

ENTES DE REGULAÇÃO: UMA PERSPECTIVA ATUAL DO MODELO JURÍDICO-ECONÔMICO BRASILEIRO

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Uma tentativa de definição – 3 Causas justificadoras da regulação – 4 Princípios informativos – 4.1 Princípio do acesso necessário – 4.2 Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado – 4.3 Realização da universalidade e maior qualidade dos serviços públicos – 5 As denominadas agências reguladoras – 5.1 Definição crítica – 5.2 Os poderes das agências: a problemática do poder normativo – 6 O novo Estado regulador brasileiro – 6.1 O modelo econômico adotado – 6.2 A problemática das agências reguladoras – 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Hoje, um dos grandes temas objeto de estudo dos juristas, sobretudo dos administrativistas, são os questionamentos concernentes às chamadas agências de regulação ou reguladoras. Conquanto se trate de uma preocupação cadente, a concepção de regulação, em sua essência, não apresenta novidade, porquanto de há muito, no contexto brasileiro, v.g., vislumbra-se o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, como autêntico órgão estatal de regulação econômica. De igual medida, sublinhe-se que o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE cumpria a finalidade, hoje, outorgada à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Podem-se, ainda, sublinhar as funções regulatórias do Banco Central do Brasil, criadas pela Lei nº 4.595 de 31.12.1964.

Nessa perspectiva, ousamos discordar de Cuéllar (2001), que assevera que tais entes, apesar de terem função reguladora, distinguem-se das atuais agências.

Em verdade, o foro de atualidade do tema deve-se ao modelo adotado e à realidade econômica vivenciada pela maioria dos Estados, marcados notadamente pelo princípio da subsidiariedade, vale dizer, a ação estatal só se justifica pelos pressupostos da imprescindibilidade, garantindo-se ao particular o exercício direto da atividade econômica, e, ao Estado, as atribuições de regulador.¹

Sobreleva notar, nesse sentir, a necessidade do desenvolvimento de

¹ Como bem ressaltado por Cuéllar (2001), o princípio da subsidiariedade foi formulado pela doutrina social da igreja Católica, especialmente nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961) e *Centesimus Annus* (1991).

uma teoria como resposta às muitas e múltiplas inquietações.

Nem se diga, nesse sentir, que a regulação econômica é típica de um modelo econômico planificado. Trata-se de uma ilação equivocada. A regulação manifesta-se com maiores fundamentos e estrutura, notadamente, em economias ditas de mercado. Nesse diapasão, é o exemplo dos Estados Unidos da América,² com maior histórico e instrumentos em aperfeiçoamento constante de regulação. A propósito, adverte Sundfeld (2000) que:

Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, quer por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina na década de 80).

Gallot (2001, p. 5), com muita propriedade, assevera que *“Il est vrai que la libéralisation génère un besoin croissant de régulation.”* E, citando Elie Cohen, cunha a idéia de *“capitalisme régulé”*.

De igual sentir, Marques Neto (2000, p. 75), ao asseverar que a “[...] transferência ao setor privado de ativos estatais ou mesmo de serviços públicos não significa, portanto, desregulação.”

Oportuna, no mesmo sentido, é a consideração de Mercado Pacheco (1994, p. 73):

[...] pero el mercado como esfera libre de toda configuración jurídica es una ficción, de la misma forma que es ficticia la identificación de la regulación con la fase del intervencionismo estatal en la economía, como su contrapartida. La ‘autonomía’ del mercado no sig-

² Sobreleva notar que as agências reguladoras são antigas no Direito americano, sendo que a primeira agência, a *Interstate Commerce Commission* – ICC, foi instituída em 1887 (CUSHMANN, 1972; BERNSTEIN, 1955).

nifica ausencia de regulación; antes bien, el mercado es una esfera regulada, aunque esa regulación sea una regulación mediante no intervención. Las normas reguladoras del mercado operan a un nivel que podríamos llamar 'constitucional'.

