

REGULAÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E A REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES

Sérgio L. B. F. Reis

Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Pós-Graduado em Direito da Propriedade Industrial pela UERJ, Graduado em Direito pela UERJ. Especialista em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual da ANCINE – Agência Nacional do Cinema. Assessor do Secretário de Políticas de Financiamento.

Endereço: Avenida Graça Aranha, 35, 6º andar – Centro – Rio de Janeiro - 20030-002 - Brasil. Tel.: 55 (21) 3037-6028. Endereço eletrônico: sergio.reis@ancine.gov.br

RESUMO

Este trabalho estuda a legitimidade da requisição de informação por agências reguladoras, órgãos estatais com poder para regular e influenciar comportamentos em seus respectivos mercados, considerando que o poder para requisitar informações dos agentes do mercado é um poder implícito ao poder legalmente conferido às agências, e, associada à capacidade de regular um mercado. Neste contexto, deve ser destacado que a eventual assimetria de informações pela agência reguladora pode levar a uma análise imperfeita do mercado, impactando na política pública no âmbito do órgão. Desta forma, considera-se necessário que uma agência reguladora detenha informações suficientes para compreender e analisar o seu respectivo mercado, e, desta forma, na eventual necessidade de uma intervenção regulatória, que esta seja a mais eficiente possível. Por fim, o fato de que algumas informações que venham a ser requisitadas possuem caráter sigiloso demanda um tratamento adequado da informação pela agência reguladora afim de evitar que o envio de informações seja um fator de instabilidade mercadológico.

Palavras-chave: Regulação. Requisição de Informações. Poderes Implícitos. Marco Regulatório.

Introdução

No cenário de constante desenvolvimento da atuação das agências, o presente trabalho tem por finalidade analisar a legalidade e legitimidade dos pedidos de informação pelas agências reguladoras, e, em especial as informações necessárias para subsidiar o acompanhamento e as análises do mercado, assim como na eventual construção das políticas públicas setoriais.

Se por um lado pode ser entendido que certas informações fazem parte do patrimônio imaterial de uma empresa e que seu sigilo é relevante para a relação desta com seus clientes e concorrentes, por outro, existem hipóteses nas quais o Estado, através de suas agências reguladoras, necessita de informações dos agentes que operam na atividade regulada para o devido conhecimento da atividade realizada. Neste contexto, destaca-se que a necessidade de informações pelas agências não se esgota nas ações preventivas ou repressivas de fiscalização, uma vez que as agências, para uma devida compreensão e análise do mercado regulado, precisam dotar-se de dados muitas vezes não disponíveis em bases públicas ou privadas.

A falta de dados pelo agente regulador é algo indesejado posto que em sua função de regular, fiscalizar e fomentar os mercados que estão em seu escopo regulatório, a insuficiência ou a inconsistência de dados pode induzir a formulação de políticas públicas inadequadas ou ineficazes. No pior cenário, pode haver uma intervenção regulatória que venha a trazer prejuízo para todos os agentes do mercado, e, conseqüentemente, para toda a coletividade. Desta forma, idealmente, ao monitorar o mercado e nas análises prévias afetas a uma intervenção, a agência reguladora deve possuir um mapa o mais completo possível do cenário no qual esta inserida. De posse de tal informação, poderá traçar sua atuação, afeta ao interesse público, e, optar pela forma de intervenção mais eficiente dentre as medidas ao seu alcance.

Considerando que as informações que serão solicitadas poderão ter um impacto concorrencial caso venham a ser tornadas públicas, entende-se que tais informações demandarão um tratamento sigiloso por parte do órgão regulador. Tem-se no tratamento sigiloso das informações uma contrapartida do órgão com a finalidade de não criar um ônus desproporcional para os agentes regulados por conta da obrigação de enviar determinadas informações.

Marco Regulatório

Com o processo de desestatização brasileiro e a opção por não intervir diretamente na atividade econômica vislumbra-se uma nova forma de atuação do Estado através da regulação, por meio da criação de agências reguladoras setoriais, que atuam com base em diretrizes gerais estabelecidas na lei, exercendo uma variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva¹.

