

REGULAÇÃO POR AUTORIDADES INDEPENDENTES*

Marcos Juruena Villela Souto**

A evolução da tecnologia, facilitando o contato entre os homens, ampliou o volume de negócios, forçando a redução de barreiras comerciais e a adoção de novos padrões de eficiência, calcados na competição e não mais nos monopólios. A promoção e a defesa da competição representam a essência da atividade regulatória, com vistas ao funcionamento eficiente dos mercados.

A regulação é relacionada à execução de uma política pública, que tem na lei a manifestação da vontade da sociedade e a fixação das diretrizes para o desenvolvimento de um determinado segmento.

Isto vai se dar no exercício da *polícia administrativa*, que é a limitação da liberdade individual em prol do interesse coletivo, no atendimento das necessidades coletivas ou da prestação dos serviços de interesse geral, na intervenção do domínio econômico ou no ordenamento social².

Cada uma dessas atividades vai comportar, respectivamente, um nível distinto de regulação. A noção de *eficiência* vai abranger um objeto *seguro*, um serviço *adequado*, um mercado *livre* e uma oferta de bens e serviços *indispensáveis*.

O importante é entender que para todas essas atividades existe uma estrutura administrativa, que pode ser centralizada, a chamada Administração Direta, ou de forma descentralizada.

A descentralização é um princípio da Administração Pública e pode se dar por lei, criando ou autorizando a criação de entidades na Administração Indireta, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, ou por ato administrativo, criando um vínculo de colaboração entre o Poder Público e o setor privado.

* Palestra proferida no Encontro de Integração promovido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar no dia 10 de julho de 2002, no Rio de Janeiro.

** Doutor em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho (RJ); Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

1 O poder de polícia é uma das funções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

2 No ordenamento social se insere constitucionalmente a preocupação estatal com o segmento da saúde, seja ela pública, seja ela privada.

O momento histórico que levou ao surgimento do Estado Regulador decorre de uma enorme evolução estrutural da Administração Pública. A sociedade não tinha mais meio de custear o funcionamento de tantas estruturas administrativas que se criavam para o atendimento dos interesses gerais. Então a opção passou a ser pelo investimento no atendimento do interesse público com recursos oriundos do setor privado. A idéia é que, com o mesmo volume de recursos públicos (sem, portanto, que a sociedade seja obrigada a financiar o *deficit* público, ou a suportar uma emissão de moeda, ou a pagar uma carga tributária maior) se atenda a um conjunto igual ou maior de interesses da coletividade envolvida. Portanto, a opção passou a ser buscar a participação privada no atendimento de interesses coletivos relevantes.

Para que isso ocorra é necessário criar um cenário favorável para o investimento. Logo, a idéia de reforma do Estado não é relacionada apenas à mudança da máquina administrativa e o seu consequente custeio. É necessário percorrer uma etapa anterior, de repensar o que deve caber ao Estado e o que deve caber à sociedade. Isso se faz à luz do Princípio da Subsidiariedade, por força do qual só se passa ao Estado aquilo que a sociedade, pelas suas próprias forças, não consegue solucionar.

No Brasil, o elemento jurídico identificador dessa noção de subsidiariedade deveria ser um plano de desenvolvimento econômico (CF, art. 174), por meio do qual se identifica, num *diagnóstico*, onde estão as carências e expectativas da coletividade, para, então, se propor um *prognóstico* definindo ações para o tratamento dessas.

Presente o interesse público, não se deve criar, imediatamente, uma estrutura administrativa para qualquer tipo de atividade, mas somente para aquela cuja relevância no atendimento de interesse geral tenha sido detectada pelo processo democrático, fruto de um planejamento responsável com vistas ao atendimento dos interesses gerais.

Repensadas as funções do Estado, à luz do Princípio da Subsidiariedade e com base na idéia de desenvolvimento com vistas à concretização dos interesses relevantes, passa-se a pensar na sua estrutura. Quanto a este aspecto, num cenário em que há uma insuportabilidade no custeio de toda máquina administrativa existente, o que se busca é a redução do tamanho da máquina pela via da Desestatização.

A desestatização é o gênero, da qual são espécies a privatização, as concessões, as permissões e a terceirização.

A privatização é, tão-somente, uma venda de patrimônio público para o setor privado. Pela via das concessões e permissões de serviços públicos se transfere, apenas, a execução de um serviço a um particular, que passa a prestá-lo sob normas e sob controle estatal. Pela via da terceirização nem mesmo se transfere a gestão pública ao particular, mas, somente, se admite que o Estado busque insumos privados para que ele próprio atenda a interesses públicos.