Como se depreende, o estudo dessa Teoria da Regulação, no dizer de Salomão Filho (2001), demanda o afastamento de alguns equívocos, perpassando, no plano do Direito Administrativo e do Direito Econômico, pela nossa tentativa de definição de regulação, as suas causas justificadoras, princípios informativos, a caracterização dessas agências, a natureza de seus atos, a problemática do poder normativo, tudo sob um enfoque crítico da realidade nacional vivenciada.

Impende notar que Camargo (2000, p. 57), ao dissertar sobre a ação das agências de regulação, bem acentua, nesse sentir, a fronteira tênue entre o Direito Administrativo e o Direito Econômico, *verbis*: “Ao Direito Administrativo interessará a caracterização destas entidades, a natureza dos atos que praticarem, os procedimentos que conduzirão. É o Direito Econômico que, sem dispensar o concurso do Direito Administrativo, permite a compreensão de suas atividades.”

Em verdade, se não pugnamos, como alguns ilustres estudiosos, pela disciplina autônoma do denominado Direito Administrativo Econômico, não podemos olvidar, na esteira da melhor análise do temário proposto, a interdisciplinariedade dessas disciplinas da ciência jurídica.

2 UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

Quando se inicia o estudo de determinado instituto, logo sobrevém uma natural inquietação concernente à sua definição.

Diverso não ocorre com a regulação. Nesse sentido é a percepção de Gallot (2001, p. 5) ao asseverar que:

La régulation est aujourd'hui un concept à la fois mystérieux, fourre-tout et catalogué. Il est donc à la fois très employé et très critiqué, probablement parce que l'on ne sait pas exactement ce qu'il recoupe et aussi en raison de son origine et de son acception anglo-saxonnes. Celle-ci est d'ailleurs fondatrice d'une autre ambiguïté puisqu'une traduction anglaise du mot 'régulation' donnera 'réglementation' ce qui n'est qu'une partie de la vérité.

Contudo, consoante já exposto, a idéia de regulação não é novidade. Nada mais é que “*une modalité de l'action publique*.”

Venâncio Filho (1968, p. 16), em sua clássica obra, a partir da perspectiva de Direito Econômico proposta por Bernard Chenot, distinguia o *Direito Regulamentar*, “no qual o Estado desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do *Direito Institucional*, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico.”³ (grifo nosso).

Destarte, podemos aproximar regulação a uma forma de ação do Estado no domínio econômico, ação indireta, com fundamento, em nosso ordenamento jurídico, no art.174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, [...]”

Com efeito, a regulação, no dizer de Sundfeld (2000, p. 23), é “[...] característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade.”

E, hoje, como bem preleciona Baldwin (1998, p. 4) a regulação “[...] tornou-se uma forma central de intervenção do estado na economia.” Não se podendo, segundo Fonseca (2000, p. 257), “[...] afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo, pois que ele passa a atuar como o garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulamentação dos comportamentos humanos.”

Cumpre-nos, dessarte, perquirir as causas justificadoras dessa intervenção, bem como os princípios que a informam.

3 CAUSAS JUSTIFICADORAS DA REGULAÇÃO

Em síntese, a causa fundamental da regulação se consubstancia na promoção e garantia da economia, na sua concepção de livre e mais justa circulação de riqueza.

Breyer (1982), enumera, em resumo, a principal causa justificadora da regulação: controle do monopólio, com vistas à promoção de um mercado realmente competitivo, promovendo, inclusive, a mudança da distribuição de riqueza e rendimento.⁴

³ Confira, também, a nomenclatura de *intervenção imediata e mediata* defendida por Moncada (1988, p. 33).

⁴ “Moreover, intervention – or rearrangement of rights and liabilities – changes the distribution of wealth and income.”

Salomão Filho (2001, p. 15) adverte que, no campo econômico, “[...] a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento de concentração econômica.”

Daí, a relevante e estrita conexão da regulação com a concorrência.

