração Pública. Em ambos os países, encontra-se certa heterogeneidade no campo de aplicação da regulação. Quanto a regulamentos de execução, em nosso arcabouço jurídico não é permitido que as agências emitam essa forma de ato, conforme art. 84, IV da Constituição Federal de 1988, salvo nos casos da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) que são os únicos órgãos reguladores previstos na Constituição, diferentemente da França, na qual as AAIs expedem regulamentos autônomos, principalmente pela proximidade que possuem com a Administração Pública.

3.4 A MUDANÇA DO MODELO INTERVENCIONISTA E AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

¹⁰ AUAD, Denise. **Autoridades Administrativas Independentes na França**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 475-489.

¹¹ *Ibidem*.

Entre as décadas de 1930 e 1980, havia uma intervenção estatal brasileira que se baseava na criação de empresas estatais que suprissem as necessidades da população: era o Estado empreendedor e monopolista, o qual não estava aberto às importações e nem aberto para dispor que outras empresas realizassem os serviços públicos. Porém esse era um modelo estatal que muito onerava o aparelhamento do Estado, e necessitava de uma resposta à crise do financiamento estatal no movimento neoliberal, com colapso ocasionado pela monopolização do Estado como fornecedor de produtos e serviços, prejudicando sua capacidade de atuação, provocando ineficácia e morosidade na execução das atividades. Como solução a esse problema criado e pensando inclusive em não arranhar a imagem do Estado, é criado em nosso ordenamento jurídico a figura do Estado mínimo, regulador, fortemente influenciado pelos institutos criados nos EUA e França.

O texto constitucional promove ao Estado os princípios basilares de uma outra forma de intervenção econômica, assegurando que sejam respeitadas as garantias fundamentais de fornecedores, e principalmente de usuários. O que se dá através de uma administração pública indireta, dando contornos de Estado regulador, no qual a figura estatal passa a ser subsidiária, em funções como justiça, defesa, seguridade, relações exteriores, legislação, reconhecidas como funções indelegáveis, permanecendo a cargo exclusivamente da figura estatal.

O processo de desestatização se dá através das privatizações, reforçando novos caminhos na posição da intervenção estatal, indicados pela Constituição Federal de 1988, e principalmente através das emendas constitucionais de 1995 quando deixa de ser um Estado prestador de serviços e passa a ser um fiscalizador do exercício desses serviços pela iniciativa privada. Essa nova posição do Estado brasileiro, que se convencionou denominar *Estado Mínimo*, no qual o Estado deixa de ser interventor, para ser um Estado normativo e regulador da atividade econômica, realizando atividades de fiscalização, incentivo e, também, planejamento, conforme dispõe o art. 174, da Constituição Federal de 1988, ao trazer em seu *caput* o seguinte texto: “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”.

As privatizações no Brasil iniciaram com o Plano Nacional de Desestatização (PND), lançado no período de governo do presidente Fernando Collor de Mello (1990-1992) e teve continuidade nos governos que

o sucederam, ganhando realmente força a partir do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) e o Plano Real, no qual a justificativa para a utilização do processo de desestatização foi o atendimento a áreas sociais e diminuição de dívidas públicas. A Lei Federal nº 8.987/95, chamada de Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, é a condicionante da nova dinâmica econômica do país, seguindo a tendência global.

Conforme anotações de Maria D'Assunção Costa Menezello¹², nota-se a filosofia neoliberal embutida em quatro emendas constitucionais: a de nº 5 no sentido de permitir a outorga de serviços públicos de gás canalizado às empresas privadas aos estados; a emenda de nº 6, que admite a participação de empresas com capital estrangeiro na pesquisa e lavra de recursos minerais; emenda de nº 8, que autoriza a exploração pela iniciativa privada dos serviços de telecomunicações; e a emenda de nº 9, flexibilizando o monopólio do petróleo, permitindo a participação da iniciativa privada nas atividades petrolíferas.

O intuito da implementação desse instituto de administração indireta em nosso ordenamento jurídico, é o de proporcionar maior eficiência e normalidade na execução de serviços públicos, antes monopolizados pelo Estado, garantindo credibilidade e estabilidade.

A regulação no Brasil recaiu sobre duas formas de serviços públicos, os exclusivos e não exclusivos do Estado. No primeiro, o objeto de regulação são os contidos, por exemplo, no art. 21, XI e XII, que tratam da exploração, concessão ou permissão dos setores comerciais e industriais, e sendo assim o que se busca com a regulação é garantir a competitividade ou também regular a atividade da concessionária ou permissionária de forma propriamente dita, normatizando o serviço prestado.

Quanto aos serviços públicos não exclusivos do Estado, referem-se aos prestados no âmbito social, sendo saúde, cultura, educação, assistência social, previdência. A regulação desses serviços se dá por meio de atos do Legislativo e Executivo, ou por entidades públicas criadas para esse fim, como a ANVISA.