Há, contudo, um limite para essa transferência de competências públicas para o setor privado, o que exige uma análise das funções estatais, que se dividem em quatro grupos.

O primeiro grupo de atividades é o da formulação das políticas públicas, que vem a ser, exatamente, a idéia do planejamento, com identificação das carências e das expectativas que a sociedade espera ver atendidas pelo Estado. Isso deveria começar no momento em que um partido político se submete a um processo eleitoral e faz a identificação de quais ações são propostas para atendimento dos problemas.

Teoricamente, o diagnóstico das carências e expectativas da sociedade em relação ao Estado vai ser o mesmo, qualquer que seja o partido que esteja se submetendo à eleição; o que vai variar é o conjunto de ações propostas para o seu tratamento. A Constituição brasileira de 1988 comporta tanto propostas de um Estado maior quanto de um Estado menor; o que varia, portanto, é a ideologia da proposta eleitoral no processo democrático.

A formulação de políticas públicas cabe àqueles que recebem diretamente da sociedade o poder de traduzir essas propostas de ação em um programa de ação estatal. Daí porque, por força do princípio democrático, esse tipo de atividade é inalienável, intransferível do setor público para o setor privado, sob pena de se violar a própria democracia.

Para se implementar essas políticas públicas, pode ou não ser indispensável a presença do Estado. O elemento divisor de águas é a necessidade do uso da autoridade, ou seja, a necessidade do uso da imposição, da subordinação de um interesse individual a um interesse geral. Toda vez que a vontade privada tiver que ceder ou se condicionar à vontade geral ou de uma coletividade, só poderá ser obrigada pela via de uma estrutura de Direito Público e, portanto, uma estrutura na Administração Direta ou, se descentralizada, só se admite a opção para uma estrutura autárquica. Não cabe tal poder de império ser exercido por uma empresa pública ou por uma sociedade de economia mista, posto que, no direito brasileiro (CF, art. 173, § 1.º, II), ainda que integrantes da Administração, têm personalidade jurídica de direito privado (que lida com relações de *coordenação* entre interesses no mesmo plano). As relações regidas pelo Direito Público envolvem *subordinação* do interesse individual ao interesse geral. Daí porque o "*poder de império*" não pode ser alienado ou transferido.

A *contrario sensu*, poderá ser gerido por um particular o interesse que não exija o uso de autoridade. Portanto, na implementação das políticas públicas, sem exclusividade do Estado, pode-se fazer a parceria com o setor privado pela via das concessões, das terceirizações³, das permissões, dos contratos de gestão com organizações sociais, de termos de parcerias com organizações da sociedade civil de interesse público.

3 O Programa de Desestatização do Estado do Rio de Janeiro previu terceirizações de hospitais públicos, que passaram à administração de uma empresa do setor privado (que colocava médicos, equipamentos, toda a estrutura, enfim, tudo contratado sob regime de direito privado, sem concurso

No que concerne à implementação das políticas públicas com exclusividade do Estado, a diretriz no programa de reforma é a criação de agências autônomas, que são de dois tipos: as agências reguladoras e as agências executivas. Estas, como já diz o próprio nome, implementam, diretamente, a política pública (sendo título que resgata um conceito tradicional do que seja uma autarquia).

O que ainda é tratado como novidade é a figura da agência reguladora, porque, ao contrário da agência executiva, tem um papel de orientar a execução privada do atendimento do interesse geral; portanto, não se transfere, sem uma disciplina estatal, o atendimento de um interesse geral a um agente privado.

Por outro lado, por força do princípio da livre iniciativa, não se deve invadir, ilimitadamente, segmentos do setor privado, sem um método para conceituá-lo como relevante. Essa identificação de relevância, por força do Princípio da Subsidiariedade, deve se fazer na formulação das políticas públicas.

Para que o setor privado execute ações tidas como relevantes é que se desenvolve a orientação estatal, impositiva, pela via da regulação.

Daí ser recomendável que a agência reguladora tenha a forma autárquica, porque ela vai interferir em liberdades privadas de execução de atividades econômicas ou sociais que são de interesse da coletividade.

A regulação do atendimento privado de interesses públicos é uma técnica mais branda que o Estado tem como alternativa à criação de empresas estatais, cuja existência excepciona o princípio da abstenção do exercício de atividades econômicas. Assim, ao invés de criar uma entidade concorrente com o setor privado, ele informa, impositivamente, como devem operar as entidades da sociedade e do setor empresarial privado de modo que se atenda o interesse da coletividade.