O Estado, quando atua no domínio econômico, por intermédio de sua *mão visível*, deve objetivar a melhor satisfação dos interesses do homem, centro do ordenamento jurídico, consubstanciados na mais justa produção e circulação dos bens econômicos.⁵

Nessa medida, a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica da regulação, pelo manifesto reducionismo, não podem justificar a regulação. Em verdade, é a busca do interesse público, na expressão de conformação e correção do mercado, causa principal da ação indireta do Estado. A razão é a “[...] igualdade jurídica material e não meramente formal entre todos os agentes econômicos. [...] A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação.”(SALOMÃO FILHO, 2001, p. 30).

E, no plano essencialmente do Direito Administrativo, poderíamos justificar a *regulação* pela necessária busca do equilíbrio entre o interesse do concessionário do serviço público, consubstanciado no lucro, e o interesse da coletividade, dos usuários, na universalidade e melhor qualidade desse serviço.

E o exercício dessa regulação é informado por alguns princípios, objeto da exposição seguinte.

4 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

Os princípios informativos da regulação econômica têm em comum a garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos, condições de acesso e permanência no mercado. Dessarte, em qualquer setor da economia objeto de regulação, mister a observância dessa realidade.

Partindo dessa premissa, Salomão Filho (2001, p. 51) enumera os princípios do *acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado*, ressaltando que uma “[...] regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico.”

4.1 Princípio do acesso necessário

⁵ Lorenzetti (1998, p. 144) pugna pelo princípio segundo o qual a “pessoa é o centro do ordenamento jurídico.”

A regulação, como já sublinhado, tem por escopo a promoção de um mercado realmente competitivo. Daí, a premência de uma igualdade material, e não meramente formal, de todos os agentes econômicos. A todos deve ser assegurado o acesso ao mercado.

Dentro dessa perspectiva, Salomão Filho (2001, p. 54) cita, com muita propriedade, a chamada *essential facility doctrine* como elemento de aproximação entre a teoria regulatória e a disciplina *antitruste interventiva*: A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem.

Sobreleva, nessa medida, a intervenção regulatória ativa que possibilite condições materiais de acesso ao mercado, com manifesta repercussão nos interesses dos consumidores. Nesse sentido, prossegue:

A outra face da regulação das situações de posição dominante está exatamente na estruturação da forma de atendimento ao consumidor. Se a rede é a única, o problema principal desse atendimento passa a ser a maneira pela qual é possível e/ou viável a organização do acesso de todos os consumidores à rede. A questão do acesso adquire, então, aqui, o codinome de problema da chamada universalização, aplicável a todos os setores regulados em que há dependência de uma canal principal de acesso.

4.2 Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado

Dada a relevância do acesso ao mercado, não se pode opor, singelamente, à *essential facility doctrine* a tese do direito de propriedade, porquanto, em nosso ordenamento jurídico, esse direito não se apresenta de forma absoluta.

A propriedade, consoante art. 5º, XXIII, da Constituição da República de 1988, deve atender a sua função social. Destarte, “[...] ao se falar em bens de acesso, a função social significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso.” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 16).

A regulação orienta-se, nessa perspectiva, pela garantia de acesso dos vários concorrentes ao mercado, por intermédio da restrição do direito de propriedade do titular da rede. Essa restrição, por sua vez, deve ser mínima, na

medida suficiente de garantia desse ambiente competitivo de mercado, ou, no dizer de Breyer (1982, p. 341), uma “*procompetitive/less restrictive alternative*.”

4.3 Realização da universalidade e maior qualidade dos serviços públicos

E a consecução desses princípios do *acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado*, pugnando por um mercado realmente competitivo, realiza, de igual modo, duas aspirações dos usuários dos serviços públicos outorgados, vale dizer: a *universalidade e a melhor qualidade*.

Com efeito, se precedendo ao procedimento licitatório, podemos vislumbrar vários agentes, em igualdade notadamente técnica, com condições efetivas de concorrer e prestar determinado serviço público, diversa não é a conclusão, sem maiores incursões lógicas, quanto ao melhor atendimento dos interesses da coletividade.

