

AGÊNCIAS REGULADORAS – UMA VISÃO CRÍTICA¹

*Marcos Vinício Chein Feres*²

Resumo

Este artigo tem o propósito de dar uma visão crítica com relação à teoria e à dogmática das agências reguladoras e seu processo de intervenção no domínio econômico. Com base na teoria da argumentação, procura-se elucidar o procedimento de atuação das agências em setores econômicos sem se desvencilhar dos princípios fundamentais e do princípio democrático.

Palavras chaves

Agências reguladoras – regulação – teoria da argumentação – direito econômico.

Abstract

This essay intends to propose a critical view of regulatory agencies and their intervention process in the brazilian economy. Taking into account the theory of argumentation, it attempts to study the procedure which is necessary to create the adequate environment for these entities to apply the law. However, human rights and the democratic principle should not be left out as limits of their institutional behaviour in the brazilian economy.

Keywords

Regulatory agencies – regulation – theory of argumentation – Economic Law.

¹ Agradeço, em especial, ao professor Renato Chaves Ferreira (Mestre em Direito Constitucional pela UnB), pela ajuda não só com indicações bibliográficas essenciais mas também pelas lições valiosas compartilhadas comigo. Devo ainda agradecer os comentários pertinentes de meus bolsistas, João Paulo Torres Dias, Mônica Danielle Weitzel, Thiago Alves Rodrigues e Rafael dos Santos Mattos Almeida.

² Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG, professor adjunto I da Faculdade de Direito da UFJF e Coordenador dos programas de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFJF.

1. Introdução

A busca pelo sentido da regulação parece ser, hoje, o móvel de toda investigação jurídico-econômica de grande porte. No entanto, é preciso compreender, de antemão que a regulação não carece de sentido ou de significado previamente estabelecidos. Decerto, o que deve grassar é a idéia de uma complexidade conceitual a qual será atribuído sentido ou significado adequado ao tempo e ao espaço contingencialmente referidos.

Em razão disso, a idéia de regulação jurídica tem sido, atualmente, utilizada pelos cultores de um novo Estado e de uma nova forma de intervenção na economia através de agências reguladoras. Todavia, deve-se indagar até que ponto essa conformação do significado de regulação às entidades autônomas (agências reguladoras) e sua atuação sobre o domínio econômico é justificável de uma perspectiva jurídico-dogmática.

Considerando a teoria da argumentação jurídica aplicada à regulação, afirma-se que as agências reguladoras são entidades dotadas de autonomia cujo controle de sua ação sobre o mercado é passível de ser realizado tendo em conta o princípio democrático e a correção de erros iminentes à natureza institucional.

Diante disso, valendo-se do método interpretativo, busca-se uma reconstrução dessa atuação das agências sobre o domínio econômico não como meras entidades de administração autônoma referenciadas às exigências do regime do poder público, mas fundamentalmente como estruturas normativas voltadas para a orientação e a repressão de condutas econômicas. Para tal, através do procedimento da análise de conteúdo, extrai-se de certas inferências nos campos jurídico, econômico e filosófico um sistema de conceitos analíticos para, então, reinterpretar o papel dessas entidades não somente em relação ao mercado e ao Estado mas também em relação à sociedade civil.

Tendo esses pressupostos como ponto de partida, passa-se à análise da estrutura jurídico-econômica das agências. Primeiramente, procura-se relacionar o processo regulador e a criação das agências. Em segundo lugar, estabelece-se uma relação entre as agências e sua atuação sobre o domínio econômico, de acordo com o processo e a metodologia argumentativa aplicados ao Direito Econômico. Por fim, conclui-se com uma visão crítica a respeito dessas entidades no contexto argumentativo do direito econômico.

2. Regulação e agências

Quando se fala em regulação, parece estar-se rompendo com a noção de livre mercado estabelecida pelo princípio constitucional da livre concorrência e com uma idéia prévia de Estado. Entretanto, não se pode, hoje, defender a existência de conceitos “a priori” para certas categorias formais constantes tanto da legislação constitucional quanto infraconstitucional, uma vez que não há uma forma lógica e um rótulo para cada conceito no mundo, seja dos fatos seja do direito³. Dessa forma, o Estado e a livre concorrência, como categorias formais, são definidos a partir de uma relação entre o mundo da vida⁴ (background cultural) e a expectativa de regulação necessária à captação, ainda que deficiente, da complexidade social.