Não sendo suficientes, surge a excepcional legitimidade para as atividades de produção de bens e serviços para o mercado, no qual o Estado, notoriamente, compete com o setor privado. Estando este aparelhado e sendo eficiente, o Princípio da Subsidiariedade não autoriza o Estado a exercer a atividade econômica. A diretriz para esse tipo de atividade é a privatização.

e sem licitação). Isso chegou a ser considerado uma fuga ao regime publicístico de contratação e uma alienação de um dever essencial do Estado de prestar os serviços de saúde. Ocorre que as ações de saúde pública representam o atendimento de uma política pública e devem ter a participação estatal, por envolver o atendimento de expectativas e carências da coletividade. Não necessariamente os serviços de saúde precisam ser executados por médicos concursados pelo Poder Público, com uso de equipamentos, remédios, empresas de limpeza e vigilância contratadas pelo Poder Público. O que cabe ao Poder Público é colocar o hospital público à disposição da sociedade. A saúde é dever do Estado, de acordo com o artigo 196 da Constituição. Ao mesmo tempo o Estado pode terceirizar (CF, art. 197). Simplesmente o que se fez foi a obtenção de insumos privados para a gestão de uma política pública que não exige exclusividade do Estado. Afinal, não há, para tanto, necessidade do uso do "*Poder de Império*" do Estado sobre o particular.

O Estado, ao deixar de ser executor de atividades, passa a ocupar um segmento que até então não ocupava, o de orientação das empresas no setor privado. Exige-se um maior grau de distanciamento entre o Estado e o segmento regulado, de modo a se criar um cenário favorável ao investimento, que viabilize segurança jurídica ao investidor.

O conhecimento das "regras do jogo" reduz o risco e, conseqüentemente, os custos repassados para os preços dos produtos, tornando-os mais acessíveis a um número maior de pessoas.

A constante mudança de orientação pública a cada processo eleitoral, por exemplo, causa surpresa política que afugenta o investidor, especialmente em casos que exigem grandes investimentos, de retorno em longos prazos.

É o caso, por exemplo, dos serviços públicos delegados a particulares mediante contrato de concessão, que é um contrato administrativo e, por isso, admite a sua denúncia unilateral pelo Poder Público invocando o "interesse público". Como a interpretação do conceito jurídico indeterminado "interesse público" pode variar em função de cada orientação política sufragada em processo eleitoral, o risco aumenta e o investimento não vem. Isso obriga o Estado a criar uma máquina, porque o interesse é da coletividade, sob sua responsabilidade.

A idéia é que a política pública deve ser formulada pelo núcleo estratégico do Estado, pelas autoridades políticas; uma vez formulada e conhecida de todos, fruto de um processo democrático em que é a desejada pela coletividade e materializada nas leis, vai ser implementada. Portanto, a implementação da política pública deve ser um processo de tradução da vontade da coletividade, materializada na lei, com vistas ao atendimento do Princípio da Eficiência.

A sociedade não espera mais que todos os interesses gerais sejam atendidos pelo Estado, mas que aqueles por ela considerados relevantes sejam atendidos com eficiência.

A tradução do que seja eficiência em cada um dos segmentos de atividades administrativas estatais vai variar na interpretação do conceito, devidamente motivada na ponderação entre custos e benefícios envolvidos na imposição de algum tipo de restrição da liberdade privada.

Esta é a essência da atividade regulatória, que tem a ver com a eficiência, sendo resultado da competição das forças no mercado entre os agentes econômicos para que permaneçam no mercado aqueles que estão aptos ao atendimento do interesse da coletividade. Para tanto, a atividade regulatória busca promover a competição ou, onde seja impossível, pela existência de monopólios naturais, a regulação vai ser substitutiva do mercado, procurando, pela via da escolha pública, estabelecer os critérios de eficiência.

A escolha pública, no entanto, é um processo excepcional, eis que nem sempre se consegue, com perfeição, substituir o normal funcionamento das forças no mercado por orientações traçadas no interior dos gabinetes. O ideal é a regulação promotora do mercado.

Para isso, os instrumentos de política regulatória são centrados na segmentação das atividades econômicas, identificando qual e cada tipo de atividade econômica em que é possível haver competição. Depois, na medida do possível, busca-se evitar a concentração num determinado segmento, o que é chamado de *desverticalização (unbundling)*, que na verdade é a idéia de desconcentração com vistas à promoção da competição. Afinal, toda concentração é, em tese, uma restrição da competição.