As leis que atribuem poderes às agências reguladoras são caracterizadas por sua baixa densidade normativa, com o estabelecimento de finalidades amplas e genéricas, o que permite aos órgãos reguladores complementarem normativamente tais preceitos, tendo em vista o interesse coletivo afeto ao tema, as políticas públicas setoriais e a dinâmica social e mercadológica existente². Na eventualidade de um excesso de densidade na lei, haverá o risco de ocorrer o engessamento³ da agência reguladora, em especial no que diz respeito ao desenvolvimento do setor e a inovação tecnológica⁴.

Neste ponto, podemos exemplificar mencionando o marco regulatório de regulação do audiovisual, previstos tanto na lei de criação da Ancine, a MP 2.228-01/01. Cabe também menção a Lei No. 12.485/11, que no campo dos serviços de comunicação de acesso condicionada estabeleceu competências para a Anatel e Ancine em um mesmo instrumento legal. Como um terceiro exemplo, cabe menção a regulação no campo da vigilância sanitária em que existe a previsão de atuação da Anvisa em questões da Lei No. 9.782/99, lei de da agência reguladora, mas também na Lei No. 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde. A finalidade dos exemplos trazidos é demonstrar que os marcos regulatórios de cada agência reguladora podem estar previstos em mais de um instrumento legal, sendo necessária uma análise no caso concreto para definir a legitimidade para solicitação de informações.

Observado o marco regulatório, há pela agência reguladora a capacidade de intervir nas atividades empresariais em sua esfera de regulação⁵, observando os princípios de um Estado de Direito e o interesse público afeto a questão. A capacidade de intervir não significa um dever de intervir, uma vez que o mercado pode se apresentar equilibrado o suficiente, e de uma forma compatível com o interesse público. Nestas hipóteses, pode haver a opção por não agir. Esse “não agir” não pode ser confundido com uma abstenção ou negligência da agência reguladora, pois trata-se de uma opção de (in)ação pública. Caso o órgão regulador opte por não agir, é importante que seja feito o monitoramento e acompanhamento dos setores que compõe o mercado regulado, buscando analisar tendências de curto, médio e longo prazo. Isso porque, é importante identificar padrões que vão de encontro à política pública que está sendo desenvolvida para o setor. Nesse caso, a ação do órgão deixa de ser passiva e passa a ser necessário desenhar um tratamento para a questão, utilizando os instrumentos detidos pela respectiva agência reguladora setorial⁶.

Neste contexto, cabe destacar que o órgão regulador, para acompanhar, e eventualmente, intervir em um mercado, necessita de informações precisas acerca da atuação de seus agentes. Conhecer o mercado regulado e

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Agências Reguladoras – E a evolução do Direito Administrativo Econômico”. 2ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. p. 369.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. Cit. 406.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Direito dos Serviços Públicos”. 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2013. p. 296.

⁴ Neste ponto cabe menção as decisões da Suprema Corte Norte-Americana no sentido de uma interpretação extensiva do marco regulatório do FCC – Federal Communications Commission – tendo em vista a evolução tecnológica e da política pública afeta ao setor de TV por assinatura, em especial as decisões: *United States v. Southwestern Cable Co.* 392 U.S. 157 (1968) e *United States v. Midwest Video Corp.* 406 U.S. 649 (1972).

⁵ Como referência para este trabalho, reproduzimos o conceito de regulação do professor Leonardo Vizeu “Destarte, pode-se conceituar, objetivamente a regulação como o conjunto de atos e medidas estatais que tem por fim garantir a observância dos princípios norteadores da ordem econômica no mercado, bem como a devida e correta prestação de serviços públicos, além do incentivo e fomento para a implementação de políticas públicas respectivas para o direcionamento de cada nicho da economia.