Nota-se nessa forma de regulação dos serviços públicos exclusivos ou não do Estado, a ampliação do conceito de regulação no âmbito jurídico, visto que a conceituação econômica não satisfaz, pois para essa

¹² MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.214.

categoria de serviços públicos é necessário abranger a regulação social, que é a proteção do interesse público, o interesse dos usuários dos serviços públicos.

Acerca do tema, nas palavras de Luiz Roberto Barroso¹³, houve uma completa transformação estatal, que “em lugar de protagonista na execução dos serviços, passou a concentrar suas atividades nas funções de planejamento, regulamentação e fiscalização”.

Transmitir a iniciativa privada a execução de serviços públicos de titularidade do Estado, é uma maneira de fomentar uma competição que equilibra o resultado entre interesse coletivo dos usuários com os interesses das empresas privadas.

3.4.1 O MODELO DE REGULAÇÃO BRASILEIRO

Em nosso ordenamento jurídico, as agências reguladoras são entes independentes e titulares de funções públicas que não integram nenhuma categoria do sistema tripartite de governo, integrando a administração pública na condição de autarquias especiais, na forma de um ente político descentralizado. O art. 61, §1º, inciso II, da Constituição Federal, atribui ao Presidente da República a competência de propor projetos de leis de âmbito administrativo. Dessa maneira, todas as agências reguladoras tiveram como autor das leis de formação o Poder Executivo e foram encaminhadas pelo Presidente ao Congresso Nacional para os debates e aprovação.

Nossas agências reguladoras exercem suas atividades através de três ações: normativa, executiva e judicante. Quanto à primeira, a função da agência busca manter o equilíbrio econômico e financeiro, segundo Sérgio Guerra¹⁴, através de concessão, permissão e autorização de serviços e uso de bens públicos, expedição de licenças, autorização de reajuste e revisão ordinária e extraordinária de tarifas, além da fiscalização do exercício das atividades econômicas de modo à sua conformação aos parâmetros dos atos de consentimento ao ingresso dos agentes executores dos serviços ao

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Agências Reguladoras*, São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131.

¹⁴ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p.318.

mercado. Para auxiliar as agências em sua fiscalização, elas têm acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Já quanto à função normativa, também segundo Guerra, é nela que as agências expedem uma série de normas a fim de estabelecer critérios técnicos de execução dos serviços públicos. Há controvérsia quanto à constitucionalidade dessa função das agências, pois parte da doutrina afirma: a) existe uma retirada de certa matéria do domínio da lei transferindo-a para o do regulamento; b) as agências têm a competência do exercício do poder de regulamentar para baixar regulamentos autônomos; c) relativiza-se o positivismo para atribuir outras formas normativas, distinguindo as relações jurídicas gerais das especiais; d) aparece o tecnicismo, ou seja, a especificidade dos temas tratados pelas agências, o que exige uma necessidade de flexibilização e rápida adaptação das normas ao setor regulado, permitido pelo maior conhecimento específico da matéria, algo que possivelmente leis gerais não conseguiriam abranger; e e) o poder normativo das agências é secundário, sendo assim, devem ser respeitadas normas hierarquicamente superiores, ou seja, uma norma proferida por uma agência reguladora deve respeitar os princípios proferidos pelo Poder Legislativo.

Por fim, tem-se a função judicante das agências reguladoras, que é a atribuição às agências para resolução de eventuais conflitos que possam existir entre os diversos agentes regulados, sejam usuários e consumidores ou com o Poder Público (concedente, permitente ou autorizante). A fim de solucionar da melhor forma os conflitos que possam vir a surgir, as agências reguladoras dispõem de três mecanismos: a conciliação, mediação e arbitragem. No primeiro, há o estímulo por parte da agência para um acordo, regendo as alternativas e condições. Na mediação, a agência exerce uma função de auxílio às partes na investigação e solução de conflitos, o que pode ou não chegar a um acordo. E na arbitragem, a agência intervém com poder decisório, e resultará num julgamento do conflito entre os agentes regulados, impondo uma decisão; sendo assim, a agência reguladora não fornece um caminho para uma solução do conflito, e sim o soluciona, instituindo o caminho a ser seguido pelo ente regulatório, de forma obrigatória.

É assegurado aos agentes regulados o devido processo regulatório, conforme o art. 5º, LIV da Constituição Federal, respeitando critérios rigorosos nos procedimentos a serem realizados, como a garantia da ampla

defesa e do contraditório, fundamentação técnica das decisões, razoabilidade e proporcionalidade.