A mais leve imposição regulatória é a desconcentração contábil, por força da qual cada etapa da atividade econômica deve ter uma contabilidade distinta para que um segmento que esteja submetido à competição não seja subsidiado por um outro que esteja num regime de monopólio. Isso acontece muito nas atividades que fazem uso de redes, como é o caso do petróleo, telecomunicações, eletricidade, em que existe um monopólio natural nos dutos e redes físicas de transportes⁴.

A desconcentração jurídica obriga que uma determinada pessoa jurídica fragmente as suas atividades, criando pessoas jurídicas distintas para cada uma. Por exemplo, nas atividades de petróleo existem empresas que o produzem ou importam, outras o refinam, além das transportadoras, das distribuidoras e das operadoras de postos. Podem até ser todas do mesmo grupo econômico. Entretanto, se isso puder interferir na competição no mercado, passa-se a uma intervenção mais grave, a desconcentração societária, que obriga que determinado tipo de atividade seja transferido, impedindo-se de integrar o mesmo grupo econômico.

Outro tipo de instrumento de política regulatória é o livre acesso a uma estrutura essencial para a prestação de serviço de interesse geral (*essential facility*), como é, mais uma vez, o caso das redes físicas de dutos utilizados para a prestação dos serviços de transporte de gás, de telecomunicação, de eletricidade.

Para não se limitar o conceito de *essential facility* ao uso de redes, cite-se um caso de saúde. Pode se mencionar o exemplo de um hospital, único da cidade, que tinha excluído do seu quadro um determinado médico. Este médico, por sua vez, após a exclusão, pretendeu levar um paciente seu para ser operado naquele hospital, valendo-se, para tanto, de um direito previsto em norma do Conselho Federal de Medicina

4 Isso não ocorre tanto no segmento da saúde suplementar, que já nasce praticamente segmentado. Existe uma nítida diferença de tratamento entre as operadoras de plano de saúde e as unidades hospitalares que são pessoas jurídicas muitas vezes distintas das operadoras de saúde. O que pode acontecer é que, eventualmente, se um determinado conjunto de unidades hospitalares só atende a uma determinada operadora de plano de saúde, interfere no atendimento da coletividade, passando a ser objeto da preocupação adicional da Agência Nacional de Saúde Suplementar, com vistas a resgatar a competição daquele segmento que é tido como relevante.

(que diz ser direito do médico operar os seus pacientes em qualquer hospital, desde que ele atenda às regras técnicas para tanto). O hospital foi ao Judiciário para dizer que aquilo era uma violação ao seu direito de propriedade, tanto mais que era uma instituição sem fins lucrativos, de caráter assistencial, e aquilo era uma propriedade privada. A decisão do Poder Judiciário foi no sentido de que aquele bem privado deveria se submeter ao princípio constitucional da função social da propriedade e que, portanto, era perfeitamente possível a sua utilização pelo médico. Isto representa a noção de *essential facilities* – que é a da vinculação da propriedade a uma função social voltada para o atendimento de um interesse relevante da coletividade. A norma regulatória emanada do Conselho Federal de Medicina tinha perfeita validade porque ela representava a tradução técnica de um princípio contido na Constituição e que só podia ser concretizado se fosse explicitada essa obrigação.

Isso serve para reafirmar que a atividade regulatória não é nova. Os conselhos de fiscalização profissional sempre tiveram uma competência regulatória sobre os respectivos profissionais.

O Poder Público, por sua vez, sempre exerceu uma atividade regulatória pela via do sistema tributário, usando os impostos sobre o comércio exterior para estimular ou desestimular importações ou exportações. O objetivo não é de arrecadação fiscal, mas regulatório, de fazer com que se substitua a importação pelo produto nacional, que se estimule a exportação do produto nacional ou, muitas vezes, em situação de escassez, para evitar o risco de desabastecimento.

A regulação também já estava presente no setor agrícola, com o uso dos famosos estoques reguladores do Governo, seja para garantir o abastecimento, seja para incentivar a produção agrícola. Afinal, o agricultor se vê, muitas vezes, desestimulado de produzir porque, em período de safra, a lei da oferta e da procura faz com que o preço dos produtos baixe e, na entressafra, os produtos têm seu preço elevado porque a oferta é menor, e aí há um risco de desabastecimento da população, especialmente a mais carente. Então, o Poder Público fixa um preço médio, para comprar na safra e vender na entressafra, mantendo um equilíbrio durante todo o período.