Sob um aspecto subjetivo, pode-se conceituar a regulação como o processo estatal de normatização, fiscalização, de incentivo, de planejamento e de mediação da atividade econômica dos particulares, conjugando os interesses privados destes com o interesse público e coletivo envolvidos no ciclo econômico do respectivo mercado”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. “Lições de Direito Econômico”. 3ª. edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010. p. 128.

⁶ Tendo como referência o setor audiovisual pode ser destacado o crescimento do “Video on Demand” (VOD). Se anteriormente no setor de home vídeo havia a cópia física, que possuía uma forma de circulação, com o VOD existe um novo paradigma, um novo modelo de negócio que precisa ser compreendido pelo regulador para que este construa a sua estratégia de tratamento da questão.

suas práticas é algo extremamente relevante para evitar uma visão distorcida dos setores que o compõe. O fato de uma agência reguladora poder⁷ intervir na atividade econômica, lhe confere significativa competência para a construção e acompanhamento de uma política pública setorial, o que deve ser feito de forma bastante madura, voltada a construção de uma política pública eficiente. Uma vez observado que uma estrutura setorial está se distanciando do interesse público, podem ser verificados os instrumentos adequados para uma intervenção regulatória que induza o mercado a seguir no sentido desejado. Em outras hipóteses, por meio do monitoramento, podem ser observadas alterações na estrutura que são desejáveis para o dinamismo do mercado e compatíveis com o interesse público, e, conseqüentemente, o órgão regulador se absterá de agir conscientemente.

Uma visão distorcida do mercado, pode levar a uma intervenção inadequada, tanto no que diz respeito à proporcionalidade, como também nos instrumentos e nos conteúdos que serão adotados, como também pode sustentar uma leitura de atendimento do interesse público e equilíbrio que não são reais.

Complementarmente, o conhecimento do mercado não pode levar ao que a doutrina denomina como “captura”, situação na qual o órgão regulador passa a enxergar o mercado mais sobre a ótica dos agentes regulados do que sob a ótica plural (interesse público, consumidores, agentes do mercado, etc.) que deve ser uma característica de sua atuação⁸. A posição neutra, associada à lógica de uma política de Estado, ao invés de uma política de Governo, é algo essencial a regulação. No entanto, para perseguir esta neutralidade é necessário que o agente regulador possua informações que lhe permitam compreender o mercado e a lógica de seus agentes.

A Assimetria de Informação

A informação possui um significativo valor nos mais diversos mercados, os vários agentes operam com base nas informações que possuem no ramo de atividade em que atuam, e, a partir daí, estabelecem certos comportamentos e constroem estratégias voltadas à maximização de seus lucros. É uma característica natural o fato de umas empresas terem mais informações do que outras ocorrendo um desequilíbrio nas relações verticais e nas concorrenciais, tratando-se de um aspecto do livre mercado e iniciativa, e, até mesmo, um reflexo da eficiência da empresa. Neste contexto, cabe mencionar a estrutura de custos de uma empresa do setor aéreo, uma informação sigilosa, que é guardada no âmbito interno. Um concorrente consegue estimar certos custos, tais como: manutenção, combustível, despesas aeroportuárias, impostos, etc. No entanto, os agentes não possuem um conhecimento completo acerca da estrutura de custos de operação uns dos outros, pois existem variáveis desconhecidas, como a possibilidade de utilização de subsídios cruzados entre as rotas como parte da precificação ou outras estratégias. A informação assimétrica gera uma dificuldade na formação do preço de um serviço ou produto que irá concorrer com outros, tratando-se de algo normal em uma economia de mercado na qual empresas atuam em regime de livre concorrência e devem lidar com este tipo de incerteza, ou lacuna informacional, em sua atividade.

No entanto, conforme exposto anteriormente neste trabalho, em diversos segmentos de mercado foi adotado um modelo de agência reguladora, cuja uma das finalidades é lidar com um determinado mercado, na forma de seu marco regulatório. Utilizando o setor de transporte como referência, existem segmentos deste setor na qual a falha de mercado está relacionada à existência de monopólios naturais, como nas estradas. Existirão também “essential facilities”, tais como portos e aeroportos. Será demandado um tratamento regulatório adequado com a finalidade de mitigar eventuais distorções mercadológicas, sejam estas concorrenciais, seja o distanciamento em relação ao fim público e ao interesse social. Além das falhas de mercado mencionadas, podem existir outros fundamentos para a regulação, tais como outras falhas de mercado, a existência de bens comuns e questões de relevante interesse coletivo, como saúde pública e cultura, dentre outros.

