

WILLIAM FAGUNDES LOBATO

**ANOTAÇÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado ao Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Egon Bockmann Moreira

**CURITIBA
2008**

A g r a d e ç o,

A Deus.

Ao Prof. Egon, pela orientação deste trabalho.

A minha querida mãe, pelo incentivo e apoio de todos os dias.

Aos meus irmãos, Jone; Gude e Naninha.

Aos meus amigos Marlo, Leandro, Adriano.

Aos Drs. Juliano, Sérgio e Fábio pela compreensão.

RESUMO

“Anotações Sobre O Modelo Brasileiro De Agências Reguladoras” constitui-se num bosquejo sobre a forma como as agências reguladoras estão alinhavadas no sistema jurídico institucional brasileiro. Não é um trabalho de cunho crítico, mas uma monografia descritiva. Tal descrição parte do período das revoluções burguesas, que ensejaram o nascer do Estado Democrático de Direito, o surgimento da tripartição dos poderes, com uma Administração burocrática, e o crescimento do capitalismo liberal nos países centrais de outrora. As duas Guerras Mundiais e a Grande Crise econômica dos anos de 1930 colocaram em xeque a crença nesse Estado capitalista burguês, o qual se recupera, adquirindo outra roupagem no Estado de bem-estar social, incentivado pelos valores socialistas da Revolução bolchevique de 1917 e, posteriormente, pela agenda “keinesiana”. Agenda esta que, nos EUA de Franklin D. Roosevelt, foi instrumentalizada através de *independent agencies*, inicialmente criadas para fins de correção de mercados monopolizados, que posteriormente passaram ao cerne do Direito Administrativo estadunidense. Através dessas *agencies*, o Estado norte-americano regula diversos setores econômicos, por via de normas (guiadas pela alta especialidade desses órgãos), mas tais agentes se sujeitam ao *accountability*. A tradição jurídica brasileira, comumente receptiva aos institutos jurídicos de além-mar, inspirados pelo modelo estadunidense, recepiona - na última reforma do Estado - o instituto das agências de regulação independentes (tidas por alguns como construções neoliberais). Tais agências representam uma guinada que a administração pública brasileira tenta dar, no sentido de afastar-se das antigas práticas de um outrora Império de administração patrimonialista, centrado em uma velha República engessada em burocracia rígida, que afirma defender o Estado Democrático de Direito, mas que defende o clientelismo, ou coronelismo, em meio a uma política populista. A reforma burocrática brasileira dos anos de 1995 trouxe no seu bojo a proposta de uma administração voltada para resultados, partindo de emendas na tenra Carta de 1988, Constituição esta que, na sua gênese, não esperava o influxo de tantas agências reguladoras; previa apenas dois órgãos de regulação, mas sem um modelo estabelecido. As agências reguladoras, no Brasil, estruturam-se sob a forma de autarquias, com regime especial, sendo dotadas de mais poderes e independência do que as autarquias ordinárias do Decreto Lei n.º 200/64. Este maior poder, principalmente o de regular a conduta de agentes econômicos, há de se conformar, entretanto, com a estrutura de tripartição dos Poderes do Estado, respeitando-se os limites da lei. Ademais, as agências reguladoras sujeitar-se-ão aos controles da sociedade e do Governo, a fim de salvar o monólito dos princípios e valores Constitucionais.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS – p.vi

1. INTRODUÇÃO; 1.1 DO ESBOÇO HISTÓRICO A PARTIR DOS ESTADOS LIBERAL E *WELFARE STATE* – DE ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA – A DOUTRINA DE ESTADO NEOLIBERAL – COM PROPOSTA DE UMA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL – p.7

1.2 DA CARACTERIZAÇÃO DO *ADMINISTRATIVE LAW* COMO O DIREITO DAS AGÊNCIAS; 1.2.1 Da gênese das agências reguladoras no cenário político-institucional estadunidense – p.19

1.2.2 O Direito Administrativo Estadunidense – p. 26

2. ALGUMAS GENERALIDADES SOBRE O DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO – p. 30

2.1 CONSIDERAÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL, NO QUE TANGE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DE UMA ESTRUTURA CENTRALIZADORA À DESCENTRALIZAÇÃO – p. 31

2.1.1 Colocação das agências reguladoras na Administração Pública nacional – p.38

2.2 BOSQUEJO DO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO – p.40

2.2.1 Formatação da Carta Magna de 1988 para os órgãos reguladores (ou agências reguladoras) – p.43

3. ANOTAÇÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE AGÊNCIAS REGULADORAS; 3.1 GÊNESE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – CONDIÇÕES PARA EXISTÊNCIA FÁTICA – p.46

3.2 RECONHECIMENTO DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – p.51

3.2.1 Independência ou “autonomia forçada”?; 3.2.2 A questão da independência em Marçal Justen Filho – p.53

3.2.3 Estabilidade dos dirigentes como garantia de insulamento – p.55

3.3 OBJETIVOS FINS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – p.58

3.3.1 Poder normativo das agências e sua legalidade – p.60

3.4 CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS; 3.4.1 Controle social – p.62

3.4.2 Controles pelo Executivo, Legislativo & Judiciário (breves comentários) – p.63

CONCLUSÃO – p.64

REFERÊNCIAS – p.66

LISTA DE SIGLAS

ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE – Agência Nacional do Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional do Petróleo
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA – Administrative Procedure Act
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRE – Conselho da Reforma do Estado
DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público
EC – Emenda Constitucional
FHC – Fernando Henrique Cardoso
FOIA – Freedom of Information Act
FTC – Federal Trade Commission
ICC – Interstate Commerce Commission
MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
SAF – Secretaria da Administração Federal da Presidência da República
SEDAP – Secretaria de Administração Pública da Presidência da República

1. INTRODUÇÃO

1.1 DO ESBOÇO HISTÓRICO A PARTIR DOS ESTADOS LIBERAL E *WELFARE STATE* – DE ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA – A DOCTRINA DE ESTADO NEOLIBERAL – COM PROPOSTA DE UMA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL.

O Direito Administrativo brasileiro incorporou do direito norte-americano um instrumento definido como **agências reguladoras**. Constituem essas agências o instrumento de **intervenção do Estado no domínio econômico**; e no Brasil representam, senão no todo, pelo menos em parte, a substituição de um modelo **burocrático** por um modelo **gerencial**, na condução da administração pública. Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América, as agências reguladoras suscitam debates quanto à sua legitimidade, em face dos princípios democráticos e da administração pública. Para sua compreensão, torna-se pertinente uma breve digressão histórica, com vistas a se entender a gênese e o ambiente econômico e institucional em que elas se situam.

O ponto de partida são as revoluções burguesas. As revoluções inglesa (1685 – 1689), americana (1776 - 1783) e francesa (1789) foram capazes de romper com o modelo monárquico-absolutista. A partir da revolução inglesa, e posteriormente a americana, estabeleceu-se o estado-de-direito; e com a francesa, a administração burocrática substituiu a administração patrimonial.¹ As obras de John Locke (*Second Treatise of Government* – 1690), Montesquieu (*l'Esprit des Lois* – 1748) e Adam Smith (*The Wealth of Nations* – 1776) são os principais aportes doutrinários do modelo estatutário que rompeu com o antigo regime. Leva-se algum tempo, entretanto, para que novos modelos de Estado criem raízes

¹BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma nova Gestão Para Um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. Revista do Serviço Público, janeiro/2001, p. 4.

fortes e se firmem. Tanto que somente a partir do século XIX é que o Estado se torna liberal e burocrático.²

Com o declínio do modelo de administração patrimonial exercido pelo monarca, o Estado moderno adota uma forma de administração burocrática em que, na lição de Max Weber, a burocracia compõe um corpo de funcionários formalmente encarregados de cuidar dos interesses da pessoa jurídica dentro dos limites da lei. O poder dos funcionários do Estado não reside neles pessoalmente, mas nas funções jurídicas que lhes cabem por direito.³ A arquitetura do Poder estatal é estruturada num sistema tripartite, cujos ramos - Executivo, Legislativo e Judiciário - são independentes entre si e têm suas funções bem definidas (como ensina Montesquieu), mas que evoluiu para uma separação atenuada por um sistema de “freios e contrapesos”. O estabelecimento de freios e contrapesos visa, antes, a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro. Ou seja, os freios e contrapesos possibilitam que os poderes políticos “andem em concerto”, fato este essencial à constituição de um Estado respeitoso às liberdades.⁴

Os partidários do liberalismo, em sua maioria, interpretam a teoria contratualista de John Locke, no sentido de que o papel do governo, no Estado Liberal, consiste particularmente em proteger os direitos à vida e à propriedade; a administração social só se legitima na medida em que protege esses direitos, nunca lhe cabendo a legitimidade de suprimi-los. A sociedade só é concebida como sendo o espaço onde os indivíduos perseguem seus projetos, livres de interferência e respeitando-se os direitos dos outros.⁵ A lógica econômica que

²BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma nova Gestão Para Um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. Revista do Serviço Público, janeiro/2001, p. 4.

³MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo. Martins Fontes, 2006, p. 331.

⁴FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Conflito Entre Poderes – O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.13-19.

⁵MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo. Martins Fontes, 2006, p. 475.

acompanha o modelo de Estado Liberal constitui-se na liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e **não-intervenção estatal no domínio econômico**, como premissas invioláveis, consubstanciadas no axioma “*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*”. Da mesma forma que se pode abstrair da leitura da obra de Adam Smith que as leis de mercado regulariam a economia qual se fosse “mão invisível”, sendo que ao Estado cumpriria apenas garantir a ordem institucional e administrar a justiça.⁶

Conclusivamente, o Estado Liberal oitocentista, marcadamente as grandes potências industrializadas (Estados Unidos, França e Inglaterra), cada uma a seu modo – mas com essência do pensamento liberal em comum – consolidaram o estado-de-direito; princípios democráticos; administração pública burocratizada e voltada à garantia de direitos individuais (propriedade, livre iniciativa); divisão tripartite do poder; sistema econômico capitalista de livre concorrência e **mínima intervenção estatal no domínio econômico – Estado mínimo**. Quanto ao século XIX, século da supremacia do Estado Liberal, assim é descrito pelo notório historiador Eric Hobsbawm:

Tratava-se de uma civilização capitalista na economia, liberal na estrutura legal e constitucional; burguesa na imagem de sua classe hegemônica característica;...; e profundamente convencida da centralidade da Europa, berço das revoluções da ciência, das artes, da política e da indústria e cuja economia prevalecera na maior parte do mundo, uma Europa cujas populações (incluindo o vasto e crescente fluxo de emigrantes europeus e seus descendentes) haviam crescido até atingir um terço da população humana; e cujos maiores Estados constituíam o sistema da política mundial.⁷

Ao florescer do século XX, o modelo liberal haveria, contudo, de sofrer fortes abalos nas estruturas da sua racionalidade econômica e nas finalidades da

⁶ DE MATTOS, Laura Valladão. As razões do *laissez-faire*: uma análise do ataque ao mercantilismo e da defesa da liberdade econômica na *Riqueza das Nações*. Revista de Economia Política, vol. 27, nº 1, janeiro-março/2007, p.109.

⁷ HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos – O breve século XX, 1914-1991. 2ª edição, 29ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 16.

administração pública, principalmente no que se refere à **intervenção estatal no domínio econômico**. Trata-se da crise do Estado Liberal, dando espaço ao novo modelo: Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*.

Antes, porém, de se adentrar ao século XX, é importante esboçar um panorama histórico e um quadro das reações contra a doutrina liberal e individualista. Essa reação originou-se da observação de certos fatos. A Revolução Industrial inglesa (século XVIII), que depois se estendeu a toda a Europa, combinada com o funcionamento dos mecanismos de livre concorrência, geraram inconvenientes de grave relevância. O campo de luta entre os detentores do capital era sem trégua, terminando, na maioria das vezes, pela eliminação do vencido ou sua absorção pelo vencedor, neste último caso constituindo monopólios. Analistas da época já começaram a entrever **os perigos dos monopólios para o consumidor**. No campo trabalhista, as condições de trabalho eram subumanas. A “lei do fundo de salário”, de Stuart Mill, conduziria inexoravelmente os operários ao nível mínimo de subsistência. Em face disso, tornam-se numerosas as reações irrompidas contra o liberalismo, sob duas correntes distintas. A corrente socialista se insurge diretamente contra a propriedade privada, por considerar ser este o principal instituto jurídico do liberalismo. As idéias socialistas remontam à antiguidade, mas, no caso em questão, é o pensamento de Karl Marx que rege o ataque socialista contra o liberalismo. A corrente não socialista é formada pelas doutrinas (por exemplo, a doutrina social católica) que, conservando as bases essenciais da propriedade privada, procuram estabelecer restrições à liberdade econômica, tendente a **sujeitar a iniciativa privada ao controle e à supremacia de uma entidade superior, a qual poderá ser, ora o Estado, ora grupos representativos de interesses gerais ou coletivos (por exemplo, associações profissionais)**.⁸

⁸ HUGON, Paul. História das Doutrinas Econômicas. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1973, p. 168-169.

Retomando a gênese da crise do Estado Liberal, o despertar do século XX acontece ao som dos canhões da Primeira Grande Guerra (1914 – 1918), junto com a queda do czarismo pela Revolução Russa (1917), além da quebra de grandes empresas, em decorrência da Grande Crise ou Depressão Econômica (1929 – 1933) e, por fim, o horror da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945). Tais eventos, aliados a parte do ideário antiliberal e, fundamentalmente, ao pensamento *keynesiano*, serão responsáveis por profundas mudanças no modelo liberal.

Até agosto de 1914, afirmava John Maynard Keynes⁹ que a maior parte da população trabalhava duro e não vivia confortavelmente; porém, todo homem de talento ou caráter superior à média conseguiria ascender à classe média, a cujos membros a vida oferecia confortos e comodidades para além do alcance dos mais ricos e poderosos monarcas de outros tempos.¹⁰ Mas esse clima próspero do mundo liberal, com “oportunidades e riquezas”, foi vergastado pela Primeira Grande Guerra (1914 – 1918). Ao final desta, a economia mundial encontrava-se desestruturada; e os países centrais europeus, França e Inglaterra, desgastados pela guerra, testemunham então a primazia da economia mundial deslocar-se da Europa para os Estados Unidos da América, sem se esquecer que em 1917 a Rússia havia se retirado do conflito, para empreender sua revolução *bolchevique*, culminando com o surgimento da União Soviética. Naquele momento, a impressão geral era que nada conseguiria deter a onda de progresso que embalava os Estados Unidos. Todavia, o surto expansivo do pós-guerra estava com os seus dias contados.¹¹ A grande queda da Bolsa de Nova York, ocorrida em 24/10/1929,

⁹ *Economista e alto funcionário do governo britânico – responsável por políticas que ajudaram a salvar as sociedades ocidentais da depressão econômica da década de 1930. Principais: “The economic consequences of peace” – 1920; “A Treatise on money” – 1930 e “General theory of employment, interest and money” – 1936.*

¹⁰ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo*. Martins Fontes, 2006, p. 535-536.

¹¹ ARTHMAR, Rogério. *Os Estados Unidos e a economia mundial no pós-Primeira Guerra*. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 29, 2002, p.1-19.

repercutiu tragicamente, logo de início, na rotina de *Wall Street* (importante centro financeiro dos E.U.A.), conforme a notícia:

*G.E. CUTLER DIES IN WALL ST. LEAP; Head of Produce Firm, Said to Be Heavy Market Loser, Jumps From Seventh-Floor Window. RESCUE ATTEMPT FUTILE Lawyer Tries in Vain to Pull Him Back Into Room From Ledge 100 Feet Above Street.*¹²

E pelos nos anos de 1930, uma depressão sem precedentes assolou a economia mundial. Essa crise produziu fortes transformações no delineamento das políticas econômicas dos sistemas capitalistas,¹³ ou - numa afirmação mais dramática, porém longe de se afastar da realidade - dir-se-ia que: “a Grande Depressão destruiu o liberalismo econômico por meio século”.¹⁴ As políticas econômicas voltadas a enfrentar a crise encontram semelhanças na racionalidade econômica soviética e nos postulados de J.M. Keynes – estado *keynesiano*. Primeiramente, a implementação dos Planos Quinquenais soviéticos nos anos 30 demonstrou a utilidade das **soluções intervencionistas e a necessidade de que o Estado retomasse seu papel como direcionador do processo de produção**. O resultado é que o mundo capitalista que emerge após o fim da Segunda Guerra experimenta quase três décadas de elevado crescimento, o que acabaria por **criar um abrangente sistema de proteção social e reservar ao Estado papel primordial no planejamento da economia**.¹⁵ Torna-se pertinente ressaltar, ainda, acerca da importância da Revolução Russa que:

¹² THE NEW YORK TIMES. November 17, 1929, Sunday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2008.