A regulação, segundo Grau (1996), não se confunde com a regulamentação. Para o autor, todo o processo de desestatização por que passou o Brasil desde a década de 90, desemboca numa etapa de melhor regulação, com a conseqüente desregulamentação da economia. Nesse sentido, o autor enuncia uma distinção entre *regulation* e *deregulation*, dissertando que as expressões de origem anglo-saxã não correspondem ao corrente no linguajar jurídico brasileiro. Pontua que *regulation* significa regulamentação, enquanto *deregulation* equivaleria ao atual processo de regulação na economia brasileira.

Entretanto, não se pode concordar com a assertiva do autor, uma vez que, segundo os verbetes correspondentes do dicionário Black (1991), *regulation* consiste num processo de regulamentação em que se destacam, como tais, a edição de atos administrativos e a execução administrativa de leis, ordens, mandados, ao passo que *deregulation* significa deixar a economia funcionar de acordo com as forças existentes no mercado e a legislação antitruste. Isso é tanto considerável que, nos Estados Unidos, o processo de

³ Nesse sentido, deve-se apontar a mudança de perspectiva entre o primeiro e o segundo Wittgenstein. Para Wittgenstein (2001a), havia, num primeiro momento, uma relação de correspondência entre as coisas no mundo dos fatos e a linguagem. Todavia, posteriormente, Wittgenstein (2001b), nas Investigações Filosóficas, revisa essa idéia apontando que não há uma relação de pertinência entre o mundo dos fatos e a linguagem, mas sim os significados das coisas são atribuídos contingencialmente.

⁴ O termo está sendo utilizado no sentido que Habermas (1987) toma de Husserl e conforma à teoria do agir comunicativo. Na verdade, aqui se refere a mundo da vida como aquele ambiente em que se travam as relações sociais, econômicas e culturais. Esse é, de fato, mais que o mundo da vida é o mundo efetivo onde acontecem as relações humanas.

deregulation se fundamenta na erradicação de agências reguladoras, como por exemplo, a CAB (Agência de Aviação Civil), dado o equilíbrio alcançado nas relações entre as empresas aéreas a partir da acirrada e eficiente disputa por mercados consumidores (KAHN, 1998).

Nesse ponto, ousa-se⁵ discordar de Grau (1996), justamente porque o processo por que atravessa o Brasil atualmente é de incremento da regulamentação, a saber, *regulation*. A criação de entidades administrativas autônomas reforça o papel regulamentador que o Estado assume, porquanto a privatização de serviços públicos e a venda de ativos fixos estatais exigem uma intervenção reguladora para a manutenção de um sistema equilibrado de mercado. Moreira (1997), ao explicar o modo operante da administração autônoma, pondera que essa transferência de atribuições para entidades autônomas, descentralizadas, nada mais é que um processo de regulação, uma vez que o Estado, ao passar ao setor privado ativos ou execução de serviços, precisa de controlar e fiscalizar as respectivas atuações em setores econômicos específicos.

De acordo com Kahn (1998), a conjunção entre a abordagem concorrencial e a reguladora (a presença estatal através das Agências) é complicada, mas é muito melhor do que a total ausência de regulação. No entanto, fica claro que, segundo o mesmo autor, a regulação (em sentido amplo) tanto concorrencial quanto regulamentar deve variar de acordo com o setor a ser regulado, inexistindo, pois, qualquer atribuição de sentido prévia à aplicação.

Essa parece ser a idéia mais ponderada com relação ao termo “regulação”. Este não possui um significado prefixado, mas é construído de acordo com as contingências de um determinado país e de uma época em especial. A regulação é um conceito tanto mais indeterminado quanto maiores sejam as competências⁶ atribuídas a cada órgão ou entidade administrativa para a estruturação de uma atuação socioeconômica.

Nesse sentido, as agências assumem a função de viabilizar determinada atividade econômica sem se perder de vista o princípio jurídico da livre concorrência. Não basta estruturar a agência como entidade autárquica situa-

⁵ A crítica não tem o objetivo de desconsiderar a importância e o relevo de toda a teoria do renomado autor, apenas cuida de apresentar uma diferenciada abordagem desses termos.

⁶ O termo competência significa atribuição de poder a determinado sujeito de direito. Nesse sentido, ressalte-se a argumentação de ALEXY (1997) ao tratar de direitos fundamentais como direitos subjetivos e, assim, definir a competência como uma das posições jurídicas fundamentais. Não se refere aqui à aplicação técnica useira e vezeira em direito processual.

da na administração indireta, é, antes de tudo, necessário marcar sua competência para atuar na economia, de acordo com os fundamentos e os princípios da Constituição Econômica. A agência tem como papel preponderante colocar em ação os princípios reguladores contingencialmente definidos quer pela legislação constitucional e infraconstitucional quer pela ação interveniente do Estado (políticas públicas de contenção de riscos ambientais, de controle de danos à saúde e à segurança do consumidor etc.).