De outra ponta, podemos inferir, de igual modo, a ação de regulação na execução dos contratos, seja pelos instrumentos de fiscalização, seja pelo controle da política tarifária, no difícil mister do equilíbrio de interesses.

Nessa medida, podemos observar a relevância da ação estatal de regulação em duas distintas oportunidades; a primeira, buscando promover um mercado realmente competitivo; a segunda, mediante a fiscalização da execução do serviço público e o difícil controle da política de preços.

Como se vislumbra, quando se fala em regulação da atividade econômica, podemos antever a conformação tanto dessa atividade em seu sentido estrito, quanto dos serviços públicos na clássica definição do Direito Administrativo. Com efeito, a regulação estatal tem efeito imediato sobre as condições de prestação de serviço público, seja no aspecto preventivo (prudencial) de mercado, proporcionando maiores e melhores competidores, seja no aspecto da execução contratual, objetivando a manutenção e preeminência do interesse público. Ou, na conclusão de Cuéllar (2001, p. 62), “[...] a regulação deve almejar assegurar a qualidade do serviço, proteger o usuário e defender a concorrência.”

5 AS DENOMINADAS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 Definição crítica

A forma pela qual o Estado se faz, indiretamente, presente no mercado, consubstancia-se nas ditas *agências reguladoras*.

Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação *americana*

regulatory agencies. Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de conselhos,⁶ em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada.

Interessante notar que a Carta da República não faz referência ao termo agência reguladora e, sim, a órgão regulador. A propósito, arts. 21, XI, e 177, § 2º, III.

Nessa cultura de infirmar a tradição, *destruindo sem a perspectiva de aperfeiçoar*, já foram criadas, em nosso ordenamento, no plano federal, as seguintes *agencies*: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472, de 16.07.1997); Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17.07.2000); Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427, de 26.12.1996); Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9.478, de 06.08.1997); Agência Nacional de Saúde – ANS (Lei nº 9.961, de 28.01.2000); Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26.01.1999).⁷

Todos esses entes reguladores foram criados sob a forma jurídica de autarquia, alguns com maior intensidade, com problemas estruturais, consoante exposição seguinte.

5.2 Os poderes das agências: a problemática do poder normativo

Sob essa epígrafe, Fonseca (2000) faz duas cadentes indagações: sendo independentes, as agências cingir-se-iam à política governamental? Segundo, na esteira do poder normativo, poderiam editar normas e, por conseguinte, determinar sanções?

A resposta a essas indagações perpassa pela análise do ordenamento jurídico em que estão inseridas.

Em nosso caso, sobreleva o princípio da legalidade de extração constitucional, tão bem delineado pelos estudiosos.

Nesse diapasão, como resposta notadamente à segunda indagação, teríamos como limite ao poder normativo dos órgãos reguladores o conteúdo e

⁶ Nesse sentido, não se furtou o ordenamento jurídico português à tradição de manutenção dos Conselhos.

⁷ Oportuna é a observação de Fonseca (2000), segundo a qual o Banco Central do Brasil sempre teve funções de regulação e de controle. Sublinhe-se a existência, hoje, de outros entes federais. No plano estadual, podemos citar, entre outras, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei nº 7.314, de 19.05.1998), Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Ceará – ARCE (Lei nº 12.786, de 30.12.1997), Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG (Lei nº 12.999, de 31.07.1998), Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei nº 10.931, de 09.01.1997) e Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ (Lei nº 2.686, de 13.02.1997). No plano municipal, sobreleva a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro do Itapemirim – ES (Lei nº 4.798, de 14.07.1999).

alcance da legislação. Com efeito, em que pese o declínio do princípio da generalidade da lei, sobretudo em razão da complexidade e celeridade dos fenômenos econômicos, mister ressaltar a proibição dos ditos atos normativos autônomos. Oportuna é a advertência de Mello (2001, p. 75), segundo a qual “[...] *a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros.*” (grifo nosso).