¹³ LEAL, Suely Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. Caderno de Pesquisa n.º 13 – Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – UNICAMP, 1990, p. 3.

¹⁴ HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos – O breve século XX, 1914-1991. 2ª edição, 29ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 99.

¹⁵ BARROS, Sebastião do Rego. A Revolução de Outubro: 80 Anos. Revista Estudos Avançados IEA-USP, São Paulo, v. 32, n. 12, janeiro-abril/1998, p. 23.

... se revelou a salvadora do capitalismo liberal, tanto possibilitando ao Ocidente ganhar a Segunda Guerra Mundial contra a Alemanha de Hitler, quanto fornecendo o incentivo para o capitalismo se reformar, e também – paradoxalmente – graças à aparente imunidade da União Soviética à Grande Depressão, o incentivo a abandonar a crença na ortodoxia do livre mercado.¹⁶

Quanto ao modelo *keynesiano*, está fundado sobre o equilíbrio entre os imperativos de crescimento econômico e as exigências de maior equidade social, dentro do quadro de um **Estado economicamente e socialmente ativo**.¹⁷

No início dos referidos anos 30, assume a presidência dos Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, que de partida implementa um conjunto de medidas políticas e econômicas para enfrentar a Grande Depressão. Seu plano ficou conhecido como *New Deal*. Este, por sua vez, tem como fundamento o estado *keynesiano* que, assim como a Grande Crise, repercutiu em toda a economia política ocidental. Todavia, o período de recuperação que começa a se delinear nos anos de 1930 é interrompido pela Segunda Grande Guerra. Ao final da mesma, ainda que o mundo estivesse traumatizado pelo horror da eugenia, a economia mundial precisava retomar os trilhos; paralelamente ao surgimento dos Estados Socialistas do Leste Europeu e o aparente fracasso do “*laissez-faire*”, em face da tragédia econômica da Grande Depressão, o capitalismo ocidental estava em xeque. Porém, ao final da Segunda Grande Guerra, vendo-se o ocidente capitalista movido pelo receio da vitória socialista, por caminho revolucionário ou eleitoral, os países do mundo desenvolvido contra-atacam, sob o mesmo compasso do *New Deal*, adotam o modelo do *Welfare State* e assimilam a **social-**

¹⁶ HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos – O breve século XX, 1914-1991. 2ª edição, 29ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 89.

¹⁷ LEAL, Suely Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. Caderno de Pesquisa n.º 13 – Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – UNICAMP, 1990, p.4.

democracia, num modelo híbrido de capitalismo com democracia e inclusão social.¹⁸

O *Welfare State* emerge como concepção básica do Estado e da política estatal *keynesiana*, na maior parte dos países do Ocidente, embora em momentos diferenciados e com práticas específicas. Nesse novo modelo, há forte **“alargamento” do Estado** e uma nova relação entre capitalismo e instituições. O Estado apropria-se de certas funções privadas de gestão e reprodução de força de trabalho, atua garantindo o processo de acumulação através da **intervenção**, promovendo a **regulação da força de trabalho e das relações sociais por meio de uma profunda reforma social (compromissos de “pleno emprego”: regulação do nível de emprego pela administração da demanda dos gastos sociais, e de “igualdade”: constituição de uma malha de serviços sociais).**¹⁹ Vale ressaltar que, ao adjetivar o Estado como **social-democrata**, está-se referindo à natureza das instituições do Estado ou do regime político. A partir da Segunda Grande Guerra, a social-democracia desenvolveu-se plenamente nos países ocidentais europeus, além de Canadá e Austrália. Já nos Estados Unidos, desenvolveu-se de forma incompleta (em razão da sua força econômica). E na América Latina, não se conseguiu amadurecer plenamente o modelo (em face de uma relativa menor envergadura econômica, se comparada aos exemplos citados). O Estado Liberal (liberal-democrático) oitocentista visava assegurar simplesmente direitos civis, ao passo que o *Welfare State*, com o modelo **social-democrático**, constituiu um grande progresso, ao garantir direitos sociais, ou seja, educação fundamental universal, assistência de saúde universal, uma renda mínima

¹⁸ BARROS, Sebastião do Rego. *A Revolução de Outubro: 80 Anos*. REVISTA ESTUDOS AVANÇADOS IEA-USP, São Paulo, v. 32, n. 12, janeiro-abril/1998, p. 23.

¹⁹ LEAL, Suely Maria Ribeiro. *A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho*. Caderno de Pesquisa n.º 13 – Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – UNICAMP, 1990, p.3-5.

universal, um sistema básico de pensões universal.²⁰ Em termos gerais, é afirmável que, ao se verificar que o modelo *keynesiano* estrutura o pacto capital – Estado – trabalho, mas, o *Welfare State* traz consigo a contradição do capitalismo, pois tanto é funcional no processo de acumulação – na medida em que o setor público arca com os custos de reprodução – quanto atende à classe trabalhadora, via concessão de benefícios sociais, promovendo sua reprodução e possibilitando as condições de sua manutenção.²¹

Por três décadas, o progresso econômico foi elevado ao apogeu, a ideologia *keynesiana* tornou-se referencial, a produção cresceu, o desemprego diminuiu, os serviços sociais foram intensamente ampliados e estendidos a todos os setores sociais. A paz social tornou-se a imagem difundida em todos os recantos das sociais-democracias ocidentais.

*Em suma, por diversos motivos, autoridades e mesmo muitos homens de negócio do Ocidente do pós-guerra achavam-se convencidos de que um retorno ao 'laissez-faire' e ao livre mercado original estava fora de questão. Alguns objetivos políticos – pleno emprego, contenção do comunismo, modernização das economias atrasadas, ou em declínio, ou em ruínas – tinham absoluta prioridade e justificavam a **presença mais forte do governo.***²² [grifos meus]

No entanto, logo após décadas de crescimento econômico, o modelo de social-democracia, *Welfare State*, mergulhou em profunda crise. A crise iniciada nos anos de 1965 e acelerada entre 1968 e 1974 pôs em xeque os mecanismos de acumulação, atingindo o próprio padrão de desenvolvimento capitalista. Postula-se que as causas da crise estariam vinculadas, de um lado, ao

²⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma nova Gestão Para Um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. Revista do Serviço Público, janeiro/2001, p. 10.

²¹ LEAL, Suely Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. Caderno de Pesquisa n.º 13 – Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – UNICAMP, 1990, p. 9.

²² HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos – O breve século XX, 1914-1991. 2ª edição, 29ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 267.

crescimento do pleno emprego; à sua sustentação social; à redistribuição dos rendimentos; às negociações salariais, e a toda uma política de seguridade, gerando uma forte crise fiscal, posto que o Estado não mais conseguia cumprir os requerimentos do capital monopolista e concorrencial, nem manter sua legitimidade sobre a exploração econômica e o controle sobre a classe trabalhadora; por outro lado, como fundamentação ideológica, à necessidade de **reforma do Estado.**²³

Estados Unidos da América e Inglaterra tornaram-se os principais empreendedores das reformas. A partir da chegada, em 1979, de Margareth Thatcher ao cargo de Primeira Ministra britânica e da vitória republicana das eleições norte-americanas de 1980, com Ronald Reagan, formou-se uma comunhão anglo-americana que elevou, da relativa obscuridade à categoria de movimento guia do ocidente capitalista, uma doutrina que passou a ser denominada de *neoliberalismo*. Esta teoria postula no sentido de que o bem-estar do ser humano se realizará pela liberdade e habilidade (competência) de ação dos agentes econômicos (particulares), dentro de um quadro institucional caracterizado pela forte defesa dos direitos de propriedade, e pelas liberdades de mercado e comércio. O papel do governo é criar e preservar este quadro institucional. O poder estatal deve garantir, por exemplo, a integridade e qualidade monetária, além daquelas funções militares (defesa, polícia) e deve, ainda, compor uma estrutura jurídica e funcional que garanta os direitos de propriedade e de funcionamento dos mercados, mesmo que, se necessário for, tiver de empregar violência. Em face da inexistência de certos mercados, como, por exemplo: água, educação, seguro-saúde, seguridade social ou poluição ambiental, devem estes ser então criados pela ação estatal. Uma vez definidas as tarefas do

²³ LEAL, Suely Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. Caderno de Pesquisa n.º 13 – Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – UNICAMP, 1990, p. 10.