A regulação não é, pois, uma importação irresponsável de um modismo e que não se presta ao Brasil por não se ter um mesmo grau de desenvolvimento dos países que dela se utilizam.

Outro instrumento de regulação, ao lado da desverticalização, da desconcentração e do livre acesso, que o Brasil ainda não vive, é o da *desregulação*.

A primeira preocupação é criar um mercado e fazer com que ele se desenvolva. Isso se dá pela orientação regulatória. A partir do momento em que esteja maduro, vai-se reduzindo o conjunto de normas até que o mercado opere por suas forças. Essa a idéia de desregulação, que é um instrumento de política regulatória, uma maneira de fazer regulação, restringindo ou eliminando a norma onde ela não se faz mais necessária.

Antes de representar o fracasso da atividade regulatória, a desregulação é o marco do seu êxito, propiciando o desenvolvimento do mercado, atenuando suas falhas, proporcionando a redução do grau de intervenção estatal.

É preciso que se faça uma identificação de que a função regulatória não se limita à produção de normas, bem como que “*regulação*” e “*regulamentação*” não são a mesma coisa.

É regra elementar de hermenêutica que o legislador não usa termos distintos para significar a mesma coisa. No caso, o constituinte brasileiro usou duas palavras distintas, “*regulamentação*” e “*regulação*”, embora ambas sejam técnicas de atribuição de poder normativo a pessoas distintas do Poder Legislativo.

A regulação vai ter um conjunto de elementos que representam uma função quase-legislativa, ou seja, faz normas, mas não é o Poder Legislativo; uma função executiva, de execução da vontade da lei e da norma regulatória, sem ser o Poder Executivo; e de solução dos conflitos de interesse, sem ser o Poder Judiciário; portanto, já se vê que regulação e regulamentação não são a mesma coisa.

A regulamentação se limita à edição de um Decreto, que é, no Direito brasileiro, privativo do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, IV). Outras autoridades não podem fazer regulamentações. Baixam instruções, portarias e resoluções. Todos esses atos (em especial, os de regulamentação) são editados por autoridades *políticas*, informados por critérios *políticos* da maioria que as conduziu ao poder no processo eleitoral majoritário de tradução da vontade da lei. Como não são, necessariamente, técnicos, não ponderam custos e benefícios⁵.

Esse é o papel da regulação, isto é, testar, tecnicamente, a ponderação entre os custos e benefícios na intervenção de um determinado segmento, de modo que a norma só vai ser eficiente se os benefícios forem iguais ou maiores que os custos envolvidos na sua implementação, que envolve uma restrição de liberdade.

5 Um exemplo pode se dar na interpretação do Código de Defesa do Consumidor, no que concerne à apresentação do preço do produto. Ocorria um problema quando o consumidor levava um produto com o preço exposto na gôndola e com código de barra na embalagem. Ao chegar no caixa, o valor era, muitas vezes maior, gerando um constrangimento para o consumidor. A título de regulamentar o Código de Defesa do Consumidor, que diz que o preço do produto deve ser apresentado de forma ostensiva, por um critério meramente político, resolveu-se voltar à etiqueta afixada no produto sobre o código de barra. Ora o termo “*ostensivo*” é “*conceito jurídico indeterminado*”, que depende de uma interpretação, que pode ser política ou técnica. Ao optar-se pela interpretação política, pela afixação da etiqueta surgiram novos custos: de compra da etiqueta; numa economia inflacionária, a constante colocação de novas etiquetas no produto; perda de agilidade no caixa, gerando fila, que muitas vezes afugenta a clientela, obrigando à contratação de mais empregados nos supermercados. Num regime de livre iniciativa, esses custos podem, perfeitamente, ser repassados para os preços nos produtos. Assim, a título de se defender o consumidor, elevou-se o preço dos produtos. Tivesse a decisão passado pelo critério técnico de ponderação entre os custos e benefícios dessa orientação, essa norma não atenderia o conceito de eficiência e não teria sido adotada porque não teria motivação suficiente para tanto; poderia ser empregada uma outra solução. Por exemplo, uma pesada multa para os casos em que o preço da gôndola fosse diferente do preço constante do código de barras.

A liberdade é um valor supremo acolhido pelo ordenamento jurídico e só pode ser reduzido se houver um outro valor, no caso concreto, equivalente ou que prepondere sobre ele.