⁷ Sobre o dever de regulamentar, cabe mencionar a lição dos professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara: “Normas legais incompletas não podem servir diretamente de base a atos administrativos individuais e concretos. Uma entidade ou órgão administrativo que recebe da lei uma ampla competência reguladora, a ser exercida no plano administrativo com fundamento em balizas legais de natureza aberta, evidentemente se sujeito ao ônus de normatizar, como condição prévia do exercício concreto de seus poderes. Para uma agência reguladora, muito mais do que um poder regulamentar, existe um dever regulamentar”. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Dever regulamentar nas Sanções Regulatórias”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p.33-55, jul./set. 2010.

⁸ Neste ponto, cabe menção a lição do saudoso professor Marcos Juruena: “A captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnicos dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate com a presença de agentes públicos qualificados, sejam do quadro de apoio e direção, sejam contratados para prestar serviços.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Direito Administrativo Regulatório”. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 260.

Desta forma, verifica-se que a assimetria de informações, algo inerente a uma economia de mercado e que em regra não demanda um tratamento no âmbito do Estado, pode vir a ser tratada no âmbito da regulação. Uma possibilidade está nas relações consumeristas, em especial nas questões em que o desconhecimento técnico na matéria é significativo ou no qual exista uma afronta ao interesse público. Um exemplo seriam os contratos de adesão celebrados entre operadoras de telefonia e seus consumidores, tais contratos têm que ser submetidos à análise da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – para que seja verificada a adequação da prestação de um serviço, ressaltando-se que esta agência reguladora possui pessoal qualificado para aferir se uma determinada forma de contratação atende às expectativas do consumidor, assim como o interesse público afeto à questão. Cabe também menção à análise realizada no âmbito da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – dos contratos celebrados entre as operadoras de planos de saúde e seus clientes. Em um terceiro exemplo, pode ser mencionada a regulação da publicidade de alimentos estabelecida no âmbito da ANVISA cuja finalidade primordial está na atenuação da desinformação pelo consumidor, observando uma ação preventiva no âmbito da saúde pública⁹.

Assimetria de informações e o Estado

Para este trabalho tem relevância a idéia de assimetria de informação entre o Estado, na figura da agência reguladora, e seus agentes regulados. Considerando aspectos ligados a privacidade e ao sigilo, tem-se como natural que um conjunto de informações de natureza privada, tanto de pessoas naturais, como de empresas fiquem reservadas ao foro íntimo da pessoa ou no âmbito interno de uma empresa, ou seja, a maior parte das informações geradas cotidianamente não precisa ser compartilhada com o Estado ou com a coletividade. Não se vislumbra um Estado como o apresentado por Orwell, em sua obra “1984”, no qual estava presente a figura do “Big Brother” que monitorava as mais diversas ações de seus cidadãos. Neste contexto, ordinariamente, está presente uma assimetria de informações entre os cidadãos e os agentes do mercado em relação ao Estado. No entanto, se não é desejável um Estado intrusivo, por outro lado também não podem os direitos à privacidade e ao sigilo serem absolutos, podendo tais direitos serem mitigados em questões afetas ao interesse público, observado o devido processo legal e a legitimidade do ato administrativo.

Nas situações nas quais o Estado pode obter informações de cunho privado, tais como na “quebra” do sigilo fiscal, na autorização para realização de escutas telefônicas, na busca e apreensão de documentos, dentre outros, percebe-se a ponderação entre os direitos do indivíduo e o interesse público de natureza tributária, criminal ou administrativa afeta a questão. Neste trabalho entende-se que a privacidade titularizada pelos agentes atuantes em determinado setor regulado pode ser mitigada nas hipóteses em que o Estado, na forma de uma agência reguladora, demanda informações para o acompanhamento e compreensão das estruturas e funcionamento de um mercado, assim como para a construção de uma política pública setorial. O principal fundamento será o interesse público afeto a questão.