Estado, não lhe compete aventurar-se além de seus limites. Uma vez criado o mercado, **a intervenção estatal deve ser mantida a um certo mínimo, para evitar que grupos econômicos poderosos distorçam as vias estatais democráticas, por intervenção em benefício próprio.** Houve em muitos países antes ligados ao socialismo soviético, e em países fortemente mergulhados no *Welfare State* (Suécia, por exemplo), uma guinada em direção ao *neoliberalismo*, por meio de **desregulação, privatização e retirada do Estado de áreas comumente vinculadas à prestação social.**²⁴

Não obstante, parece claro que o modelo neoliberal prega a necessidade de se configurar um **Estado mínimo**, o qual se afaste da intervenção econômica e que fique adstrito à garantia de direitos de propriedade, deixando a coordenação econômica nas mãos do mercado. A crença no **Estado mínimo** mostrou-se, porém, irrealista. Primeiramente, pela falta de apoio político, de vez que o cidadão exige sempre mais do Estado. Depois, rapidamente se percebeu que não passava de dogmatismo a idéia segundo a qual as falhas do Estado eram piores que as falhas de mercado, além de ser tão grande o papel das políticas públicas no capitalismo contemporâneo, que se torna irrealista propor que elas sejam substituídas pela coordenação do mercado. Por outro lado, um fator concorrente à crise econômica é a crise de Estado. Se o **Estado mínimo** é irrealista, a conclusão foi pelo entendimento de que, se o Estado não poderia ser definhado, mas deveria ser **reformado** de alguma forma.²⁵

A caracterização padrão da crise do Estado engloba alguns pontos, tais como: a) fim do desenvolvimento do pós-guerra, pelo fim de *Bratton Woods*, crises do petróleo, crises de liquidez, instabilidade do mercado financeiro internacional e

²⁴ HARVEY, David. A Brief History of Neoliberalism. Oxford University Press Inc., New York – U.S., 2005, p. 2-3.

²⁵ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. In: _____. & SPINK, Peter. Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p.22-23.

outros; b) crise do *Welfare State*; c) **disfunções burocráticas ou crise do modo de implementação estatal de serviços públicos**; d) e, dentre outras: crise de governabilidade: sobrecarga fiscal, excesso de demandas e crise de legitimidade. Por sua vez, nos governos Thatcher e Reagan, acompanhando as reformas econômicas, emergiram com vigor na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos outras reformas, propícias a levar os respectivos Estados à **administração pública gerencial**, que, por meio da *revolução gerencial*, substituiu a administração burocrática. São características genéricas dos modelos de **administração pública da revolução gerencial**: a) caráter estratégico ou orientado por resultado do processo decisório; b) descentralização; c) flexibilidade; d) desempenho crescente; e) competitividade interna e externa; f) direcionamento estratégico; g) transparência e cobrança de resultados (**accountability**)²⁶; h) orientação voltada para o cidadão – consumidor. Em suma, a idéia geral sobre administração gerencial é a de **descentralização, delegação de autoridade** e rígido controle de desempenho, sendo sua orientação voltada ao cidadão – consumidor.²⁷

É sob esse arcabouço (**descentralização, delegação de autoridade, controle de desempenho e orientação voltada ao cidadão**) que o Brasil irá importar **agências reguladoras** e tentar adaptá-las à sua administração pública, conforme se propõe demonstrar, mais adiante, neste trabalho.

²⁶ MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a Revolução Gerencial – A Persistência da Dicotomia entre Política e Administração. Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado, Salvador, n.º 6, junho/julho/agosto, 2006, p. 22.

²⁷ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. In: _____. & SPINK, Peter. Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 33.

1.2 DA CARACTERIZAÇÃO DO *ADMINISTRATIVE LAW* COMO O DIREITO DAS AGÊNCIAS

A doutrina nacional (brasileira) é uniforme ao afirmar que o Direito Administrativo estadunidense, ou *Administrative Law*, é o Direito das Agências, porquanto nos Estados Unidos as agências (*agencies*) podem ser titulares de poderes quase judiciais, de vez que permitem resoluções de certas controvérsias; e de poderes quase legislativos, que permitem a elaboração de normas e regulamentos, desde que respeitem *standards* traçados pelo legislador. No intuito de se tentar chegar a tais conclusões e compreender um pouco da matriz importada, que moldará o modelo brasileiro de agências reguladoras, preliminarmente, uma vez que o Direito Administrativo brasileiro possui distinções com o *Administrative Law* norte-americano, alguns comentários fazem-se importantes acerca deste.

1.2.1 Da gênese das agências reguladoras no cenário político-institucional estadunidense.

Conforme já relatado, as revoluções burguesas romperam com o antigo regime monárquico, acarretando profundas transformações, dentre elas o surgimento da administração pública burocrática, sendo que a bússola norteadora da função administrativa pública é sua sujeição ao Direito Administrativo.

*O Direito Administrativo é o ramo do direito público que disciplina o exercício da função administrativa, assim como os órgãos que a desempenham.*²⁸

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 2002, p.27.

Levando-se em conta a respectiva situação sócio-político-administrativa, o Direito Administrativo desenvolveu-se de maneira particular em cada país.²⁹ No caso dos Estados Unidos da América, a nação demorou a reconhecer o Direito Administrativo, visto que a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico diverso dos particulares e a uma jurisdição administrativa própria, para decidir os litígios da Administração, é refratária à *common law*, que é um regime jurídico pertinente tanto aos particulares quanto ao poder público.³⁰ Além do regime jurídico da *common law*, os EUA são tidos, por alguns, como expressão “fidedigna” da narrativa *lockiana*, do **Estado mínimo**. Entretanto, como já descrito, antes da sucumbência do **Estado Liberal** em razão das práticas capitalistas de mínima intervenção estatal nas relações econômicas, analistas da época já começaram a entrever **os perigos dos monopólios para o consumidor**, fato este posteriormente constatado no setor ferroviário norte-americano.

THE TENDENCY TO MONOPOLY

*... railroad lines into great systems under a single control illustrate a general movement in commercial affairs which cannot be regarded without a certain degree of apprehension...*³¹

Uma vez que o monopólio tenha se estabelecido, o monopolista não encontra maiores dificuldades para impor sua vontade àqueles que dele necessitam, conforme ilustra a seguinte notícia da época: *BUILDING UP A MONOPOLY.; RAILROADS FORCING TERMS UPON THE PRODUCERS.*³² Não obstante, verificou-se uma crescente insatisfação entre os usuários dos serviços ferroviários, além da repercussão nos preços de setores importantes, como o alimentício.

²⁹ FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Direito Administrativo*. Saraiva, 2007, p.2.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *O Direito Administrativo Brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da common law*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, 2007, p. 3

³¹ THE NEW YORK TIMES. January 23, 1881, Wednesday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 2 de julho de 2008.

³² THE NEW YORK TIMES. March 25, 1885, Wednesday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 2 de julho de 2008.

RAILROADS AND THE PRICE OF BEEF.

*The new freight rates for dressed beef and live cattle from Chicago eastward will be imposed next week. The present rate for dressed beef is 74 per cent, higher than the rate for live cattle. The new rate for dressed beef will be 85 5-7 per cent, higher than that for live cattle...*³³

Em face de tais circunstâncias, em 1887 o Congresso dos EUA promulgou o *Interstate Commerce Act* (Lei de Comércio Interestadual), que criou a *Interstate Commerce Commission* (ICC), agência destinada à regulação do setor.

*A origem remota das Agências Reguladoras é inglesa, a partir da criação pelo Parlamento, em 1834, de diversos órgãos autônomos, com a finalidade de aplicação e concretização dos textos legais. Por meio dessa influência, nos Estados Unidos da América, em 1887, criou-se o Interstate Commerce Commission, iniciando assim a instituição de uma série de agências.*³⁴

Em suma, a regulação do setor ferroviário foi proposta porque o mesmo se configurou como monopólio natural, uma vez que fora capaz de capturar as economias dependentes do trânsito de *commodities*.³⁵ Posteriormente, após a criação da ICC, outros setores da economia norte-americana demandavam por regulação, entre os quais o setor de comunicações.