Além dos poderes já citados, as agências reguladoras possuem os poderes fiscalizador e sancionador. O poder fiscalizatório da agência implica em um dever de assegurar observância da norma reguladora na atividade executada pela iniciativa privada, preservando os interesses coletivos da sociedade. Como consequência do ente regulador desempenhar seu poder de fiscalização, no caso de haver alguma inobservância da norma, incorrerá em outro poder citado, o sancionador, no qual vincula a obrigação não cumprida a uma punição administrativa prevista, que possui uma graduação conforme a infração cometida.

Da mesma maneira como ocorre com as agências reguladoras nos EUA, no Brasil, elas possuem diversas formas de controle. A primeira forma de controle das agências é o administrativo, que é a gestão interna a partir das diretorias nomeadas com mandato fixo e responsáveis por isso. A motivação que provoca essa forma de controle via ofício ou advém do próprio ente regulado, por via recursal administrativa, que é o instrumento a ser utilizado para ocorrer o reexame da questão apresentada ou da possibilidade de reconsideração, o direito de revisão, de um ato considerado ilegal ou imotivado. Esse recurso deve ser requerido perante autoridade superior hierarquicamente na estrutura organizacional da agência. Os processos administrativos iniciam e terminam dentro dos limites do ente regulador.

As fiscalizações financeiras, contábeis e orçamentárias são realizadas diretamente pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme previsto no art. 70, da Constituição Federal. Essa é uma outra forma de controle de uma agência reguladora, que visa garantir, através de auditorias realizadas pelo TCU, não atendimento a preceitos legais, mas também sua legitimidade, provocando análise de mérito de determinadas despesas. Incorre desta análise a economicidade da agência, ou seja, a relação custo benefício das políticas públicas.

O Ministério Público também exerce controle sob as agências reguladoras, devido previsão constitucional, de acordo com o art. 127. Nas palavras de Menezello,¹⁵ o controle compete à defesa da ordem pública, protegendo os interesses sociais e individuais indisponíveis, nas

¹⁵ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 78.

atribuições da agência conforme previsão na legislação, através de pedidos de esclarecimento ou ações judiciais.

O Poder Judiciário, quando provocado, também possui legitimidade de atuar como uma forma de controle, que é denominada controle jurisdicional. Outra forma de poder de nosso sistema tripartite que irá realizar uma forma de controle nessas autarquias especiais é o Legislativo, com competência para fiscalizar e controlar, conforme previsto na Constituição Federal, ou seja, nesse caso não se estão sobrepondo poderes, chegando a desrespeitar a separação de poderes vigente em nosso ordenamento jurídico, e sim um sistema de controles recíprocos. O objetivo que se deseja atingir com o controle do Poder Legislativo é garantir a transparência nas decisões tomadas, devidamente motivadas.

Quanto à autonomia administrativa, será verificada a capacidade de autogestão da agência em sua competência de atuação, determinada por lei. Dessa forma percebemos que as agências reguladoras não possuem interdependência propriamente dita, e sim um grau de autonomia que lhe é conferido por lei, possibilitando sua atuação dentro desses limites estabelecidos. Conforme Menezello¹⁶, existem modalidades de independência do ente regulador, sendo independência de objetivos e de instrumentos. A primeira se refere ao escopo a ser atendido pela agência está vinculada ao que foi delimitado pela legislação. Quanto à modalidade de independência de instrumento é relativa aos preceitos que o legislador ordinário determinou que a agência fizesse.

Outra importante forma de autonomia das agências é a financeira, no sentido de ter ferramentas para constituir receitas que sejam suficientes para sua manutenção. Dentre as ferramentas disponíveis está a cobrança dos entes regulados de taxas de fiscalização durante a execução do contrato de concessão, e nos casos de atividades petrolíferas, receber uma parcela das participações governamentais nessas atividades. No âmbito da responsabilização, a agência reguladora possui responsabilidade civil objetiva, e pode ser responsabilizada por eventuais prejuízos que vier a causar a terceiros.

A autonomia técnica de uma agência reguladora é decorrente do próprio cerne da criação desses entes serem de forma diversificada, que é a peculiaridade demandada de cada setor econômico regulado. Dentro

¹⁶ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 85.

desse âmbito, está a discricionariedade técnica, da qual essa especificidade de atuação técnica da agência não deve ultrapassar os preceitos legais. Nesse sentido, os limites irão garantir deveres a esses entes reguladores, nos quais a equipe de direção e servidores deve atingir.

O mandato dos dirigentes é uma forma de autonomia administrativa das agências, pois são mandatos fixos e garantem estabilidade aos dirigentes, não se admitindo, excepcionalmente, a demissão *ad nutum*, buscando exatamente a preservação da independência e continuidade maior aos atos regulatórios.

4 **POLITIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

O ponto principal no conceito das agências reguladoras é sua independência decisória, para que o teor de suas decisões tenha o caráter técnico exigido, e não tolere influências políticas que partem de órgãos governamentais. E nesse ponto, temos instrumentos jurídicos que asseguram a autonomia do ente regulatório.