O poder de requisição de informações é bastante disperso, estando disposto em lei, como no inciso IV, do artigo 4º, da Lei 9.784/99¹⁰, que tem um caráter genérico, abordando informações que são necessárias para subsidiar uma decisão na esfera administrativa. Está também previsto em disposições legais específicas, tratadas nas respectivas leis que estabelecem a criação e os marcos regulatórios das agências reguladoras¹¹, assim como em sede infra-legal, em instrumentos normativos estabelecidos no âmbito das agências reguladoras.

O acesso as informações dos agentes de mercado, mesmo aquelas que possuem um caráter sigiloso, podem ter as mais diversas finalidades, como no âmbito da fiscalização, preventiva e repressiva, como em litígios administrativos. Neste trabalho, pretende-se focar em um instrumento que seja utilizado para reduzir a assimetria de informações entre o órgão regulador e os agentes atuantes no mercado, com a finalidade de se

⁹ Neste tema, cabe menção ao artigo “A Intervenção da Anvisa no Segmento Publicitário, Saúde Pública e Assimetria de Informação”. REIS, Sergio L. B. F. Revista de Direito das Comunicações. Ano 2, vol 4, jul-dez/2011. p. 43-78.

¹⁰ Abaixo reproduzimos o dispositivo para referência:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

¹¹ Como exemplo, optamos por reproduzir abaixo o artigo 13, da Lei 12.485/11, parte do marco regulatório da ANCINE:

Art. 13. As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade.

Cabe destacar, que tanto a ANCINE, como as outras agências possuem muitas vezes tal capacidade dispersa e um levantamento exaustivo poderia retirar o foco deste trabalho no sentido de uma teoria geral. A finalidade desta menção ao dispositivo é primordialmente exemplificativa.

estabelecer um meio para compreender a lógica do mercado, acompanhar a sua dinâmica e tendências, e, eventualmente, pautar uma intervenção mais precisa e eficiente¹².

Teoria dos Poderes Implícitos

A Teoria dos Poderes Implícitos, *Implied Powers Theory*, é utilizada no direito americano como um parâmetro para definir a extensão dos poderes do governo federal, de órgãos federais e dos entes federativos, possuindo implicações no direito constitucional, assim como no direito administrativo. Na Comunidade Européia é utilizada para definir as competências da União e dos países membros. No Brasil tem sido estudada em diversas áreas, tendo ganho especial relevância na discussão acerca do poder de investigação por parte do Ministério Público¹³.

No escopo deste trabalho, a Teoria dos Poderes Implícitos é aplicável a solicitação de informações aos agentes de um mercado regulado pelo respectivo órgão regulador, ou seja, como a agência reguladora tem competência para regular um setor, intervindo e alterando sua estrutura de funcionamento, terá também poder para atuar em questões acessórias relacionadas com o seu marco regulatório, como solicitar informações e documentos que permitam subsidiar o acompanhamento do mercado, e, eventualmente, a construção das políticas públicas que se façam necessárias. Do poder de regular, intervir, infere-se, implicitamente, o poder de solicitar informações.

Neste contexto, é necessário destacar que o excessivo detalhamento das atribuições e competências de uma agência reguladora em sede legal, desconsiderando a existência de poderes transferidos implicitamente, poderia lhe retirar o dinamismo e a agilidade necessários para regular um mercado. A idéia do legislador no sentido de delegação do poder normativo da esfera legislativa para um órgão regulador independente, está no reconhecimento de que o processo legislativo é complexo, e em diversas situações poderia não atender os anseios e o as expectativas da coletividade, tanto no que diz respeito ao dinamismo, como também em relação ao conhecimento técnico e a autonomia necessária¹⁴. Desta forma, a delegação deve ser ampla o suficiente para permitir a atuação da autoridade reguladora, que atua como o Estado, ressaltando-se os poderes implícitos que são transferidos para o devido cumprimento de sua função.

