



O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO FOMENTO À LIBERDADE ECONÔMICA

João Bosco Coelho Pasin¹

Hélcio de Abreu Dallari Júnior²

Vicente Bagnoli³

Palavras-chave: Estado; Agências Reguladoras; Liberdade econômica; políticas públicas básicas; direitos humanos.

¹ Doutor em Direito pela *Universidad de Salamanca*, USAL, Espanha (título homologado pela PUC/SP). Tem Pós-Doutoramento em Direito Tributário e Financeiro pela *Universidad de Valladolid*, UVA, Espanha. Tem Pós-Doutoramento em Filosofia do Direito pela *Universidad Rey Juan Carlos*, URJC, Espanha. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, UPM. Especialista em Direito Tributário pelo CEU, IICS; e em Direito Financeiro e Tributário pela USAL, Espanha. É Membro Titular e Perpétuo da Academia Paulista de Letras Jurídicas, APLJ. É Membro Titular do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, IHGSP. É Membro Associado da Academia Brasileira de Direito Tributário, ABDT. É consultor, avaliador e membro de Conselhos Editoriais de Periódicos no Brasil e no exterior. É autor de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. É professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, FD/UPM. É Advogado e consultor tributário em São Paulo.

² PhD em Ciências pela Escola Paulista de Medicina/Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP; Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo - USP; Tutor para Gestão Social em Saúde pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID e Instituto Interamericano para o Desenvolvimento Econômico e Social/INDES (Washington, D.C. – U.S.A.); Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo; advogado especializado em questões de Direito Público.

³ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP, Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie, Pesquisador Visitante no Instituto Max Planck de Concorrência e Inovação (Pos Doc), Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Membro da ASCOLA – *Academic Society for Competition Law*, Membro do Observatório de Efetivação do Direito da Concorrência da Universidade Católica Portuguesa – Porto; Consultor não governamental da ICN – *International Competition Network* e Consultor temporário do Banco Mundial; Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB SP (2013-2015); Presidente do Comitê Jurídico da Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio, Indústria e Agricultura; e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC; advogado e autor de livros e artigos.

Resumo: A atualidade do mundo globalizado demanda atenção com os mecanismos de aperfeiçoamento da gestão de políticas públicas básicas a serem implementadas pelas estruturas da Administração Pública. Assim sendo, faz-se necessário o conhecimento estrutural e a percepção da importância da atuação das Agências Reguladoras para o pleno desenvolvimento da atividade econômica. Conhecer a natureza jurídica deste instituto e sua discricionariedade técnica proporcionam uma percepção dinâmica de sua verdadeira potencialidade prática. Todavia, para o adequado andamento de suas atribuições, faz-se necessária a efetivação dos princípios e dos valores elementares coligados à liberdade da atividade econômica. No processo de integração nacional e internacional, torna-se essencial a visão sistemática do funcionamento do Estado e da economia de mercado, para o pleno alcance dos direitos humanos. O presente tema também envolve o resguardo de interesses múltiplos relacionados à livre iniciativa, ao empreendedorismo, à desburocratização, à inovação, à competitividade e à livre concorrência, respeitados todos os princípios jurídicos – tais como os da supremacia constitucional e da subsidiariedade, bem como suas normas indutoras. No presente e no futuro, a regulação inteligente de setores fundamentais à sociedade envolverá cada vez mais atenções dos Estados menos intervencionistas, em cooperação com a economia de mercado mais e mais mundializada. Consoante tal síntese, estaremos consolidando colaborações efetivas ao avanço da liberdade econômica.

Introdução

A história da humanidade é marcada por sucessivas transformações de complexidade plural, relacionadas invariavelmente aos elementos componentes dos grupamentos sociais globais, cada qual em sua localidade geográfica e temporal.

Neste contexto, estruturas com características de Estado sempre estiveram presentes, demonstrando peculiaridades de identificação, demarcando épocas e civilizações.

No centro de tudo, está o ser humano, principal interessado e responsável pelos processos evolutivos, que necessitam ser constantemente conhecidos e analisados nos seus aspectos teóricos, extraindo aproveitamentos práticos.

Tais reflexões podem e devem servir para firmar os rumos mais adequados para o estabelecimento de um futuro pautado pela tentativa de diminuição ou erradicação das incertezas e dos riscos na determinação de políticas públicas, almejando resultados com maior eficiência.

É nesse enredo que se inserem as designadas agências reguladoras.