Destarte, os órgãos reguladores podem editar normas e, por consequência, impor sanções, desde que presentes os fundamentos e limites legais. No mesmo sentido, Sundfeld (2000) e Breyer (1982, p. 350).⁸ E tais atos, de manifesta natureza administrativa, a teor do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se eximem do *Judicial review*.⁹

Ainda que, por mera hipótese, se admitisse regulamentos autônomos, mister é a observação de Cuéllar (2001, p. 124):

[...] reconhece-se que os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo. Ainda que autônomos, os regulamentos são atos administrativos, hierarquicamente subordinados à lei e à Constituição – cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente.

Quanto à política governamental, percuciente é a conclusão de Marques Neto (2000): “A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo.”

Irretocável a observação. As ações do órgão regulador cingem-se a decisões de ordem estritamente técnica, não se motivando por determinações de cunho político, em sua acepção mais negativa.

Segundo Cuéllar (2001), “[...] agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia.”

⁸ “The agency could order private persons to act or to refrain from acting only as authorized by specific laws, through which Congress controlled agency action.”

⁹ “Judicial review had to be available to ensure that the agency did not overstep the bounds set out in its legislation. 4. Agency procedures had to facilitate the exercise of this judicial review.”

E essa independência deve apresentar-se, outrossim, em relação aos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, sob pena do conhecido fenômeno da captação. A propósito, diverso não é o entendimento sufragado por Marques Neto (2000):

Obviamente, o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Isso não significa que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralidade de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém em que pese a manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela, dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados. [...] Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: I) a estabilidade dos dirigentes; II) a autonomia de gestão do órgão; III) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; IV) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância do governo; V) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

E o melhor exercício desse poder independente dos entes reguladores, a despeito do cuidado sublinhado, pressupõe, outrossim, a seleção de pessoal capacitado, mudanças nos procedimentos administrativos, sempre com observância do devido processo legal e possibilidade de controle jurisdicional, tudo como ressaltado por Breyer (1982) em conclusão de sua obra *Regulation and its reform*.

6 O NOVO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

6.1 O modelo econômico adotado

Nosso modelo constitucional econômico, como é de trivial sabença, deu primazia à ação indireta do Estado, consubstanciada nas funções de *planejamento, incentivo e fiscalização* da atividade econômica, consoante disposto no art. 174, *caput*, da CF/88.

Essa opção constitucional, contudo, não tem sido exercida sem maiores atropelos, sendo freqüentes as críticas de toda sociedade.

Esses questionamentos, conforme sublinhado, devem-se, não à opção constitucional em si, senão ao exercício levado a cabo pelo Poder Executivo.

Com efeito, há muito se encontram esquecidos os valores e princípios insculpidos no art. 170 da CF/88, realiza-se a concepção do Estado mínimo sem a preocupação do centro de todas as ações, vale dizer, a pessoa humana.

A execução do chamado projeto neoliberal se faz de forma, no mais das vezes, equivocada. A transferência dos ativos do setor público para o privado se faz sem um maior planejamento. Ausentes se afiguram garantias de investimentos estruturais. As funções constitucionais de planejamento, incentivo e fiscalização ressaem como meras formalidades sem substrato fático, basta ver a conhecida e recente crise de energia elétrica.

Nessa perspectiva, vislumbramos, no plano institucional, a inflação das chamadas agências reguladoras que, sob uma nova denominação, retratam uma problemática antiga, objeto do nosso item final.

6.2 A problemática das agências reguladoras

Segundo exposição anterior, podemos apontar, no plano federal, a criação, entre outras, das seguintes *agencies*: ANATEL, ANA, ANEEL, ANP, ANS e ANVISA.

A despeito da nomenclatura distante da nossa cultura jurídica, os presentes entes de regulação, alguns com maior intensidade, apresentam sérios problemas estruturais, entre os quais salientamos: a) *ausência de independência*; b) *deficiência na formação do corpo técnico*; c) *ausência de uma cultura de regulação*.