A doutrina norte americana traz duas decisões proferidas por sua Suprema Corte no sentido de uma interpretação extensiva do marco regulatório do FCC – Federal Communications Commission –, considerando poderes implícitos, tendo em vista a evolução tecnológica e da política pública afeta ao setor de TV por assinatura. Neste ponto, cabe menção as decisões: *United States v. Southwestern Cable Co.* 392 U.S. 157 (1968) e *United States v. Midwest Video Corp.* 406 U.S. 649 (1972).

Em sede doutrinária, cabe mencionar a lição do professor Dodd, em outro litígio no qual foi mencionada a Teoria dos Poderes Implícitos:

Mr. Justice Brewer in the case of South Carolina v. United States gave expression to the accepted view (...) Being a grant of powers to a government its language is general, and as changes come in social and political life it embraces in its grasp all new conditions which are

¹² Dispõe o saudoso professor Marcos Juruena: “Como instrumento de realização do princípio da eficiência, aqui entendido como a fixação de parâmetros objetivos, em cada caso concreto, para a implementação do interesse geral, a norma regulatória deve resultar de procedimento fundamentado na lei e em necessidades públicas, calçado em normas técnicas, com oitiva da sociedade e das corporações (sindicatos, conselhos profissionais, câmaras de comércio, associações civis e entidades de classe) e concluído por uma ponderação motivada. Do contrário, a norma será inconstitucional por violar a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a razoabilidade. Ob. Cit. p. 56

¹³ Existe uma significativa discussão doutrinária acerca da possibilidade do Ministério Público ter poderes de investigação, considerando as suas prerrogativas funcionais e sua independência, e, em especial, o fato de que o Ministério Público possui poderes afetos a ação criminal pública, assim como a ação civil pública. Consequentemente, implicitamente, teria poderes investigatórios associados à preparação de tais procedimentos judiciais. Nesta questão cabe menção ao julgamento da Segunda Turma do STF do HC 91.661 em 10/03/2009.

¹⁴ Neste ponto, cabe menção a lição do professor Alexandre Aragão: “Devemos ter em vista que foi ultrapassada a separação absoluta outrora existente entre Estado e sociedade. Há uma interpenetração entre ambos. O Estado é um instrumento de organização da sociedade, ao passo que o bem-estar desta é o objeto do Estado. Sendo assim, a tecnicização, diferenciação e autonomização dos vários subsistemas sociais tiveram a mesma consequência na organização das esferas decisórias estatais. Sem se tecnicizar, diferenciar e autonomizar internamente o Estado se distanciaria da sociedade a que incumbe regular. Uma regulação estatal homogênea, centralizada e desprovida dos meios técnicos necessários seria insuscetível de produzir os efeitos desejados na sociedade à qual deve servir.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Agências Reguladoras – E a evolução do Direito Administrativo Econômico”. 2ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. p. 204.

*within the scope of the powers in terms conferred. In other words, while the powers granted do not change, they apply from generation to generation to all things to which they are in their nature applicable*¹⁵.

Em outra passagem do texto de W. F. Dodd é feita uma citação ao posicionamento do Juiz Strong no tema:

*(...) Its existence may be deduced fairly from more than one of the substantive powers expressly defined, or from them all combined. It is allowable to group together any number of them and infer from them all that the power claimed has been conferred*¹⁶.

Seguindo na linha de raciocínio exposta pelo Professor Dodd, existe um conjunto de poderes que são transferidos ao órgão regulador, e destes devem ser deduzidos os poderes implícitos que tem como parâmetro, novas condições que venham a ocorrer no respectivo ambiente social. Desta forma, se uma agência reguladora tem poderes para intervir em uma determinada atividade, estará implícito o seu poder de solicitar informações dos agentes regulados.