O alcance das agências reguladoras

As referidas agências reguladoras, pessoas jurídicas de direito público interno, estabelecidas comumente como autarquias em regime especial, guardam origem no Direito Administrativo norte-americano sob o nome de *administrative agencies*.⁴

Pensadas para serem órgãos de ação ágil, com alta especialidade, norteadas por conhecimentos técnicos necessários para um melhor encaminhamento de alguns setores de atividade econômica⁵, de forte afetação social, tais agências se constituem em mecanismos essenciais à realização do *Welfare State* ou Estado de bem-estar social.

Desta forma, as agências reguladoras se difundiram amplamente nas estruturas de Administração Pública dos Estados Unidos da América e dos Estados europeus.

Por conseguinte, no transcorrer do tempo, este formato acabou por ser aproveitado também no Brasil, em suas diversas esferas político-administrativas, a

⁴ A primeira *agency* dos Estados Unidos da América surgiu em 1887, através da *Interstate Commerce Commission – ICC*. Com o *New Deal* da era Roosevelt, o modelo de *agencies* ganhou maior desenvolvimento com crescente intervencionismo do Estado na economia, exercendo competências de caráter legislativo (função reguladora), administrativo (função fiscalizadora) e judicial (função contenciosa). – Marcos Augusto Perez, “As Agências Reguladoras no Direito brasileiro: origem, natureza e função”, in Revista Trimestral de Direito Público, vol. 23, 1998, p. 124 a 128.

⁵ Cabe mencionar alguns dos setores em geral regulados e fiscalizados por agências: telecomunicações; petróleo; energia; saúde; transportes; e recursos naturais.

partir dos anos noventa do século passado, na conjuntura do nosso processo de Reforma do Estado.

Reforma do Estado brasileiro e agências reguladoras federais

O processo de Reforma do Estado desenvolvido em nosso País adotou princípios de visão contemporânea de administração, tendo atenção na gestão⁶ em benefício da população, objetivando combater práticas e estruturas de arraigada cultura burocrática.

Com visão estratégica, as agências brasileiras passaram a ser criadas enfatizando em seus gestores o alcance de melhores resultados em menor período de tempo, com desenvolvimento de atenção na sustentabilidade do seu específico setor de atuação.

Sinteticamente, essas agências reguladoras são originadas por inspiração executiva e criadas por definição legislativa própria como autarquias de regime jurídico especial, integrando a Administração Pública indireta.

Cabe esclarecer que o referido regime jurídico especial garante autonomia administrativa e financeira, com receitas e patrimônio próprios.

No detalhamento de suas atribuições, encontramos a regulação, a fiscalização e o controle das atividades de serviços públicos prestados por empresas privadas, por meio de delegação explícita, resguardando o interesse público, posto que atuam em nome do Estado brasileiro.

É desta forma que se deseja ver as agências pensando e agindo de maneira integrada em seu campo de especialização, implantando ações pensadas como as mais adequadas ao desenvolvimento sustentável do setor sob sua respectiva responsabilidade.

⁶ A literatura acadêmica de Administração Pública e gestão pública conta com diversas definições de *gestão*, indicando tratar-se do exercício de funções ou processos que utilizam recursos de uma organização, com o objetivo de obter resultados específicos. Ou seja, as várias interpretações associam gestão a processos, recursos e resultados. Vale mencionarmos o exercício da gestão como sendo as ações associadas com o assumir um compromisso com a coordenação e facilitação do bom desempenho de um sistema (METCALFE e RICHARDS, 1990).

Seja considerado que o desenvolvimento sustentável da sociedade demanda uma gestão pública atenta conjuntamente com aspectos ambientais, justiça na ordem social⁷ e viabilidade econômica⁸.

A atuação contemporânea de Administração Pública determina o estabelecimento e a concretização de políticas públicas econômicas com responsabilidade social e governamental na utilização de recursos públicos, consoante mecanismos democráticos.

O grande detalhe é que as nossas necessidades públicas são infinitas, mas os recursos econômicos disponíveis são finitos.

Assim, restou dar às agências reguladoras o campo de atuação que acompanha os particulares investidores imbuídos no exercício da função pública, para a efetivação democrática dos aspectos sob suas respectivas responsabilidades.

A tão almejada visão contemporânea de gestão pública só pode ser constatada através da inteligência de atos, da responsabilidade com a coisa pública, do uso democrático e sem desperdícios dos recursos públicos.

A máxima eficiência na gestão pública financeira de uma Administração Pública tem relação direta com os atributos de empregar o tempo, a energia e o dinheiro com a devida responsabilidade, sendo respeitadas as prioridades estratégicas de governo, para atender seus objetivos institucionais.