Há quem use a mesma terminologia para afirmar que as agências reguladoras não têm poder regulamentar ou normativo algum, posto que privativo do Chefe do Poder Executivo, exceção aberta, apenas, às agências reguladoras do petróleo (CF, art. 177, § 2.º, III) e das telecomunicações (CF, art. 21, XI), porque foram constitucionalmente previstas. Como dito, a previsão foi de regulação, que não se confunde nem substitui o poder regulamentar. Nos casos em que houve previsão constitucional dessas agências, não se deu discricionariedade ao legislador ordinário para criá-las ou não. Isso não significa que a lei não possa escolher outros segmentos a serem objeto de regulação e de criação de agência reguladora, nem, muito menos, que a lei não pode transferir ao regulador a competência para baixar as normas que explicitem os princípios e comandos gerais.

A regulamentação disciplina o atendimento de interesses *gerais*; a regulação, de interesses *coletivos* numa sociedade plural, na qual a cada grupo social corresponde um ordenamento jurídico, estatal ou privado (auto-regulação).

Ademais, a regulação não se limita à edição de normas que passam a fixar um critério de como a agência interpreta um determinado dispositivo legal ou um princípio constitucional. Ressalte-se que existem as normas gerais, baixadas pelo colegiado, e as de implementação da vontade do colegiado, por normas de dirigentes isolados de cada unidade da agência reguladora. Estas devem obediência à norma geral, à lei e à Constituição, que representam a moldura regulatória original do ordenamento regulatório, com motivação técnica, calcada na ponderação entre custos e benefícios.

Examinando cada uma das funções da agência reguladora, a primeira delas, a *função normativa*, tem sido muito criticada porque se entende que a norma reguladora cria obrigação sem ser lei, o que violaria o Princípio da Legalidade. Existem três teorias que justificam a plena validade desse tipo de norma: a *Teoria da Transmissão Democrática*, pela qual a lei, fruto do processo democrático, reconhecendo o distanciamento do legislador em relação ao mercado que está sendo regulado, atribui a agentes envolvidos com a realidade regulada o poder de editar normas e comandos necessários para o desenvolvimento eficiente do setor.

Há quem diga que tal *"transmissão"* é uma *"delegação de poderes"*, o que implicaria em reconhecer que ao Legislativo poderia caber a função de concretizar a vontade da norma; na verdade, é dessa função, tipicamente administrativa, de concretizar a vontade da norma, sem liberdade política de fazê-lo ou não, que se está a tratar. Para tanto, podem ser necessários comandos normativos técnicos, interpretativos da vontade da lei, com vistas ao seu cumprimento eficiente. É uma decisão técnica, normatizar para uma generalidade de casos (quando estão em jogo interesses homogêneos de grupos – como na defesa do consumidor) ou orientar por ato específico.

Pela *Teoria da Especialização*, o legislador reconhece que tal agente deve ser um especialista na matéria, com notório conhecimento sobre o segmento regulado. O legislador, como generalista, não entende de cada segmento regulado, mas sabe que, dada a sua relevância para o desenvolvimento, justificando a regulação, deve ter funcionamento eficiente, de modo a atender os interesses da coletividade regulada. Portanto, nada mais voltado para o Princípio da Eficiência que ele atribua poder de explicitar as obrigações genéricas contidas na lei a quem tem esse conhecimento. O dever de atender eficientemente os consumidores e operadores é um dever legal; o que a norma reguladora faz é explicitar tecnicamente esse dever. A fonte da regulação não é a norma reguladora, mas a lei.

A terceira teoria exige a *Legitimação pela Participação*, ou seja, todas as normas regulatórias, antes de editadas, devem ser submetidas a um processo de consulta pública, seja por internet, pedidos de informação e/ou subsídios, coletas de opinião e audiências públicas, para que essa norma receba da coletividade, dela destinatária, contribuições para o seu aprimoramento. Isto porque a regulação é um processo que busca identificar e otimizar interesses em tensão (de consumidores, que querem o menor preço possível, e de fornecedores, que querem o maior lucro possível). É preciso se buscar um ponto ótimo de equilíbrio, preservando tanto a estabilidade financeira do fornecedor como o poder aquisitivo do consumidor. Essa participação é um instrumento legitimador da norma que explicita obrigações, buscando conciliar os interesses identificados.

Como a regulação é mais ampla que o aspecto normativo, cumpre abordar a regulação executiva, que passa a ser o tratamento, no caso concreto, dos interesses de um determinado setor relevante. Esses atos vão ser de atribuição do direito de ingresso no mercado (a licença, a autorização, a concessão, o registro de um determinado operador, enfim, atos que legitimam, após um processo de controle exercido pelo regulador, o direito de exercer uma atividade econômica). Esse ingresso é seguido de um constante acompanhamento da atuação do agente econômico no mercado, sendo orientado, usualmente, por normas gerais.