Nas palavras de Menezello, tem-se o teor da devida independência:

Como vimos, a agência é um órgão do Estado e não de um governo e, como tal, assim deve exercer suas atribuições e competências. Havendo interrupção da continuidade dessas funções por decisão governamental, corre-se sério risco de descrédito da agência, visto que o que vai demandar uma sintonia fina com os diversos setores da sociedade para que a agência possa ser um instrumento de prática democrática.¹⁷

Porém, há situações em que esses instrumentos não serão o bastante para estabelecer essa força autárquica da agência, e uma dessas situações é o grau de interferência política, mensurada, por exemplo, pelo envolvimento político-partidário dos dirigentes das agências. Os dirigentes das agências reguladoras têm estabilidade no cargo, pois possuem

¹⁷ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 86.

mandatos fixos garantidos por uma exceção na qual não se admite demissão *ad nutum* desses dirigentes.

O início do processo regulatório no Brasil foi marcado por diversas lacunas, proporcionadas pela falta de organização do próprio sistema de agências reguladoras, e com as eleições presidenciais de 2002, teve como resultado a alteração do comando do Poder Executivo nacional, foi constatado um aumento de 25% na nomeação de dirigentes com envolvimento político-partidário.

Há também casos em que as agências ficam com o corpo diretivo vago ou na iminência de ficar, como consequência do atraso para nomeação de novos dirigentes, ou também o veto de alguns nomes, de acordo com as preferências de cada partido. No primeiro semestre de 2015, havia algumas das principais agências com o corpo diretor com cargos vagos há mais de um ano, como nos últimos anos houve a ANS, ANATEL e a ANAC. Essa realidade compromete a fiscalização, pois tendem a não discutir assuntos de maior repercussão e adiar essas decisões, no receio de haver futuros questionamentos sobre essas decisões, por não cumprirem preceitos previstos na legislação. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) sinalizou com a possibilidade de solicitar ao Legislativo, a criação de uma lei que estipule um prazo máximo a ser cumprido para nomeação de diretores das agências reguladoras.

Outra situação que se constatou nas agências reguladoras, por meio e uma auditoria do TCU, foi a ocupação de vagas na direção sendo preenchidas por diretores interinos por muito tempo, sendo servidores de carreira indicados pelo Executivo e não sabatinados pelo Senado Federal, por não terem cumprido o procedimento de indicação e nomeação. Isso implica diretamente nas diretrizes de governança desses entes reguladores e a lisura de seus atos regulatórios, fragilizando a imagem da própria agência perante o mercado pelo descumprimento de organização hierárquica.

No sentido de garantir a transparência necessária que um órgão regulador deve ter na composição de seus atos, existe a Análise de Impacto Regulatório (AIR), que nada mais é que uma ferramenta, que busca através de uma série de procedimentos, fornecer os dados necessários para avaliar todas as questões que orbitam uma tomada decisão, como custos, impactos, benefícios, entre outros. A orientação dessa análise é por meio de princípios nos quais os agentes públicos possuem capacitação para se obrigarem a prestar informações sobre atos praticados, fornecendo garantias na relação de fornecimento de serviços públicos e usuários. Essa

responsabilização na edição dos atos regulatórios por meio da AIR é uma recomendação do TCU. Porém, como se pode verificar, são medidas sugestivas e temas de discussão mais abrangentes, que não serão tomadas enquanto não houver consolidação da formação da direção e interferências políticas na agência.

4.1 GOVERNAÇA REGULATÓRIA

A regulação deve ser um processo previsível, que resulte em atos pautados no tecnicismo e especificidade de cada setor, emanados por entes com legitimidade conferida por lei, composto por diretores altamente capacitados. Todos esses fatores objetivam conferir segurança aos regulados e usuários dos serviços públicos, pois um excesso de regulação pode criar barreiras desnecessárias, possibilitando impedir a eficiência econômica, por exemplo, além que, caso incorra em um excesso de regulação, pode-se provocar em uma oneração maior, e esse aumento no custo de regulação sendo repassado ao usuário.

A segurança de um processo regulatório não está ligada somente à instituição da agência reguladora por lei ou sua organização hierárquica, e sim, decorre de todo um processo de implementação de boas práticas de governança, que se pode descrever como as políticas gerais, diretrizes que compõem um sistema eficiente de regulação apropriada, a qual a agência reguladora deve adotar.

A governança é pautada em princípios, conforme a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico¹⁸ (ODCE) descreve como *bestpractices* e *betterregularion*, desenvolvidos com base na observação da aplicação da intervenção estatal de forma reguladora em diversos países.

Os princípios da ODCE formam recomendações, que são compiladas na forma de um Programa de Política Regulatória, no qual é essencial

¹⁸ Organização internacional que fornece dados relevantes de problemas comuns para que economias do mundo todo possam analisar e comparar com a sua realidade e eventualmente aplicar modelos semelhantes ao exposto.

a presença de três elementos, nas palavras de Pedro Ivo Sebba Ramalho¹⁹ “as medidas, os instrumentos e as instituições reguladoras”.