Conclusivamente, acerca desse primeiro momento, as agências reguladoras surgem no cenário norte-americano como instrumentos de **intervencionismo** e **relativização** das garantias liberais clássicas, como direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a

³³ THE NEW YORK TIMES. February 26, 1886, Wednesday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 2 de julho de 2008.

³⁴ DE MORAIS, Alexandre. Conceito e Características das Agências Reguladoras. AGÊNCIAS REGULADORAS – p. 22 e 23.

³⁵ VACHAL, Kimberly. The Interstate Commerce Commission – Past and Present. p. 1

fase do capitalismo liberal puro.³⁶ Mas, foi com a implementação do *New Deal* que se intensificou a proliferação de agências reguladoras.

*..., embora, a 'Interstate Commerce Commission' (ICC) – normalmente apresentada como a primeira agência reguladora norte-americana –, a 'Federal Trade Commission (FTC)' e a 'Federal Radio Commission (FRC)', tenham sido criadas, respectivamente, em 1887, 1914 e 1926, foi somente com o 'New Deal' que a moderna agência reguladora se tornou um elemento característico da Administração Pública norte-americana.*³⁷

Destarte, em meio à grande crise econômica mundial dos anos de 1930, chega à Casa Branca o democrata Roosevelt, F.D., que levou a cabo medidas concretas, que ficaram conhecidas pela expressão *New Deal*, compreendendo uma série de reformas econômicas e institucionais, com vistas à implementação da agenda *keynesiana*, que gizou o *Welfare State* (concepção de Estado que – conforme já visto - se tornou hegemônico e acabou por superar o **modelo liberal**). Dentre as inúmeras reformas promovidas pelo *New Deal*, constava a reforma da Administração Pública dos Estados Unidos, cujo enfoque principal centrava-se num ataque ao sistema da *common law* e ao modelo de tripartição dos Poderes do Estado, harmonizados pelo mecanismo de freios e contrapesos.³⁸

*O colapso do sistema de mercado do 'common law' durante a Depressão fez com que as premissas utópicas do 'laissez-faire' parecessem irrealis. E mais, a recuperação econômica parecia demandar uma coordenação e um planejamento cada vez maiores. Uma preocupação final era a necessidade de redistribuição de riqueza e benefícios legais, o que não poderia passar pelo 'common law'.*³⁹

³⁶ *Idem*, p.1

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, 2005, p. 2

³⁸ SUNSTEIN, Cass. *O Constitucionalismo após o New Deal*. In: *Regulação Econômica e Democracia – o debate norte-americano*. Ed. 34, p. 131-133.

³⁹ *Idem*, p. 143-144

Entre os anos de 1930 e 1945, em meio ao contexto da crise econômica, erigiu-se um grande número de **agências** que, como parte da política do *New Deal*, intervieram fortemente na economia, culminando com o que viria a ser denominado de *regulatory state*.⁴⁰ A crise poderia ser superada, dentre outras medidas, pela reestruturação dos sistemas da *common law* e da tripartição dos Poderes e no mecanismo de freios e contrapesos. Para os *New Dealers*, a *common law* consistia num mecanismo de insulamento da distribuição de riqueza e de benefícios legais – uma excessiva proteção aos interesses dos proprietários, em face de interesses sociais.⁴¹ Além disso, os reformadores estavam convictos de que a composição tripartite dos poderes do estado estava sujeita aos entraves do jogo político-institucional⁴², como bem analisa Cass Sustein:

*Na visão deles, o sistema de separação de funções impedia o governo de reagir de forma rápida e flexível para estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as flutuações do mercado desregulado. Além disso, os reformadores acreditavam que a distribuição de poderes entre os três ramos de governo criava disputas políticas que retiravam dos funcionários do ramo Executivo a capacidade de desenvolver políticas públicas livres de pressões partidárias.*⁴³

O governo democrata, aproveitando-se do caos da crise econômica, erigiu as novas agências sob a forma de comissões independentes, cujos poderes para implementação das políticas do *New Deal* não careciam da aprovação do Congresso, sendo, portanto, mais ágeis que os instrumentos da *common law* e da

⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Editora Lumen Juris, p. 29.

⁴¹ SUNSTEIN, Cass. O Constitucionalismo após o New Deal. In: *Regulação Econômica e Democracia – o debate norte-americano*. Ed. 34, p. 132.

⁴² *Idem*, p. 133.

⁴³ SUNSTEIN, Cass. O Constitucionalismo após o New Deal. In: *Regulação Econômica e Democracia – o debate norte-americano*. Ed. 34, p. 133.

política que envolvia os poderes, cujas condutas eram eventualmente revisadas pelas cortes.⁴⁴ Quanto a esse panorama, Sunstein assevera que:

... a atribuição de poder a agências reguladoras. A concepção da administração do 'New Deal' via as agências como insuladas em relação à política, tecnicamente sofisticadas e dotadas de capacidade de iniciativa. A expectativa era de que técnicos neutros, atuando acima dos conflitos, seriam capazes de discernir o interesse público. O presidente Roosevelt declarou que: '[o] dia da administração esclarecida chegou'.

Portanto, naquele segundo momento, as agências reguladoras possibilitaram a implantação da agenda social democrata, visto como se encontravam distantes das pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias, para transformar a regulação erigida pelo sistema da *common law*.⁴⁵

Essa autonomia conferida às agências culminou com um substancial debate constitucional-jurisprudencial. O terceiro momento, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo, a *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimentos Administrativos) – APA.⁴⁶ A APA foi inicialmente concebida como instrumento de supervisão designado ao policiamento de um poder executivo que se inchou rapidamente, em face da Grande Depressão. O panorama sócio-político que favoreceu a criação da APA era controverso, e essa lei só logrou emergir após um longo período de debates e estudos. Vinte anos após a criação da APA, o Presidente Lyndon Johnson aperfeiçoou essa Lei com a *Freedom of Information Act* – FOIA. A FOIA expandiu e melhorou a participação do público, permitindo que os cidadãos tivessem acesso

⁴⁴ GROSSBERG, M, & TOMLINS, C. *Storm over the New Deal*. In: *The Twentieth Century and After (1920-)*. Cambridge University Press, p. 9.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, 2005, p. 5.

⁴⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Editora Lumen Juris, p. 29.

aos arquivos da Administração. Com a APA melhorou, e muito, a participação no processo regulatório americano⁴⁷, além de conceder uniformidade ao processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade.⁴⁸

Entre os anos de 1965 e 1985, o sistema regulatório norte-americano defrontou-se com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação independente: trata-se da questão da captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados.⁴⁹ Pois os órgãos reguladores não cumpriram a sua função legal, devido à influência externa contrária que sofreriam, voltando-se à defesa de interesses específicos, e não mais ao interesse público.⁵⁰

Regulados e reguladores são xifópagos gerados pela economia de mercado. O aparato regulatório, criado para sanar as imperfeições do mercado, torna-se, ele mesmo, um mercado, onde regulação é 'comprada' e 'vendida'.⁵¹

Dessa desvirtuação, os maiores prejudicados foram os consumidores; e então, a partir de 1985, o modelo passou a ser redefinido com vistas à consolidação de controles externos, para garantir a independência dos entes reguladores.⁵²

A título de arremate desse enfoque sobre a gênese das agências americanas, fica a lição de Joaquim B. Barbosa Gomes, segundo o qual:

... essas entidades nasceram de indeclinável necessidade de mudança do curso do sistema capitalista e da conseqüente

⁴⁷ NYLANDER, Jill. *The Administrative Procedure Act*. Michigan Bar Journal, 2006, p. 40.

⁴⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: Agências Reguladoras e Democracia. Editora Lumen Juris, p. 29

⁴⁹ *Idem*, p.29.

⁵⁰ DUTRA, Pedro. Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção. Revista de Direito Público da Economia. Jul/set. 2003, p.194-195.

⁵¹ NUNES, Edson. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle. Revista de Direito Público da Economia. Abr./jun., 2003, p. 164.