Não transferir implicitamente o poder de solicitar informações, mas tão somente o poder de regular seria criticável posto que a agência reguladora tem o poder de regular e intervir em um mercado, mas não teria capacidade de buscar informações que venham a subsidiar a sua eventual intervenção. Haveria uma regulação com uma fundamentação rasa, utilizando indícios ou instintos, e que teria como consequência gozar de pouca legitimidade. A relação entre uma regulação de qualidade e sua fundamentação é direta.

Pedido de Informações e a Fiscalização

Em diversos momentos, o acompanhamento do mercado é confundido com a idéia de fiscalização preventiva. As duas atividades possuem um aspecto comum, qual seja, ambas precisam de informações dos agentes em seu escopo de atuação para atuarem de forma eficiente. No entanto, é necessário fazer uma distinção em relação a finalidade destes dois institutos, posto que a fiscalização preventiva busca atuar de forma inteligente para conhecer a estrutura do mercado e organizar a atuação do agente regulador no âmbito fiscalizatório¹⁷. Por sua vez, as áreas responsáveis pelo acompanhamento e análise de mercado em uma agência reguladora estão voltadas ao conhecimento e funcionamento do mercado como um todo, observando suas tendências, tais como, concentração de agentes, inovação tecnológica, novas práticas, dentre outras. De posse de dados e informações primárias, estará apto a subsidiar a construção e avaliação da política pública setorial.

Outra distinção está no fato de que a fiscalização opera com balizas concretas, nas quais estão presentes limites legais e normativos para a sua atuação, por exemplo, busca-se determinar se um agente do mercado está cumprindo certos padrões técnicos estabelecidos, ou se a qualidade do bem fornecido está de acordo com a norma. Por sua vez, a atividade de análise de mercado trata de questões mais abstratas, inovações tecnológicas, tendências de modificação de modelos de negócio, questões que ainda não estão definidas por ter relação com a vanguarda dos mercados. As informações necessárias possuem um razoável grau de abstração, e a fundamentação legal e normativa do ato será mais etérea, por não estar se tratando de uma rotina pré-estabelecida ou rotineira no âmbito regulatório.

Dessa forma, o ideal é que a agência reguladora conheça profundamente o seu respectivo mercado e tenha informações e dados primários que sirvam para nortear a sua atuação (ou abstenção). Deverão existir *locus* específicos para tratamentos dos dados recebidos pela agência conforme o seu escopo específico, mas por conta da dinâmica empresarial torna-se bastante relevante a existência de uma área específica para análise e

¹⁵ DODD, W. F. "Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law". The Yale Law Journal, Vol. 29, No. 2 (Dezembro, 1919), pp 137-162. New Haven, CT, EUA. p. 141-142

¹⁶ DODD, W. F. Ob. Cit. p. 141.

¹⁷ Sobre a definição de fiscalização, cabe mencionar a lição do professor Diogo de Figueiredo: "Segue-se a fiscalização de polícia. Ela se fará tanto para a verificação do cumprimento das ordens de polícia, não apenas quanto àquelas que não admitem exceções, como para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que foram consentidas pela Administração, pela outorga de licenças ou autorizações.

A utilidade da fiscalização é dupla: primeiramente, realiza a prevenção das infrações pela observação do cumprimento, pelos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; em segundo lugar, prepara a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringentes". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Curso de Direito Administrativo". 12ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002. p. 390.

acompanhamento do mercado que tenha acesso as informações relevantes dos agentes regulados quando necessárias.

Tratamento sigiloso da informação

Posteriormente ao envio de requisições, com o fornecimento das informações pelos agentes regulados, entende-se adequada a possibilidade de tratamento sigiloso dos dados fornecidos. Uma vez que a finalidade primordial da obtenção da informação é tratar a assimetria informacional do Estado em relação ao mercado, e não entre agentes do mercado, e que esta deverá subsidiar estudos, análises, e, eventualmente, até mesmo uma política pública. E, considerando, que não se deseja criar um ônus excessivo, posto o valor significativo, e, o impacto concorrencial que sua divulgação pode causar, tem-se a possibilidade de conferir tratamento confidencial como adequada.