Não significa dizer que onde não exista a norma reguladora não possa haver o ato executivo da agência reguladora. A regulação pode se desenvolver tanto pela normatização geral (*rulemaking*), como pela definição, de ofício, no caso concreto, de uma determinada situação (*adjudication*). Edita-se um ato ordinatório aplicável ao caso concreto porque, nem sempre, o regulador tem condição de conhecer previamente o problema surgido no mercado. Como dito, a velocidade dos fatos no mercado nem sempre é compatível com a capacidade de previsão da sua ocorrência pela Administração.

Outros atos de regulação executiva são os relacionados à fixação de tarifa e à criação de empresas estatais (já que a presença do Estado em um determinado segmento econômico pela criação de uma estatal passa a impactar a concorrência, influenciando o comportamento dos competidores em relação à sua existência).

A mesma autoridade que atribui um direito de ingresso pode, também, determinar o afastamento de um determinado operador no mercado⁶. Tal decisão deve ser, como as demais, antecedida de ponderação técnica entre os custos e benefícios. Trata-se da regulação judicante, que envolve a solução de conflitos entre os operadores num determinado segmento econômico.

A regulação judicante vai diferir do processo administrativo normal que existe na Administração Pública por conta do Princípio da Subsidiariedade, por força do qual o Estado só adquire competência quando ultrapassadas as forças da sociedade para atender seus interesses. No processo regulatório de solução de conflitos se tem, obrigatoriamente, uma etapa em que se deve procurar compor amigavelmente o litígio. Pela via da conciliação, classificando os interesses em tensão, aproximam-se as partes, para que elas, uma vez alertadas para os interesses que estão em jogo, procurem compor o conflito, chegando a um resultado de consenso. O agente regulador não chega a assumir a direção dessa solução, fazendo, simplesmente, o papel de apresentador de uma parte à outra, de um interesse ao outro, para que os envolvidos, então, examinando o ponto em conflito, cheguem, por suas próprias forças, a uma decisão.

Não chegando a conciliação a bom termo, a administração regulatória assume uma posição mais ativa, de propor soluções para a controvérsia, apresentando laudos, dados, registros e propostas objetivas em torno das quais os agentes regulados devem sopesar os riscos, interesses e benefícios que podem resultar da manutenção ou não do conflito.

Só a partir da frustração dessa mediação é que a agência reguladora assume o poder de impor às partes a solução que ela entenda como, tecnicamente, a mais adequada para o conflito e as partes são obrigadas a aceitar.

Há quem não reconheça a competência para a arbitragem regulatória. Isto porque, no Direito brasileiro (Lei n.º 9.307, de 23.09.96), a arbitragem *comercial* exige um prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam que qualquer conflito seja solucionado por um árbitro. Entretanto, a arbitragem comercial, que trata de interesses disponíveis, não se confunde com a arbitragem regulatória (que lida com os interesses de uma coletividade afetada pelo conflito) em razão de os comandos da Lei de Arbitragem não se aplicarem aos segmentos regulados, salvo, por analogia, na parte procedimental.

Não há qualquer violação ao Princípio da Autonomia da Vontade. Quem adere a um segmento regulado se compromete a cumprir e a se submeter a todo o ordenamento jurídico setorial que orienta o seu funcionamento, que tem implícito o poder da agência reguladora baixar normas estabelecendo limitações à liberdade do contratado, interferindo na relação entre fornecedor e consumidor. Esse contrato relacional vai ser constantemente fiscalizado e atualizado por normas emanadas da agência reguladora e os conflitos vão ser, possivelmente, solucionados pela via arbitral regulatória também.

⁶ No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, existe o instrumento da liquidação extrajudicial das operadoras de saúde, pela qual se afasta definitivamente uma determinada operadora do mercado, por incompatibilidade em face dos comandos regulatórios.

Todo esse contexto integra o marco regulatório, ao qual o regulado voluntariamente adere ao pleitear um consentimento de polícia ou ao firmar um contrato com a Administração. A tanto não é obrigado, mas, integrando o segmento, por decisão própria, deve se submeter a todas as regras que orientam o seu funcionamento.