⁵² GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: Agências Reguladoras e Democracia. Editora Lumen Juris, p. 29 e 30.

alteração da postura do Estado em relação às relações econômico-sociais engendradas por este sistema. Consolidadas e legitimadas pela crise econômica dos anos 30 e pelos seus desdobramentos institucionais, paulatinamente elas se aperfeiçoaram e se multiplicaram, integrando-se, definitivamente, à estrutura Administrativa do Estado norte-americano.⁵³

1.2.2 O Direito Administrativo Estadunidense

Doravante a expressão *Administrative Law* referir-se-á, no presente estudo, ao Direito Administrativo dos EUA, que envolve, em sentido amplo, o estudo de certa parte do sistema governamental norte-americano, cujas decisões não são emanadas do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário⁵⁴, ou ao corpo de leis, procedimentos e instituições legais que incidem sobre as agências governamentais, com vistas à forma como elas implementam as normas jurídicas e administram as políticas públicas. Sobre esse tema, assevera Marçal Justen Filho que:

..., costuma-se utilizar a expressão “Direito Administrativo” (“Administrative Law”) para indicar o conjunto de normas e princípios que disciplinam a atividade das agências e o produto de sua atuação.⁵⁵

O *Administrative Law* define o posicionamento estrutural das agências administrativas no sistema governamental; especifica os procedimentos decisórios que as agências devem seguir e determina a disponibilidade e âmbito de **revisão de suas ações pelo poder judiciário**. Envolve princípios e procedimentos comuns que cortam horizontalmente em todas as diversas áreas da administração e regulação. Assim, o *Administrative Law* objetiva garantir o Estado de Direito e a

⁵³ *Idem*, p.30

⁵⁴ JR. FOX, William F. Understanding Administrative Law. Matthew Bender & Company, Inc., p.4, 2000.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Dialética, p. 54 2002.

defesa da liberdade, enquanto garantem que as agências sigam **procedimentos justos e imparciais**, ao agirem dentro dos limites legais da **autoridade delegada pelo legislador** e respeitando os direitos dos particulares.⁵⁶

Nos EUA há agências com vistas ao desempenho primordial da regulação (*regulatory agencies*) que, face ao seu poder sancionador, coage os destinatários finais da regulação (pessoas jurídicas e pessoas físicas) a observarem a lei. E existem agências vocacionadas às atividades pertinentes ao bem-estar-social (*benefactory agencies*), que expedem e regulam benefícios (licenças, autorizações, subsídios, etc). Também, as agências são vislumbradas conforme a maneira de nomear e dispensar o seu gestor chefe (*head*). As agências independentes (*independent agencies*) só podem ter seu gestor destituído do cargo mediante uma causa satisfatória (sendo mais dificultoso para o Executivo tanto constituir quanto desconstituir o gestor chefe). Quanto às agências não-independentes (*exetutive branch agencies*), o gestor chefe pode ser posto e deposto conforme o Poder Executivo determinar.⁵⁷

Ao nível federal, as agências são submetidas à APA, que disciplina a atividade reguladora, controlando os meios pelos as agências exercem a regulação, e também normaliza a revisão judicial das decisões expedidas em audiência. Basicamente, a lei determina que as agências respeitem quatro propósitos básicos: i) manter públicas as informações sobre a estrutura da agência, seus procedimentos e suas normas e regulamentos (*rules/regulations*)⁵⁸; ii) oportunizar a participação pública (audiências) no processo de regulamentação (*rulemaking process*); iii) seguir de maneira uniforme a padronização prescrita

⁵⁶ STEWART, B. Richard. *Administrative Law in Twenty-first Century*. New York University Law Review. May-2003, p.2

⁵⁷ (www.wcl.american.edu/sba/outline_databank/outlines/administrativelaw_sarntich_1998_2.pdf)

⁵⁸ *Nos Estados Unidos quando determinada lei é promulgada – quer pelo Congresso ou pelo parlamento a nível estadual – seu conteúdo normalmente não contém detalhes quanto à forma pela qual deverá ser aplicada, como deve ser cumprida, ou quais os trâmites a serem aplicados. Para esses desideratos, as agências expedem normas e regulamentos.*

(*standards*), com vistas ao procedimento que cria a regulamentação e as atas administrativas (nesse sentido, diz respeito, por exemplo, aos procedimentos requeridos pelo estatuto, para que as agências registrem suas decisões após as audiências); iv) submeter-se à revisão judicial, por suas decisões expedidas.⁵⁹

Para que as agências atuem com vistas ao interesse público, há uma política de responsabilização, ou **accountability**. As políticas de responsabilização das agências derivam: de ações do Poder Legislativo (ao estabelecer especificações dos propósitos, critérios, poderes e processos para a legislação que atribui competência a agências, em vez de simples finalidades objetivas⁶⁰ (bem como ao monitorar as agências) e de ações do Poder Executivo (por meio do poder de nomeação, ou seja, nesse sentido os administradores são passíveis, também, de responsabilização, *accountable*⁶¹)⁶². O *accountability* das agências é assegurado pela atividade jurisdicional e **transparency** (“transparência”).⁶³

*Transparency facilitates accountability by providing the information necessary for the electorate and each branch of government to oversee regulatory activity.*⁶⁴

Os interessados podem acionar o Poder Judiciário, para revisão do procedimento pelo qual a norma ou regulamento foi consubstanciado e para constatar se seu fundamento está de acordo com o respectivo estatuto.⁶⁵ Concomitantemente, a APA e a Lei de Liberdade de Informação (FOIA) fomentam

⁵⁹ NYLANDER, Jill. *The Administrative Procedure Act*. Michigan Bar Journal, 2006, p. 39

⁶⁰ MASHAW, Jerry L. *Regulação Econômica e Democracia. O Debate Norte-Americano*. EDITORA 34, São Paulo – SP., 2004, p.289

⁶¹ idem

⁶² JR. FOX, William F. *Understanding Administrative Law*. Matthew Bender & Company, Inc., p.14, 2000.

⁶³ BEIERLE, Thomas C. *Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation*. Resources for the Future, 2003, p. 6.

⁶⁴ VANDENBERGH, Michael P. *The Private Life of Public Law*. Columbia Law Review, 2007, p. 142.

⁶⁵ BEIERLE, Thomas C. *Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation*. Resources for the Future, 2003, p. 6.

tal *transparency*, sujeitando as agências para que disponibilizem ao público os registros de seus fundamentos e posicionamentos políticos, os comentários expedidos por seus regulados acerca de sua produção normativa, além das próprias decisões exaradas pela agência.⁶⁶

*Transparency comes through agencies' written responses to comments and the retention of all key rulemaking resources (including public comments) in public dockets available to any citizen who visits an agency docket room or requests information through the Freedom of Information Act.*⁶⁷

Bem, diante do exposto, ainda que de forma abstrata, pode se entender que, nos Estados Unidos da América, a Administração Pública se realiza em maior grau por meio do *Administrative Law*, ou Direito das agências, do que pela sujeição ao regime jurídico administrativo. Em outras palavras, realiza-se pela atividade das agências, a partir dos *standards* traçados pelo legislador, do que, por via de leis que buscam prever e ditar o comportamento da Administração Pública.

Dentre as formatações de agências administrativas norte-americanas, a idéia de agência reguladora, que desembarcou no Brasil, replica as *regulatory independent agencies*, conforme se verá descrito adiante. A instituição dessas agências, nos EUA e posteriormente no Brasil, decorreu de necessidades e peculiaridades próprias da tradição jurídica de cada país. Antes de se adentrar ao modelo brasileiro de agências reguladoras, tornam-se oportunas algumas considerações sobre o Direito Administrativo pátrio.

⁶⁶ NYLANDER, Jill. *The Administrative Procedure Act*. Michigan Bar Journal, 2006, p. 39.

⁶⁷ BEIERLE, Thomas C. Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation. Resources for the Future, 2003, p. 6.

2. ALGUMAS GENERALIDADES SOBRE O DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

No início deste trabalho foi especificado que o Brasil adotou em sua organização burocrática o instituto anglo-saxão das agências reguladoras independentes. Esta adoção ocorreu na primeira metade dos anos de 1990, e ainda hoje parece estar em fase, senão de implementação, pelo menos de adequação. Não é de hoje que o Direito Brasileiro “importa” institutos jurídicos estrangeiros, inclusive da *common law*, ainda que o direito pátrio seja arrolado dentre aqueles da família romano-germânica. No caso do Direito Administrativo Brasileiro, é reconhecida sua raiz e inspiração francesas. As razões deste olhar brasileiro para o exterior, desta pulsão em server manifestações estrangeiras, não serão abrangidas pelo presente trabalho, mas, sim, as repercussões no campo do Direito Público, no que se fizer oportuno ao entendimento das **agências reguladoras**.