Vale ressaltar que, até o presente momento, guardam destaque as seguintes agências reguladoras na esfera federal: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; Agência Nacional do Cinema – ANCINE; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC; Agência Nacional de

⁷ A denominada ordem social apresenta previsão na Constituição Federal de 1988 (arts. 193 a 232), envolvendo saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação social, meio ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso e os índios.

⁸ A viabilidade econômica demanda análise concatenada do sistema tributário nacional, das finanças públicas e da ordem econômica e financeira, previstos na Constituição Federal de 1988 (arts. 145 a 192).

Transportes Aquaviários – ANTAQ; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis – ANP; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; Agência Nacional de Águas – ANA; e, recentemente, Agência Nacional de Mineração – ANM.

Visto isso, tomamos ciência da enorme extensão das agências reguladoras em nosso Estado Democrático de Direito.

Bases da liberdade econômica

Em consonância com nosso viés democrático, encontra-se a ideia de liberdade econômica, que resguarda as escolhas econômicas pessoais dos cidadãos diante do mercado, podendo nele entrar e competir de maneira viável e sustentável, sem ocasionarem danos pessoais ou patrimoniais a outros.

O que se pretende é respaldar as capacidades empreendedoras e produtivas do setor privado, em proveito de toda sociedade.

Neste cenário, relações comerciais apresentam curso natural por intermédio da compra e venda de bens, produtos e seus insumos, assegurada a livre concorrência, dentro de parâmetros previamente estabelecidos no ordenamento jurídico. Seja pontuado que é no acompanhamento de tal funcionamento do mercado que as agências reguladoras encontram sua validade de existência, mantendo a sustentabilidade do mesmo.

A sociedade e a economia precisam caminhar juntas diante do livre mercado.

Índices de liberdade econômica

Internacionalmente, a liberdade econômica é averiguada por meio de índices que basicamente consideram o tamanho das estruturas governamentais, a confiabilidade da

moeda circulante, a segurança jurídica proporcionada pelo sistema jurídico, a proteção à propriedade privada, a regulação setorial e a liberdade de comercialização nacional e internacional.

Em situações mais favoráveis, o mercado se desenvolve com maior desenvoltura, construindo uma economia mais sólida e dinâmica.

Sobre o tamanho das estruturas governamentais, é preciso fazer a análise dos seus gastos internos, dos seus subsídios, do porte das suas estruturas de suas empresas e seus respectivos investimentos, bem como das arrecadações dos recursos tributários.

No tocante à confiabilidade da moeda, observa-se o seu valor de mercado, as taxas inflacionárias e a liberdade de transacionar recursos em contas bancárias em moedas estrangeiras.

Por sua vez, a segurança jurídica proporcionada pelo sistema jurídico envolve a preservação dos direitos e dos deveres com justiça, a imparcialidade e a independência judiciais, a integridade da aplicação do ordenamento jurídico, a respeitabilidade dos contratos, a confiabilidade na segurança pública, a extensão da regulação dos negócios e do custo das práticas criminosas nas negociações comerciais.

Já a regulação abrange mercado de trabalho, mercado de crédito e o regramento dos negócios, observando as exigências administrativas, o custo burocrático, as afetações causadas pelas obrigações fiscais e por desvios administrativos indevidos.

Associado a tudo isso insere-se a livre comercialização nacional e internacional, calculadas as tarifas correspondentes aos negócios, as barreiras de regulação comercial, os cálculos originados dos desvios do mercado negro e o controle da movimentação de recursos humanos e de capitais.

Não bastasse tamanha complexidade, tudo isso deve ser considerado além da simples existência de cada Estado. Diante da globalização e da regionalização internacionais, regiões e grupamentos de interesse devem ser igualmente considerados,

tais como as áreas dos continentes, os blocos econômicos (Mercosul; União Europeia; Nafta; Aliança do Pacífico; Aliança Nórdica), as organizações colaborativas estatais (OCDE; G8; G20; Top 10 IDH; Top 10 PIB).

Análise de Impacto Regulatório

A Análise de Impacto Regulatório⁹, em inglês *Regulatory Impact Assessment* ou também *Regulatory Impact Analysis* (RIA), tende a ser ao mesmo tempo uma *ferramenta* crítica e um *processo decisório* para subsidiar decisões políticas a serem tomadas em se e como a regulação alcança os objetivos das políticas públicas.

Enquanto uma *ferramenta*, a RIA sistematicamente examina os potenciais impactos das ações governamentais questionando seus custos e benefícios, a efetividade das ações para alcançar seus objetivos e se existem alternativas melhores aos governos.