As agências, como instrumentos de regulação, não são novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não sejam assim denominados, o Banco Central do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) são formalmente autarquias cujas funções específicas de cada uma dessas instituições são reconduzíveis às peculiaridades de qualquer processo regulador de atividade econômica.

Em razão dessa ponderação, pode-se argumentar que as agências reguladoras são divisíveis em categorias, tais como:

- a) aquelas que controlam um determinado fator no mercado (a concorrência, a propriedade industrial e o sistema financeiro), por exemplo, o CADE, o INPI e o BACEN;
- b) as que controlam e fiscalizam serviços originariamente de natureza pública, a saber, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) e ANP (Agência Nacional do Petróleo) e
- c) as que controlam e fiscalizam setores específicos e contingencialmente relevantes da economia, vale dizer, a ANS (Agência de Saúde Suplementar), a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e a ANCINE (Agência Nacional de Cinema).

Essa divisão em gênero não tem apenas uma função didática, mas principalmente se presta a uma reflexão crítica⁷ com relação ao que vem sendo difundido a respeito das agências reguladoras. Não se trata de uma nova

⁷Essa reflexão crítica consiste justamente na proposta habermasiana, tal qual aventada por McCARTHY (1998). De acordo com esse autor, o objetivo é reconstruir os fundamentos teóricos e práticos a partir de elementos empíricos implícitos, isto é, a meta é tornar explícito, ainda que num contexto universal, o que já está dado na realidade de forma subentendida. Nesse caso específico, qualquer crítica às agências tem de necessariamente passar por um estudo destas na realidade e das suas condições de possibilidade e reconstruir uma teoria que dê conta das relações reais existentes entre as entidades autônomas, o Estado e a sociedade civil.

estrutura dogmática que requer um estudo dissociado da realidade jurídico-econômica e administrativa já vigente. Deve-se, sim, reconduzir o estudo a uma perspectiva mais crítica com vistas a elucidar o sentido e a função dessas entidades no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Agências reguladoras e intervenção no domínio econômico

Partindo do pressuposto de que as agências reguladoras são instrumentos de intervenção no domínio econômico, como acima salientado, pode-se asseverar que, como entidades autárquicas, disciplinadas pelo sistema jurídico administrativo, elas operam modificações relevantes na esfera socioeconômica. Nesse ponto, reside o caráter jurídico-econômico da sua atuação e, por isso, faz-se necessário estudá-las a partir da perspectiva metodológica do Direito Econômico.

Antes de mais nada, é fundamental apontar qual seja a abordagem metodológica desse campo de estudos. De fato, o que a distingue daquelas dos demais ramos jurídicos é sua peculiar estrutura argumentativa e, por isso, procedimental. O Direito Econômico tem por meta pontuar os procedimentos argumentativos típicos das relações jurídico-econômicas. Isso pode ser facilmente demonstrável se se tomar em consideração os institutos da propriedade e do contrato, embora tenham existência empírica, ainda assim as regras e os princípios que os conformam são contrafaticamente elaborados.

Numa perspectiva habermasiana, tais institutos são reconstruídos toda vez que se haure da realidade os fundamentos para a conformação jurídico-normativa deles. Realmente, não há uma idéia preestabelecida de propriedade e contrato que sobreviva a mudanças espaço-temporais. Por isso, o direito econômico formula parâmetros para a conformação e a juridicização desses institutos.

Além disso, o procedimento de legitimação, no campo do direito econômico, consiste numa relação de complementaridade e tensão dialética entre as ações estratégicas e as ações comunicativas (cf. HABERMAS, 1984). Não se trata de isolar o interesse técnico e o prático, mas sim de refletir sobre eles de forma racional a fim de alcançar a emancipação por meio da análise hermenêutica (cf. McCARTHY, 1998). O direito econômico tem por princípio a busca por uma sociedade economicamente mais justa e socialmente mais responsável. Esse vetor ético dá o tônus de como se devem proceder os agentes econômicos em suas relações estratégicas.

Ainda que se valham de instrumentos técnicos eficientes, há todo um sistema jurídico, não somente dogmático, mas também axiológico, que conforma ou configura a ação desses agentes no mercado. Estabelecendo um procedimento regular da atuação econômica, o sistema jurídico-econômico tem em vista implementar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais do Estado de Direito, da democracia e da proteção da confiança.