A independência serve para que o órgão regulador seja *um instrumento de política governamental*, e não *um instrumento de política de um governo*. Infelizmente, essa garantia não se faz presente como seria necessária. Nesse diapasão, é, *v.g.*, a realidade do setor de saúde, em que, muitas das vezes, a ANS, em manifestação de captura, vem defendendo os interesses de administradoras de seguro e planos de saúde. Em igual medida, a realidade vivenciada pelo setor de energia elétrica, em que medidas de planejamento não foram realizadas e executadas por motivações de conveniência política, chegando-se ao ponto de própria inviabilização do chamado Mercado Atacadista de Ener-

gia Elétrica – MAE, em razão única da intervenção atropelada do Estado.¹⁰ Oportuna é a conclusão de Dutra (1997, p.11), segundo a qual “No Brasil é expressiva a resistência em admitir-se a regulação independente como a melhor forma de servir ao interesse público.” E, mais adiante, adverte: “No Brasil, a força do autoritarismo, próprio de nossa tradição política, expressa quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo e no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que regem a administração pública, esteve na base da criação dos órgãos reguladores, iniciada na ditadura Vargas.”

Quanto ao corpo técnico, é manifesta a deficiência, tudo como consequência da ausência de uma mudança planejada pela opção reguladora. Trata-se da problemática concernente à cultura de regulação.

Em verdade, conquanto a essência da regulação não seja nova, o modelo constitucionalmente adotado e a realidade econômica vivenciada afiguram-se diversos. Daí a impossibilidade de aplicabilidade de princípios administrativos e mecanismos já ultrapassados. O modelo é novo e a realidade também, sendo premente uma necessidade de aperfeiçoamento e ajustamento, tudo, segundo Breyer (1982, p. 341), mediante uma reforma compassada e individualizada (*encouraging step-by-step reform*), *verbis*:

The focus is on the individual program.

[...]

These include efforts to attract better personnel, to improve agency procedures, to restructure the relationship of the agency to other parts of the government, and to encourage substantive reform.

7 CONCLUSÃO

A regulação, em sua essência, não se afigura como novidade em nosso ordenamento jurídico. O novo é a sua inserção no modelo econômico constitucionalmente adotado, são os desafios de ordem estrutural, é a sensibilidade necessária para aperfeiçoar os mecanismos existentes, pensar melhor as estratégias de implementação, tudo com apelo crítico, sem apego à cultura de tudo copiar e destruir.

O propósito de nosso trabalho é contribuir com esse espírito crítico, mediante essa análise interdisciplinar,¹¹ compreendendo a finalidade e inserção, em nosso ordenamento jurídico-econômico, dos entes reguladores, a natureza e o alcance de seus atos, bem como o controle dos mesmos, tudo sem

¹⁰ Nesse sentido, reportagens da Folha de São Paulo, de 23 de maio de 2001, p. B-5 intitulada *Mercado de energia pode ter intervenção*; e, mais recentemente, de 10 de janeiro de 2002, p. A-1 e p. B-1, noticiando a extinção do MAE e maior intervenção estatal.

¹¹ Como assevera Salomão Filho (2001, p. 11) “o método interdisciplinar de análise é imperativo em matéria de ciência sociais.”

prescindir da teoria clássica do Direito Administrativo.

Trata-se, como se vislumbra, de exposição inacabada, cujos contornos são desenhados pela mutante realidade da economia, pela prática rotineira de todos aqueles incumbidos da política econômica de regulação, sem nos descurarmos, notadamente, da contribuição jurisprudencial na apreensão de certos conceitos e atribuições, a mais não poder, fugidios.

Referências Bibliográficas

BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955.

BREYER, Stephen G. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CUSHMANN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. New York: Octagon Books, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 12, p. 11-18, jan./mar. 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, n. 119, jan./fév. 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis económico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio económico: o direito público económico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.