Já como um *processo decisório*, a RIA é integrada com sistemas de consultas, políticas de desenvolvimento e procedimentos regulatórios nos governos de modo a informar preventivamente sobre os efeitos esperados das propostas regulatórias, de sorte que tal informação possa ser utilizada pelos tomadores de decisão, além prestar informações posteriores a fim de auxiliar governos na avaliação das regulações existentes.

Conforme escreve Bagnoli: “O racional econômico para o uso de RIA deriva do seu impacto esperado no aumento da eficácia e eficiência das intervenções reguladoras e, portanto, o bem-estar econômico. A sua capacidade de melhorar a base

⁹ in BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226-227

de informação para a tomada de decisões é um dos meios pelos quais tem este impacto, ao passo que o seu papel no reforço da transparência é outro”¹⁰.

Interessante observar que em 2016 a autoridade de concorrência do México – COFECE, juntamente com o Ministério da Fazenda, a Comissão Federal de Aprimoramento Regulatório e o Instituto Nacional dos Empreendedores lançaram um concurso para identificar e premiar o obstáculo regulatório mais absurdo para a competição e empreendedorismo.

Durante um ano, cidadãos e empresários acessaram a página web da COFECE para registrar as disposições legais dos níveis municipal, estadual ou federal em vigor no território mexicano, para especificar quais regulações consideravam limitadores da concorrência ou ao empreendedorismo, explicando porque acreditavam que tala regulação era injustificada e, se fosse o caso, como tal medida impediu o empreendedorismo ou capacidade de competir.

Este Prêmio permitiu aos cidadãos e empresários apontar os obstáculos regulatórios que, na sua experiência e opinião, afetavam o impulso empresarial e a dinâmica competitiva.

A iniciativa permitirá que COFECE trabalhe junto a outros organismos públicos na eliminação de obstáculos regulatórios injustificados e na criação de quadros legais que promovam a concorrência e o empreendedorismo.

Além disso, a COFECE segue atuando para eliminar obstáculos regulatório que comprometem a concorrência¹¹.

Por fim, vale observar a iniciativa do Governo Federal que, por meio da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – SAG colocou em consulta pública (Consulta Pública nº 01/2017) para recebimento de sugestões às

¹⁰ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

¹¹ <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/promocion/reporta-obstaculo> (acessado aos 30-10-2017)

propostas de DIRETRIZES GERAIS E ROTEIRO ANALÍTICO SUGERIDO PARA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – DIRETRIZES GERAIS AIR e de GUIA ORIENTATIVO PARA ELABORAÇÃO DE AIR – GUIA AIR¹².

O objetivo de tal iniciativa foi permitir que as propostas elaboradas pela SAG, em conjunto com representantes das 10 Agências Reguladoras Federais, incluindo a autoridade de concorrência - CADE, dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Inmetro, fossem avaliadas pela sociedade em geral para o seu aperfeiçoamento.

As Diretrizes Gerais e o Guia AIR são a materialização de discussões técnicas e possuem orientações gerais que buscam consolidar e padronizar duas das principais ferramentas frequentemente mencionadas na literatura especializada como fundamentais para a regulação de alto nível, quais sejam: (i) a realização de AIR previamente à adoção ou alteração de atos regulatórios; e (ii) a integração de mecanismos de participação social no processo regulatório.

Bibliografia

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DALLARI JÚNIOR, Hécio de Abreu. *Teoria Geral do Estado Contemporâneo*. São Paulo: Editora Rideel, 2008.

FARIAS, Luiz Alberto (org.). *Relações públicas estratégicas*. São Paulo: Summus, 2011.

GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Direito e Economia – Democracia Política e Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹² <http://www.regulacao.gov.br/agenciasreguladoras/consulta-publica/consulta-publica-001-2017>

<http://www.regulacao.gov.br/agenciasreguladoras/consulta-publica/consulta-publica-001-2017>

<https://www.cofece.mx/cofece/index.php/promocion/reporta-obstaculo> (acessado aos 30-10-2017)

KÜNG, Hans; e SCHMIDT, Helmut. Uma ética mundial e responsabilidades globais. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado – cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MACIEL, Marco. Tempos de Mundialização. Brasília: Senado Federal, 2006.

METCALFE, Les; e RICHARDS, Sue. Improving Public Management. London: European Institute of Public Administration, Sage Publications, 1990.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser Gonçalves; e SPINK, Peter Kevin. Reforma do Estado e administração pública gerencial. São Paulo: FGV Editora, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. “As Agências Reguladoras no Direito brasileiro: origem, natureza e função”, in Revista Trimestral de Direito Público, vol. 23. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 124 a 128.

SANTOS, M. P. G. Estado e os problemas contemporâneos. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

SILVA, César Augusto Tibúrcio (organizador). Custos no setor público. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.