Com a adoção de planos de melhoria de políticas de regulação, surgiu o movimento a partir de 2006, com a instituição da *Impact Assessment Board* (IAB) pela Secretaria Geral da Comissão Europeia, e através de uma análise dos impactos, criar métricas com o fim de se ter um aspecto colaborativo da governança empregada em cada país, analisando a qualidade e o retorno da aplicação das políticas, através de métricas de custo-benefício.

A mensuração de efetividade pela análise de impacto regulatório e das alternativas à regulação é uma tendência internacional que tem crescido, pela sua utilização na análise de custo-benefício de processos de regulação. A adoção de diretrizes bem definidas de política regulatória por governos, confere transparência e credibilidade do próprio sistema de regulação e do governo junto à sociedade, o que de acordo com Pedro Ivo Sebba Ramalho²⁰ fornece um *feedback* que amplia a eficiência do procedimento regulamentar.

4.2 ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

O AIR, pela sua configuração de ser o resultado de várias medidas, tem aspectos de plataforma, não sendo um de avaliação aprimorada, mas que ganha adeptos, como a presença de grande parte dos países que compõem a ODCE, realizando cálculos custo-benefício do ato regulatório e tornando sua aplicabilidade mais eficaz, do ponto de vista orçamentário, sendo esse o ponto de partida para análise do processo de regulação. Essa análise permitiria identificar oportunidades de regulação e/ou defeitos na regulação, como por exemplo, uma regulação que onere o Estado mais que o necessário.

¹⁹ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise do impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. 288 p. Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/regulacao.pdf>>. Acesso 05 jun. 2016.

²⁰ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise do impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. 288 p. Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/regulacao.pdf>>. Acesso 05 jun. 2016.

O AIR é um elemento que permite a aplicação do accountability no sistema regulatório. O accountability pode ser dividido em duas formas de atuação, conforme nos apresenta Valéria Athayde Fontelles de Lima:

O'Donnell (1998), autor considerado pioneiro no desenvolvimento do desdobramento conceitual do termo Accountability em Accountability Horizontal (AH) e Accountability Vertical (AV) postula que a AH presume a existência de agências estatais capacitadas e aptas para controlar, corrigir e punir as ações consideradas ilegais. Por sua vez, a AV trata da vigilância e sanção dos eleitores por meio do e dos membros da sociedade civil organizada por meio de suas ações, muitas vezes com o apoio da imprensa. Dito de outra forma, o controle pode ser exercido por instituições horizontalmente, por meio do aparato estatal, ou verticalmente, no âmbito da sociedade civil.²¹

Pode-se verificar que no pensamento de O'Donnell, o *accountability* é uma ferramenta que tem aplicabilidade variada, possuindo atividades de características que podem ser de organização e gestão ou de vigilância. Também, seguindo esse pensamento, verifica-se a possibilidade de atuação de vários setores da sociedade.

Portanto, o que podemos sintetizar da AIR é uma análise que possui uma diversidade de métodos, que se adequam às particularidades de cada país. Dessa forma, como Valéria²² traz a compreensão britânica da AIR: “i) os motivos pelos quais os governos intervêm; ii) como em que medida novas proposições podem afetá-los; iii) as estimativas econômicas dos impactos e as opções alternativas, inclusive a possibilidade de não regular”.

²¹ LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **A Avaliação de Impacto Regulatório e sua Aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro. 2010. 156 p. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/imagens/pos-graduacao/pped/defesas/12-Valria_Athayde_Fontelles_de_Lima.pdf>. Acesso 15 jun. 2016. p. 77.

²² *Ibidem*. p. 83.

4.3 A MELHORIA NA QUALIDADE DA REGULAÇÃO BRASILEIRA

Atualmente, dentro da organização regulatória do país, não há um sistema de integrado de análise, acompanhamento e melhoria das diretrizes regulatórias. Em meados de 2003, foi considerado pelo Poder Executivo, como plataforma do crescimento do país, o aprimoramento da gestão das agências reguladoras, adotando medidas alinhadas com a tendência internacional, como implementação de sistemas avaliação e desempenho das agências, interação operacional entre os diversos entes reguladores existentes no país, entre outras medidas de organização e controle, que se destacam como um ponto necessário no planejamento de aceleração do crescimento do país.

Com o objetivo de aprimorar a gestão das agências reguladoras, foi apresentado em 2004 o Projeto de Lei n.º 3.337/2004, que previa entre outras mudanças, a transferência de parte dos poderes das agências para os Ministérios, tramitou na Câmara dos Deputados, recebeu centenas de emendas, até que foi retirado em 2013, por proposição do Poder Executivo.