Ademais, a proteção de dados confidenciais tem relação com a idéia de um órgão regulador que atue como um ponto de convergência para a discussão e o debate de questões setoriais e um espaço para a construção de uma política pública. Observada a necessária neutralidade e independência é importante que se construa uma boa relação com os agentes regulados, uma relação que busque integrá-los à política pública, onde todos atuam conjuntamente para o desenvolvimento da atividade¹⁸.

A fim de evitar o desvio de finalidade, que poderia causar danos, e responsabilização administrativa e pecuniária do órgão, é recomendável que as agências reguladoras que venham a trabalhar com informações sigilosas estabeleçam uma política interna própria para proteção da informação. O tratamento adequado permite construir uma relação de confiança, evitando a resistência¹⁹ no atendimento, o que ocasiona perda de tempo, recursos e informações parciais que não permitem uma efetiva análise, e diminuem a eficiência da medida adotada.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que é legítima e legal a requisição de informações pelas agências reguladoras para subsidiar o acompanhamento e monitoramento do mercado, assim como para a construção de políticas públicas. Vislumbra-se que a assimetria informacional do Estado é algo indesejado, que pode levar a uma análise insuficiente ou parcial do mercado e induzir decisões equivocadas. Considerando que o ideal são políticas públicas, e, eventuais intervenções regulatórias, eficientes, a obtenção de informações precisas e atualizadas permitem uma análise qualificada da questão e um resultado mais preciso dos estudos regulatórios.

Posto que as agências reguladoras têm poderes para regular o mercado, estabelecer deveres e obrigações e intervir na atividade regulada, está implícito que estes terão também poderes para requisitar informações que estejam no seu escopo. Por sua vez, por se tratar de um ato administrativo, deve estar clara a sua motivação e finalidade, uma forma de evitar distorções no uso deste poder implícito. Neste contexto, entende-se adequado o tratamento confidencial das informações que sejam consideradas relevantes para aquele que as fornece, dado não ser desejado criar um ônus excessivo como o que estaria associado às hipóteses de publicização de certos dados.

Bibliografia:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Agências Reguladoras – E a evolução do Direito Administrativo Econômico”. 2ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Direito dos Serviços Públicos”. 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2013.

¹⁸ Neste ponto, cabe menção a lição do professor Alexandre Aragão: (...) importante consequência da concepção das entidades reguladoras autônomas como ordenamentos jurídicos setoriais: estes não se reduzem às entidades que os exponencializam, a eles se integrando os particulares cuja atividade constitui o objeto da regulação e que, desta forma, também participarão do seu desenvolvimento. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. Cit. p. 197.

¹⁹ Um exemplo típico de resistência pelo agente regulado está na judicialização questionando a requisição da agência reguladora, o que, por si só, gera perda de tempo, associada aos trâmites judiciais, assim como custos associados ao litígio.

CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. “Curso de Direito Administrativo Econômico”. Volume II. Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

CARMO, Rogerio Assis. “O Reconhecimento da autoridade ancilar da FCC pela Suprema Corte norte-americana: convergência com a aplicação da teoria dos poderes implícitos no direito brasileiro”. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 5, n. 1, 2013, p. 195-226.

DODD, W. F. “Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law”. The Yale Law Journal, Vol. 29, No. 2 (Dezembro, 1919), pp 137-162. New Haven, CT, EUA.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. “Lições de Direito Econômico”. 3ª. edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010

MELO, Marcus André. “Instituições e Regulação na América Latina”. FHC/CIEPLAN. 2008. São Paulo, Brasil, e Santiago de Chile.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Curso de Direito Administrativo”. 12ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002

REIS, Sergio L. B. F. Revista de Direito das Comunicações. Ano 2, vol 4, jul-dez/2011. p. 43-78.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. “Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura”. Saraiva, São Paulo, 2013.

SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória. IPEA, 2008

SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Direito Administrativo Regulatório”. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Dever regulamentar nas Sanções Regulatórias”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p.33-55, jul./set. 2010.