É dentro dessa perspectiva, também defendida para o direito administrativo por Schmidt-Assmann (2003), que o direito econômico estrutura as categorias formais necessárias à implementação de um sistema jurídico eficiente e racional. As agências, desse modo, podem se apresentar como entidades autônomas da administração em que os dois campos jurídicos (o administrativo e o econômico) se complementem a fim de viabilizar a aplicação potencializada de suas diferentes funções no ordenamento jurídico. Verifica-se em decorrência desses argumentos teóricos que as agências também não possuem existência prévia ao que vai se convencendo com o advento de novas necessidades socioeconômicas.

Mistri (2003), ao tratar das instituições do ponto de vista econômico, assevera que não é possível reduzi-las a uma lógica estritamente econômica. Superando as limitações da teoria dos jogos (dilema do prisioneiro e equilíbrio de Nash), o autor procura demonstrar que as instituições funcionam a partir de um processo de elaboração normativa por meio de normas já existentes. Na verdade, as instituições originam-se de um processo cognitivo, uma vez que elas se estruturam em razão de um processo de entendimento e aprendizagem humanos. Isso porque os membros de uma sociedade, na busca por determinadas soluções, vão ou criar ou reformar instituições.

Observe bem que se trata de um processo circular, dado que, consolidada a instituição, esta vai influenciar a cognição de cada membro da comunidade na implementação de novas soluções. Assim como o indivíduo dá formação à instituição em decorrência de sua cognição quanto às normas já existentes, uma vez criada a instituição, esta conforma o comportamento individual na solução de problemas novos.

Perceba que, para Mistri (2003), as instituições não são apenas escolhas individuais de maximização de interesse próprio, como fazem crer as teorias econômicas mais restritivas. De fato, para o autor, estas entidades estão inseridas num sistema de valor socialmente compartilhado. Nisso, há uma importante convergência com a ação comunicativa desenvolvida por Habermas (1984), pois a ação estratégica tem seu lugar na solução de problemas sociais, mas ela deve necessariamente estar legitimada por um sistema de valores compartilhados por sujeitos de uma dada sociedade.

As agências reguladoras devem ter sua atuação normativamente estruturada a partir de um sistema de valores compartilhado pela sociedade brasileira. Numa visão crítica, as agências, ao intervirem na atividade econômica, têm de considerar que os agentes econômicos atuam estrategicamente e estão dispostos a cederem quando for eficiente do ponto de vista exclusivamente econômico.

Por isso, cabe a tais entidades estruturar a intervenção, tendo em conta não somente o elemento estratégico, mas também os valores juridicamente estabelecidos. Decerto, a função delas é a de exercer controle e fiscalização de atividades econômicas que venham a se distanciar de padrões normativamente incorporados tanto pela legislação constitucional quanto infraconstitucional.

4. Agências reguladoras e sua atuação normativa

De modo geral, as agências estão dotadas de uma competência normativa atribuída pelo poder legislativo. Em virtude do tipo de atividades conformadas por estas entidades, faz-se necessário que a lei instituidora viabilize a atuação do administrador público com larga margem de apreciação, dado que o elevado teor técnico das atividades exige medidas variáveis de acordo com as circunstâncias socioeconômicas.

Otero (1992, p. 201) disserta que “a discricionariedade comporta um amplo espaço de escolha conferido por lei aos órgãos da Administração no âmbito do processo de decisão administrativa”.

Essa discricionariedade cumpre um papel essencial na elaboração de resoluções, portarias que servem de baliza para atuação dos técnicos em cada um dos setores regulados. Esse poder normativo é, apesar disso, condicionado pelo ordenamento constitucional e pela legislação instituidora da entidade. Isso não anula os condicionamentos do princípio democrático, mas antes se enquadram na estrutura constitucional assim traçada.

Como se trata aqui de uma proposta para o direito econômico, vale ressaltar fundamentalmente o papel de intervenção normativa no domínio econômico. A simbiose entre direito e economia se reconstróem aqui de forma a gerar um instrumento de intervenção capaz de lidar com uma realidade mutante e com relações econômicas variantes.

Assim, não é de se estranhar os diferentes sentidos atribuíveis ao termo “mercado relevante de bens e serviços” constante da Lei nº 8884/94. Esse signo lingüístico varia de acordo com as circunstâncias objetivas dos casos trazidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além des-

ses, há outros como “controle de parcela substancial de mercado”, “posição dominante”, “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico”, “falseamento da livre concorrência” que padecem de um alto grau de indeterminação a ser densificado pela agência somente quando diante de conflitos específicos. Estes são apenas alguns exemplos extraídos da Lei da Concorrência supracitada, mas, em cada legislação das agências específicas criadas para diferentes setores econômicos, é possível encontrar termos plurissignificativos ou vagos com o objetivo de conceder uma margem de livre apreciação ao administrador.