Outra distinção importante de chamar a atenção entre um processo regulatório e o processo administrativo ou judicial é que o processo regulatório é fruto da competência regulatória, que deve constantemente ponderar tecnicamente entre custos e benefícios. O processo administrativo e o judicial tradicional são voltados para solucionar um conflito que ocorre apenas entre as partes, fazendo coisa julgada apenas para elas e voltado para o passado (o fato que originou o conflito). No processo regulatório, esse tipo de preocupação não esgota a responsabilidade regulatória. A partir de uma decisão regulatória, a agência reguladora, sopesando custos e benefícios, fixa um entendimento acerca do que deve ser a correta conduta ou o resultado eficiente, não apenas das partes conflitantes, mas de todo o segmento regulado. Portanto a decisão regulatória judicante é voltada para o futuro e não para o passado; ela é voltada para todo o segmento regulado e não apenas para aquelas partes em conflito e, assim, deve ponderar sobre o impacto que aquela decisão vai gerar não só sobre as partes, mas sobre todo o segmento regulado.

Em função dessa ponderação é que a decisão regulatória pode optar por substituir uma eventual penalização de uma das partes, pela utilização de mecanismos que atendam ao Princípio da Proporcionalidade, buscando outras técnicas que, não necessariamente, a mais grave, de sanção (de multa, intervenção ou liquidação judicial ou extrajudicial), mas pela via de acordos substitutivos (Termos de Compromisso e Termos de Ajuste de Conduta, por exemplo). Sempre existe a possibilidade da sanção, fruto da regulação, ser substituída por uma medida que, na ponderação de custos e benefícios, na visão prospectiva que deve ter o regulador (voltado para o futuro impacto da decisão no mercado e não para o passado, da origem do conflito) vai representar a tradução técnica da melhor solução para o mercado e não apenas para o conflito.

Para que esta função regulatória não seja corroída por critérios políticos, para que os agentes reguladores não sofram a interferência das autoridades políticas é que se concebe que a função regulatória receba uma estrutura diferenciada das demais entidades da Administração Pública, e aí se retoma a idéia de agências autônomas.

A criação de órgãos e entidades dotados de maior autonomia também é prática de longa data conhecida no Brasil; o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e as Universidades têm autonomia.

O que se denomina "*agencificação*" é pura técnica de *marketing*. Afinal, agência é o nome dado às estruturas norte-americanas de regulação, com o objetivo de atrair o investimento privado para substituir o investimento estatal. Para o investidor, é mais

fácil identificar a estrutura com que vai se relacionar em um outro país conhecendo o nome a que já se habituou. No Brasil já houve, sem maiores críticas, a era das *superintendências*, *institutos*, *serviços autônomos*, *departamentos* (todos, aliás, deveriam ser sinônimos de desconcentração, sem atribuição de personalidade jurídica, mas que, no Brasil, viraram Autarquia).

A idéia de “*independência*” não quer dizer que a agência é hermética ao controle do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, mas, sim, que ela tem imunidade em relação à interferência de critérios políticos na produção das suas manifestações de vontade. A independência é técnica, no sentido de que as autoridades políticas não devem interferir no normal funcionamento da agência.

Também se justifica a autonomia administrativa, além da independência técnica, porque é preciso que a agência reguladora seja dotada de capacidade para acompanhar o mercado, cuja velocidade de funcionamento exige que a estrutura administrativa dedicada a fiscalizá-lo e a orientá-lo deva ser a mais ágil possível, sob pena de ser ineficiente e não se justificar a sua existência.

Para preservar essa autonomia e independência é que se previu uma direção colegiada e não uma autoridade singular, composta por autoridades escolhidas dentre pessoas com notório saber no segmento regulado, exatamente para se buscar o insucesso técnico de orientação de suas atividades. Uma vez indicadas pelo Poder Executivo, são submetidas ao controle parlamentar, para, então, serem nomeadas para mandatos fixos e não coincidentes com o mandato político de quem nomeia, de modo a não se encerrarem todas ao mesmo tempo e serem nomeadas pela mesma autoridade política. Isso está em questionamento no Poder Judiciário, mas a idéia é preservar a independência técnica pela via da não vinculação ao mandato político. Havendo mandato fixo, se não houver o cometimento de falta grave, a autoridade não o perde por mais que discorde do Presidente da República, do Governador ou do Prefeito que nomeou o dirigente.

Essa, enfim, a idéia de regulação, de técnica de intervenção ponderada na liberdade privada, com vistas ao eficiente funcionamento dos mercados, que justifica a criação de uma estrutura autônoma e independente para a sua implementação, livre de pressões políticas, dando, assim, previsibilidade das regras do jogo, reduzindo a insegurança jurídica do investidor com a estabilidade normativa.