Levando-se em conta, também, que o surgimento das agências reguladoras no cenário jurídico-institucional brasileiro é resultado de profundas transformações na relação do aparelho estatal com a sociedade, particularmente na ordem econômica⁶⁸; e que, segundo, Marcelo Figueiredo, é necessário que se correlacione o Direito Administrativo e seus órgãos com o texto constitucional⁶⁹, este tópico incluirá considerações sobre direito constitucional e ordem econômica, correlacionando-os com as agências reguladoras.

Sempre que se fizer pertinente, serão acrescentadas informações históricas, a fim de melhor se posicionar este instrumento de regulação no cenário jurídico-institucional brasileiro.

⁶⁸ Associação Brasileira De Agências De Regulação – ABAR. *Agências Reguladoras*. 2003, p.1-12. Disponível em: [http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agências_reguladoras.pdf](http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agencias_reguladoras.pdf). Acesso em: 12/07/2008

⁶⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras – O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo/SP, Malheiros Editores, 2005, p.147.

2.1 CONSIDERAÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL, NO QUE TANGE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DE UMA ESTRUTURA CENTRALIZADORA À DESCENTRALIZAÇÃO.

O Direito Administrativo surgiu concomitante ao Direito constitucional, a partir do momento em que começou a desenvolver-se o conceito de Estado de Direito, estruturado sob o princípio da **legalidade** e sob o princípio da separação dos poderes, que têm por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, quer seja nas relações entre particulares, quer seja entre estes e o Estado. Daí a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das revoluções que acabaram com o velho regime absolutista.⁷⁰

A fase pós-revolução retratava, pois, um Estado que se sujeitava às leis que editava (princípio da legalidade), e estruturado na tripartição de poderes que constituía o Estado de Direito.⁷¹

Hodiernamente, ao analisar-se o texto Constitucional vigente, ali se encontram valores e modelos que, conforme se explicita na introdução deste estudo, decorrem das revoluções americana, inglesa e francesa, quais sejam, por exemplo, o republicanismo (que confere o caráter não patrimonial do Estado e sua Administração) e o Estado Democrático de Direito, com três Poderes independentes e harmônicos entre si.

*Art. 1º A **República** Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** ... [grifos meus]*

...

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março de 2006. p.1 e 2.

⁷¹ FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Direito Administrativo. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2007, p.2

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [grifos meus]

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.⁷² [grifos meus]

No que tange à Administração Pública, no artigo 37 da Lei Maior, quando o constituinte arrolou os princípios da mesma⁷³, nota-se que se trata de uma escolha que verga no sentido da burocracia administrativa, ao invés da pessoalidade da administração monárquica, vez que o texto consagra o princípio da impessoalidade⁷⁴. Sem se adentrar num estudo mais aprofundado, percebe-se que o princípio da **legalidade**⁷⁵, a supremacia do **interesse público**⁷⁶ sobre o particular e a indisponibilidade deste interesse pela Administração Pública são as grandes forças do regime jurídico administrativo, sem deixar de destacar o princípio da **eficiência**⁷⁷, incorporado pela EC. 19/98, em razão da reforma do Estado, ocorrida na última década do século XX.

Perpassando pelas raízes do Direito brasileiro, constata-se que foi no período imperial que se adaptou a ordem de então, o princípio da **legalidade**, com uma amplitude bem restrita, uma vez que na época se entendia que a lei continha

⁷² Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988.

⁷³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998). In: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁴ A idéia de impessoalidade vincula-se a idéia de vida dos seus administradores, as quais não devem aftar o seu proceder, obrigatoriamente informado pelo interesse público. ..., oficia-se que qualquer atividade da administração deve ser voltada à comunidade como um todo indivisível, vedando-se a atuação personalizada e o favorecimento de alguns. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Direito Administrativo. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2007, p.50-51

⁷⁵ Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2000. p. 68.

⁷⁶ Donde, o interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. Melheiros Editores. São Paulo/SP. 2001. p 53.

⁷⁷ A eficiência quer significar realizar mais e melhor com menos, ou seja, prover os serviços públicos necessários para o mínimo necessário de suporte financeiro. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Direito Administrativo. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2007, p. 53.

o princípio da ação, o poder executivo lhe imprimia o movimento através de decretos e regulamentos. Principalmente se o assunto tratava de matéria de especialidade técnica, a lei deveria ser o mais sintética possível, uma vez que não se exigiu (e hoje também não se exige) do legislador conhecimento técnico em todas as áreas. Também a primeira Constituição, a de 1824, adaptou, sob influxo dos princípios inspiradores da Revolução Francesa, postulados do Estado liberal, ao prever a divisão e harmonia entre os Poderes (com a peculiaridade de um 4º Poder, o Moderador⁷⁸); e, mesmo antes da Carta Constitucional de 1824, já havia um Conselho de Estado⁷⁹.⁸⁰

Neste laivo de digressão histórica, mais por causa de uma interessante (e por que não pertinente?) particularidade, do que por uma análise perfunctória, vale lembrar que no período colonial, época de vigência das ordenações lusitanas, aparece uma curiosa entidade, a **autarquia** ou entidade autárquica territorial (seria a primeira movimentação da coroa portuguesa no sentido de um aparelhamento administrativo⁸¹). Se nos dias de hoje as autarquias (e as **agências reguladoras** são autarquias, ainda que de regime especial, como se verá adiante) podem ser definidas, conforme leciona o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, como sendo entidades da Administração indireta, com personalidades jurídicas de direito público interno, dotadas de autonomia administrativa, para o exercício, descentralizado, de atividades típicas do Estado⁸², da mesma forma as capitânias

⁷⁸ Art. 98. *O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.* In: Constituição Política do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso: em 20/08/2008.

⁷⁹ *O Conselho de Estado, órgão integrado à Administração, detinha a função consultiva em matéria de contencioso administrativo.* In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Direito Administrativo*. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2007, p.10.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março de 2006. p.11

⁸¹ *idem*, p.4

⁸² FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Direito Administrativo*. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP, 2007, p.22.

hereditárias, ou autarquias/entidades autárquicas territoriais, detinham personalidade jurídica de direito público interno, possuindo independência administrativa, umas das outras (segundo Waldemar Martins Ferreira), e cada uma exercia seu poder, por via dos donatários, sobre os respectivos territórios.⁸³

Sob o ponto de vista da Administração, no período da história do Brasil que compreende a época colonial e imperial, o enfoque era de uma concepção patrimonialista do Estado.

Essa referência ao patrimonialismo tem origem na teorização de Max Weber, que distinguiu três tipos clássicos de dominação, a legal-burocrática, a tradicional e a carismática. O patrimonialismo vem a ser uma especialização da forma de dominação tradicional, ... é sinônimo de apropriação do Estado por seus governantes.⁸⁴

O período imperial foi igualmente marcado pela forte centralização do poder, ainda que houvesse previsão de competências para as províncias, a ser definida por lei (art. 166 da Constituição do Império do Brasil – 1824). Outro aspecto considerável do período colonial ao imperial é a participação da Igreja Católica. Visto que, além de estar dotada de estrutura jurídica e administrativa, a Igreja estava disponível a serviço do Estado⁸⁵. Responsabilizava-se, como por exemplo, à época da Lei de Terras de 1850, pelo Registro de Paróquias – finalidade de assinalar a posse da terra.

Posteriormente, conforme Di Pietro, do período republicano até a Constituição de 1988 é que o Direito Administrativo se plasmou como ramo

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março de 2006. *Op cit.*, p.5

⁸⁴ AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Supranacional. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP, 2006, p.74

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março de 2006. p.5.

autônomo (até então era vinculado ao Direito Civil)⁸⁶. Nessa fase, o Direito Administrativo brasileiro teve influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição (neste caso, no primeiro período republicano, suprimiu-se o Conselho de Estado), à jurisprudência como fonte do Direito e à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, o predomínio é do Direito francês.⁸⁷

Quanto à Administração, foi a partir de 1936 que esta passou a ter contornos de uma administração burocrática clássica, embora o patrimonialismo mantivesse sua força no quadro político brasileiro. A expressão local do patrimonialismo – o coronelismo – dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo, e continuava a permear o Estado brasileiro.⁸⁸ Naquele ano, o marco da guinada no sentido da administração burocrática foi a criação do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público. A criação do DASP⁸⁹ representou a primeira reforma administrativa do país.