Entretanto, é importante ressaltar que essa margem de livre apreciação não se concebe ilimitada e incondicionalmente. De fato, são várias as condicionantes constitucionais e legais que exigem uma atuação normativa centrada e estruturada na execução e fiscalização dos serviços e na gestão dos mercados controlados.

Otero (1992) menciona dois tipos de discricionariedade, uma optativa e outra criativa. Será optativa quando a um determinado suporte fático corresponder mais de uma consequência jurídica, ficando a escolha a cargo do conhecedor técnico do setor regulado. Considera-se criativa a discricionariedade quando se verifica um conceito vago cuja determinação depende das situações concretas do caso a partir de um conhecimento técnico específico (a imprecisão deriva do suporte fático ou hipótese de incidência).

Já para Bacigalupo (1997), a discricionariedade consiste na possibilidade garantida à Administração Pública para completar ou integrar, no momento da aplicação, o suporte fático impreciso ou incompleto e a provável escolha das consequências jurídicas adviria desse processo e não como uma teoria à parte. Este é o caso das expressões acima citadas, por exemplo, parcela substancial de mercado. Essa margem de livre apreciação viabiliza a regulação concorrencial por parte dos órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Isso não pode conduzir a um total disparate na elaboração de pareceres e decisões técnicas pelas agências. Essa discricionariedade que se sustenta em uma atribuição de poder ao órgão administrativo deve ser entendida no contexto institucional deste. De fato, aqui se trata de um processo longo de conformação legislativa anterior e de imposição de limites constitucionais prévios. No momento de suas decisões, não importa de que cunho técnico elas sejam, as agências estão adstritas a toda essa normatividade anteriormente estabelecida.

É nesse sentido que a teoria de Bacigalupo (1997) parece se enquadrar melhor, não se pode reduzir a discricionariedade dada às agências ao quadro de mera escolha entre consequências jurídicas, mas sim a um proces-

so de densificação racional de hipóteses de incidências imprecisas ou incompletas. Ao atuar no domínio econômico, as agências, aplicando os preceitos constantes de suas leis instituidoras, encontram-se dentro de um processo de livre apreciação dos fatos técnicos, porém submetem-se ao procedimento racional implicado tanto na teoria dos direitos fundamentais quanto no princípio democrático e do Estado de Direito.

5. Conclusão

De tudo isso, é importante ter em mente que a apreciação dogmática das leis instituidoras das agências reguladoras estabelecem um parâmetro de intervenção a ser seguido em cada caso concreto de modo a viabilizar uma atuação racional no domínio econômico específico.

As agências reguladoras não são novidade e, em vista disso, uma panacéia para todos os males econômicos. Elas estão situadas num contexto argumentativo racional ao qual devem submissão. Não se pode conceber que estruturas similares como o CADE e a ANATEL sejam tratadas de forma completamente diversa. Decerto, essa diferenciação tem sido a causa de uma série de mal-entendidos os quais só servem para distorcer a aplicação dos instrumentos intervencionistas em setores econômicos específicos.

Não dúvida de que peculiaridades há. E, justamente por isso, devem ser sopesadas. Todavia, o modo de aplicação dessas estruturas autárquicas não pode se distanciar do argumento básico aqui exposto, a saber, a racionalidade argumentativa inerente à conformação institucional e à estruturação dada pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Enfim, a atuação desses órgãos administrativos será tanto mais efetiva quanto maior for o comprometimento com uma estrutura normativa adequadamente conformada pela racionalidade argumentativa.

6. Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 6th ed. Saint Paul : West Publishing Co., 1991.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason*. Tradução Thomas McCarthy. Boston : Beacon, 1987.

_____. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Tradução Thomas McCarthy. Boston : Beacon, 1984.

_____. *Facticidad y validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

KAHN, Alfred. *The economics of regulation: principles and institutions*. Massachusetts: MIT press, 1998.

McCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. 4. ed. Madri: Tecnos, 1998.

MISTRI, Maurizio. Procedural rationality and institutions: the production of norms by means of norms. *Constitutional Political Economy*, Kluwer Academic Publishers, n. 14, pp. 301-317, 2003.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Tradução de Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo, José Ma. Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia, Francisco Velasco. Madri: Marcial Pons, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução, apresentação e estudo introdutório Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2001a.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Tradução G. E. Anscombe. 3rd ed. Oxford: Blackwell, 2001b.