Em meados de 2007, o governo federal, instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) com a finalidade de ser uma entidade consultiva. Por esse motivo, o PRO-REG é composto de um Comitê Gestor (CGP), um Comitê Consultivo (CCP) e uma Coordenação Técnica e Administrativa.

Quanto ao CGP, este conta com a participação da Casa Civil (CC), Ministério da Fazenda (MF/SEAE) e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP/SEGES). Entre as principais competências do CGP, podem-se citar: definição do direcionamento estratégico, articulação com os órgãos envolvidos e resolução de possíveis controvérsias quanto à execução do Programa.

Já o CCP é formado pelas Agências Reguladoras e Ministérios vinculados. Ministério da Justiça (MJ/SDE), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cabe ao CCP a apresentação e discussão de propostas à melhoria da execução do Programa, colaboração para o aperfeiçoamento dos níveis técnicos das ações implementadas.

Dentre as principais atividades do PRO-REG, salienta-se o objetivo de capacitar os Ministérios para à análise, acompanhamento e avaliação das políticas, quanto a impactos que possam atingir a concorrência e

competitividade, a qualidade regulatória, a cooperação interministerial e maior controle social com vistas a fornecer maior transparência aos usuários dos serviços públicos desempenhados por agentes da iniciativa privada.

Percebe-se que esse programa do Governo Federal foi instituído com o fim de apresentar diretrizes para a matéria regulatória, acompanhando tendências mundiais de organização de políticas públicas nesses entes reguladores.

4.4 PRÁTICAS REGULATÓRIAS DA ANVISA

A ANVISA no período de 2008, instituiu pela Portaria nº 422 um programa de aprimoramento de seus processos regulatórios, levando em consideração diversos fatores que impactavam diretamente na sua atuação e geravam um número expressivo de casos de judicialização da ação regulatória, por desconhecimento por parte de entes regulados e sociedade civil.

Esse programa de melhoria desenvolvido na Anvisa foi piloto no país, e nele foram aplicados os princípios e tendências indicados pela ODCE, como o *accountability*, principalmente com o objetivo de fornecer meios e material capazes de informar a parcela da sociedade que tinha dificuldades de acompanhar o processo regulatório nesse ente.

Atendendo a necessidade de aumentar a participação da sociedade, com maior abertura a informações, foi criado na agência o instrumento que foi denominado de Agenda Regulatória, que concede à população oportunidade de opinar nos assuntos que serão discutidos pela agência, no período de um ano. Essa abertura, concede a possibilidade de receber o *feedback*, que pode auxiliar na obtenção de uma informação mais completa.

Esse processo de análise gradativo que foi implantando na ANVISA fez uso de ferramentas, sendo elas: formulário de iniciativa, AIR de nível 1, nível 2 e nível 3, Consultoria Pública e o Relatório de Análise da Participação Social (RAPS). Esse processo, porém, inicia-se antes, analisando e identificando o problema a ser enfrentado, seguido pela análise de opções que podem ser consideradas, e assim passando para consulta pública, que visa à maior interação entre sociedade e o ente regulador para construir a melhor forma de política pública. Esse processo termina com a decisão pela Diretoria Colegiada.

Com a decisão tomada pela diretoria da agência reguladora é que irá se verificar o formulário de iniciativa, que irá caracterizar o problema e apontar onde o ato regulatório deve ter atenção.

O nível 1 do AIR irá estruturar e apresentar os impactos que a regulação poderá representar, e dessa forma apresentar informações relevantes que fundamentem a decisão. Desde fevereiro de 2016, foi introduzido o RAPS, que é resultado de respostas a perguntas que descrevem a percepção que a proposta de regulação pode atingir. No segundo nível da AIR, será verificada a viabilidade da proposta. Realizando essa segunda etapa com auxílio de colaboradores externos, busca-se obter informações que primeiramente não estavam disponíveis nas primeiras diligências, fornecendo para agência fundamentos que possam comprometer, por questões conflituosas, a regulação e havendo essa hipótese, o nível 2 da AIR tem a oferecer alternativas válidas para continuidade do processo. O terceiro e último nível é o mais avançado da análise de impacto, reservadas aos atos que possivelmente possuam maior repercussão social, como em casos que afetem parcela significativa da população ou que comprometam maior parte o orçamento. Sendo assim, a análise do ato deve ser envolta de maior complexidade, e atinge todos os aspectos de maneira totalitária. Por possuírem maior especificidade, as análises regulatórias de níveis 2 e 3 somente são demandadas por meio do Diretor Relator do processo ou pela Diretoria Colegiada.

Por ter sido o projeto piloto no país, com implantação de várias tendências e métodos sugeridos por entidades internacionais de gestão regulatória, a ANVISA se tornou um *case* no país, no qual se busca a aplicação de procedimentos e políticas que tragam transparência e segurança, como meios de se ter o processo regulatório efetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou, ao tratar do tema da descentralização administrativa estatal, abordar as consequências na organização do Estado ao delegar à iniciativa privada a execução dos serviços públicos. A primeira observação que pode ser feita é no campo das ciências sociais, mais especificamente nas matérias de Direito e Economia, que possuem relação e pontos em que seus objetos de estudo se encontram. Sendo a Economia a

ciência especializada no comportamento do homem com relação à escassez de recursos e a organização deles, o Direito será a plataforma que fornecerá a estrutura para a movimentação, produção e circulação de produtos e serviços, através do Estado.

Os mercados econômicos se dividem em perfeitos e imperfeitos. No primeiro, nota-se que as regras naturais de mercado irão regulá-lo, sendo sua própria estrutura capaz de fornecer barreiras de entrada, garantir o equilíbrio nas negociações e até precificação dos produtos, tornando-se desnecessária uma intervenção estatal. Por outro lado, encontra-se nos mercados imperfeitos a falha de mercado, na qual haverá uma situação mercadológica que impede o bom desenvolvimento da sociedade caso não haja uma intervenção. Nesse cenário é que será analisada a estrutura regulatória, construída sobre a plataforma que o Direito proporciona o balizamento legal que conduz à segurança, pois obriga uma atuação do Estado nessas situações.

Ao longo do tempo, percebe-se como as demandas econômicas moldaram a forma das disposições legais, pois à medida em que se desenvolveram as formas de mercado e negociação entre os povos, o formato da figura estatal também se adequou às necessidades geradas por essas novas demandas mercadológicas, tornando-se o ente que regula toda a estrutura da Economia. No início, com a derrocada do sistema feudalista e ascensão do mercantilismo, o Estado ganha força sendo o agente principal para acúmulo de riquezas, criação de barreiras comerciais e ampliação de mercados, fortalecendo políticas absolutistas. Posteriormente, tem-se a crise desse modelo, com o crescimento da burguesia e o anseio de maior liberdade aos interesses individuais. Dessa onda, nasce o modelo liberalista, com profunda proteção aos interesses privados e uma teoria de mercado autorregulado, em que se refuta o intervencionismo estatal.

O tempo mostrou que esse sistema liberalista era frágil, e sendo incapaz de resistir a um forte processo de crise econômica, demonstrou suas mazelas em uma sociedade recheada de desigualdades sociais, ou seja, não seria possível ter uma sociedade em desenvolvimento ao menos regular por um longo período, se as demandas econômicas fossem somente reguladas pelas negociações, visto que as crises são cíclicas; após o momento de recuperação da economia, a sociedade seria assolada por uma nova crise. Especialistas, como o economista John Maynard Keynes, ficam então convencidos que é necessária uma intervenção estatal, porém em outra forma, diferentemente de como já havia acontecido, essa intervenção não seria totalitária, mas sim teria a função de alicerçar a sociedade, garantir

direitos sociais, sendo provedora de infraestrutura, alavancando-a num período de crise profunda e a precavendo de outras que pudessem vir a acontecer.

Como resultado dessa nova formatação da intervenção estatal e da necessidade de assegurar os direitos fundamentais de segunda geração, o Estado torna-se também provedor do bem-estar social, pois se entende que ao garantir esses direitos aos cidadãos, está fomentando a economia, garantindo implantação de políticas públicas que realocassem os recursos estatais, a fim de oferecer produtos e serviços básicos aos cidadãos. Na adesão a esse modelo de Estado, percebe-se em diversos países a adoção de controle da ordem econômica e social nas constituições, como Espanha e Brasil. Dessa experiência de total provedor das garantias sociais, incorre em uma grande oneração ao aparelhamento estatal, prejudicando a qualidade, eficiência e eficácia do serviço prestado a sua população, e principalmente à imagem desse Estado que passa a ser de um ente descumpridor, tal qual queria que fosse o quanto antes retirado.

Dessa situação problema surge uma nova atribuição estatal, que é a de ente regulador, no qual o Estado transmite à iniciativa privada a concessão de execução de serviços públicos. Tem-se nesse modelo a possibilidade de uma gestão melhor aparelhada e desenvolvida, porém há também proteção aos usuários, para que o ganho das concessionárias não fosse exponencialmente discrepante.

No âmbito nacional, ao falar de regulação econômica, tem-se um modelo relativamente recente, incorporado na Constituição Federal mais recente, porém somente colocado em prática quase dez anos depois. Isso demonstra que é uma matéria que tem muito a desenvolver no modelo estatal, que ainda hoje é pauta de discussões políticas, e passa constantemente por atualizações e alterações.

No Brasil, o sistema regulatório é formado por agências reguladoras, que são entes da administração pública, revestidas de caráter autárquico. Esse modelo foi implantado visando à garantia de um ambiente regulatório transparente, efetivo e abrangente. A transparência é conferida pela autonomia financeira e técnica da agência. Para ser efetiva, uma agência deve ter o conhecimento necessário do seu campo de atuação, dos agentes internos e externos envolvidos, ou seja, a tecnicidade se faz presente nesse caso para transmitir uma mensagem de segurança aos regulados e usuários. E consequentemente, devido à amplitude que os gêneros de

serviços públicos abrangem, para se ter essa tecnicidade necessária, era preciso desenvolver agências reguladoras específicas para cada segmento.

Obviamente que um modelo estatal e uma nova forma de atuar no mercado criados recentemente, estaria passível de problemas e possíveis necessidades de readequar suas operações a fim de que alcance uma maior efetividade. A agência tem o importante papel intermediar os interesses de usuários e regulados, e precisam garantir uma gestão eficiente de seus recursos e atividades além da confiabilidade de seus atos.

Para isso, tem-se de espelhar em procedimentos aplicados em outros países, que oferecem experiência e indicadores de resultados. Para auxiliar nesse processo, conta-se atualmente com organismo internacional, formado por países de maior e menor desenvolvimento, chamado de Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (ODCE), que realiza pesquisas empíricas e fornece informações e métodos de melhores práticas para atos administrativos.

Atualmente, o maior problema enfrentado pelas agências reguladoras nacionais está relacionado à segurança e impacto dos processos regulatórios. A fim de garantir a transparência e a confiabilidade nos atos emitidos pela agência, são utilizadas por órgãos reguladores internacionais, práticas de governança corporativa por meios de implantar diretrizes que forneçam a orientação necessária para ações, inclusive com orientação do Tribunal de Contas da União nesse sentido.

O procedimento que possui mais adeptos no mundo todo nos dias atuais, é a Análise de Impacto Regulatório (AIR), que visa através de indicadores de benefícios, custos, consequência, entre outros dados mitigar os impactos na atuação regulatórios, fornecendo subsídios para a decisão. Observou-se que no Brasil esse procedimento vem sendo implantado em mais agências, após um período de testes, com intuito de promover a curto prazo, visto que mudanças mais profundas, necessitariam de alterações na legislação.

Nota-se que a regulação e a organização interna dos entes reguladores são objetos de estudo contínuo, baseados em análises empíricas realizadas na regulação no mundo todo, buscando sempre desenvolver as melhores ferramentas de apuração, análise e impactos dos atos emanados dessas entidades.

Com todos esses recursos e estudos, são fornecidos insumos para que se possa aplicar melhoria contínua, para que sejam garantidos

processos mais transparentes e seguros, atingindo maior efetividade e eficácia ao se proferirem atos regulatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Rosângela Moreira de. **Avaliação de Impacto Regulatório da Aditivção Mínima Obrigatória da Gasolina**. Brasília: ANP, 2013.
- AUAD, Denise. **Autoridades Administrativas Independentes na França**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 475-489.
- BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências Reguladoras**, São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131.
- BATISTA JUNIOR, Marcio Roberto Montenegro. **Agências Reguladoras**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/26712/agencias-reguladoras/1>>. Acesso 12 jun. 2016.
- CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 152 p.
- COUTINHO, Eduardo Senra; LANA-PEIXOTO, Fernando Vilhena; FILHO, Paulo Zschaber Ribeiro; AMARAL, Hudson Fernandes. **De Smith a Porter: Um Ensaio sobre as Teorias de Comércio Exterior**. Disponível em <<http://www.regeusp.com.br/arquivos/362.pdf>>. Acesso 12 de julho de 2016.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 342 p.
- GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 19 ed. São Paulo, ed: Saraiva. 2005.
- GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. 318 p.
- LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **A Avaliação de Impacto Regulatório e sua Aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro. 2010. 156 p. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/defesas/12-Valria_Athayde_Fontelles_de_Lima.pdf>. Acesso 17 de julho de 2016.

- MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia Científica**: para o curso de direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 135 p.
- MARTINS, José Celso e SILVA, Roberto Crespo e. **Da intervenção do Estado na economia**. Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito. São Paulo, v.8, n.8, 2011.
- MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Atlas. 2002. 214 p.
- MORAES JÚNIOR, Antônio dos Santos. **Economia Aplicada ao Direito**. 2014. 81 p.
- MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. 1. ed São Paulo: Atlas, 2002. 170 p.
- OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas. **A politização das agências**. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/856/noticias/a-politizacao-das-agencias-m0080231>>. Acesso 04 de junho de 2016.
- PARKIN, Michael. **Economia**. 8 ed. São Paulo: Pearson. 2009. 814 p.
- RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: governança e análise do impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009. 288 p. Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/regulacao.pdf>>. Acesso 05 de junho de 2016.
- ROSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 15 ed. São Paulo: Atlas. 1991.
- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 306 p.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. **Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte-Americano**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 427-452.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II.