*A reforma administrativa iniciada pelo DASP marca a constituição do Estado moderno no Brasil, ... trazendo a concepção de modernização do Estado, com vistas a combater o patrimonialismo que predominou até então. Com a criação do DASP, o governo pretendeu “estimular, desenvolver e coordenar esforços no sentido de racionalizar e aperfeiçoar a ação do Estado no âmbito da Administração geral” (VIANA, 1953). Com base no princípio da **impessoalidade** e com ênfase no controle, tentou-se instaurar uma versão nacional da burocracia weberiana, em um contexto de*

⁸⁶ *Idem*, p.3.

⁸⁷ _____. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência Dos Sistemas De Base Romanista e da *Common-Law*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 8, nov./dez de 2006 e janeiro de 2007. p.5.

⁸⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. *Paper presented to the Congress of the International Political Science Association- IPSA, Seul, August 1997*, p.5

⁸⁹ O DASP foi extinto em 1986, dando lugar à SEDAP - Secretaria de Administração Pública da Presidência da República -, que, em janeiro de 1989, é extinta, sendo incorporada à Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Em março de 1990 é criada a SAF - Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, que, entre abril e dezembro de 1992, foi incorporada ao Ministério do Trabalho. Em janeiro de 1995, com o início do governo Fernando Henrique Cardoso, a SAF transforma-se em MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

*nacionalismo e **intervencionismo do Estado como indutor do processo de industrialização.***⁹⁰ [grifos meus]

A modernização do Estado brasileiro continua pelos anos de 1945, pelo segundo governo de Getúlio Vargas e adentrando pelo governo de Juscelino Kubischek. Após o forte movimento de extensão do Estado de bem-estar no país, durante os anos de 1950 e início da década de 1960, o Brasil assiste ao retorno de um regime autoritário. Contudo, o processo de instauração de uma administração pública moderna não se interrompe. E, em 1967, o Decreto-Lei n.º 200 marcou outra importante fase na administração pública brasileira.⁹¹

Ao determinar que se avançasse no sentido da descentralização administrativa, com vistas a maior eficiência, a reforma iniciada pelo Decreto-Lei n.º 200/1967 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática da administração direta. O Decreto-Lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para **autarquias**, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o **controle dos resultados.**⁹²

Tal período de modernização conservadora combinou mecanismos de economia de mercado com protecionismo e forte presença do Estado em determinados setores. Enfatizam-se as funções de planejamento e controle, bem como a centralização de poderes e recursos na esfera federal.⁹³ Entretanto, os objetivos do Decreto-Lei não foram atingidos, pois o regime de contratação

⁹⁰ SILVA, Paulo Bernardo & AMARAL, Helena Kerr do. Perspectivas da Administração Pública no Brasil Contemporâneo. Revista do Serviço Público de 1937 a 2007. p.10 e 11.

⁹¹ *Idem*, p.11.

⁹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. Paper presented to the Congress of the International Political Science Association- IPSA, Seul, August 1997, p.7-8.

⁹³ SILVA, Paulo Bernardo & AMARAL, Helena Kerr do. Perspectivas da Administração Pública no Brasil Contemporâneo. Revista do Serviço Público de 1937 a 2007. p. 11.

“celestista”, ao invés da via do concurso público, foi um dos fatores para a permanência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. O governo militar deixou, por assim dizer, de formar um quadro de administradores de maior “gabarito”. Nesse sentido, são pertinentes as críticas de Bresser Pereira, *in verbis*:

... a reforma administrativa embutida no Decreto-Lei 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se inicia já em meados dos anos 70, agrava ainda mais a situação da administração pública, na medida em que a burocracia estatal foi identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.⁹⁴

Ainda que se houvesse procedido a uma maior descentralização administrativa, ainda permaneceu o distanciamento entre o Estado e sociedade, bem como a centralização das decisões a nível federal. Face tal situação, em 1979 implementou-se o Plano Nacional de Desburocratização, que objetivou aproximar as relações entre administração e administrados, por meio da simplificação dos procedimentos na prestação dos serviços públicos.⁹⁵

Posteriormente, com o declínio dos militares, o início da redemocratização não representou boas perspectivas, no sentido de se reformar o aparelho estatal; pelo contrário, obstinou-se num retorno à burocracia enrijecida dos anos de 1930 e ao populismo da década de 50. Havia, na redemocratização, um clima de euforia democrático-populista, uma idéia de que se poderia retornar aos anos dourados.⁹⁶ A elaboração da Constituição de 1988, como produto pelos embates da redemocratização, expressou mudanças significativas para a Administração Pública, ao mesmo tempo em que se reconhece o valor político do cidadão e de

⁹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. Paper presented to the Congress of the International Political Science Association- IPSA, Seul, August 1997*, p.8.

⁹⁵ SILVA, Paulo Bernardo & AMARAL, Helena Kerr do. *Perspectivas da Administração Pública no Brasil Contemporâneo*. Revista do Serviço Público de 1937 a 2007. p. 11.

⁹⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. Paper presented to the Congress of the International Political Science Association- IPSA, Seul, August 1997*, p.8.

sua participação no controle dos serviços públicos, e se redistribuem tarefas e recursos orçamentários para estados e municípios. Com a desconcentração e a descentralização, a decisão pública passa a situar-se mais próxima do local da ação, com impactos sobre a gestão pública.⁹⁷

Todavia, houve naquele momento descompasso entre as estratégias descentralizadoras e a necessidade de mudanças no modelo administrativo, uma vez que a Constituição de 1988 contemplou princípios de uma administração pública arcaica e burocrática ao extremo.⁹⁸Dadas essas circunstâncias e outras tantas não tratadas aqui, o aparato burocrático governamental, além de caro e inchado, e como corolário, desacreditado.

2.1.1 Colocação das agências reguladoras na Administração Pública nacional

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique Cardoso, surge a oportunidade para nova reforma administrativa. Para tanto, dois instrumentos foram usados: de um lado, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado; de outro, uma emenda constitucional, se bem que tal emenda (EC. nº 19/1998) foi promulgada três anos após a edição do referido plano. Pelo lado institucional, o processo de reforma administrativa esteve subordinado a três órgãos, cujas atribuições específicas eram debater e propor políticas e diretrizes para a Reforma do Estado: a Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República, o

⁹⁷ SILVA, Paulo Bernardo & AMARAL, Helena Kerr Do. Perspectivas da Administração Pública no Brasil Contemporâneo. Revista de Serviço Público. Revista do Serviço Público de 1937 a 2007. p. 11.

⁹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. Paper presented to the Congress of the International Political Science Association- IPSA, Seul, August 1997, p.8.

Conselho de Reforma do Estado – CRE, e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE.⁹⁹

A Câmara de Reforma do Estado da Presidência da República foi responsável pela dimensão político-estratégica da reforma. Deveria aprovar, acompanhar e avaliar os projetos de Reforma, como um dos órgãos colegiados do Conselho de Governo. O Conselho de Reforma do Estado (CRE) desempenhou função consultiva, analítica e de articulação, perante a sociedade civil, dos programas propostos, não estando seus conselheiros vinculados à administração pública. Diferente dos outros dois órgãos, o Conselho não fazia parte do governo, constituído idealmente como órgão do Estado. O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) teve como um dos assuntos de sua competência – segundo a Medida Provisória n.º 1.450 de 10 de maio de 1996, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios – a recomendação de “políticas e diretrizes para a reforma do Estado” (Art.14, inciso I alínea “a”).¹⁰⁰

Por fim, dentre as pretensões básicas da reforma do Estado, figurou a redefinição do **papel regulador** do Estado, e é nesta redefinição que surge no cenário jurídico institucional pátrio uma “nova” pessoa jurídica de direito público interno, descentralizada e independente do poder central e de quaisquer outras entidades descentralizadas: a **agência reguladora**.

As **agências reguladoras** são autarquias de regime especial. Tal definição pode ser extraída a partir dos diplomas jurídicos instituidores dessas entidades. Celso Antônio Bandeira de Mello tece a seguinte lição acerca da expressão “regime especial”, *in verbis*:

No passado fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial, para referir as Universidades, querendo significar, com tal rotulação, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos.¹⁰¹

⁹⁹ NUNES, Édson. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectiva e Controle. Documento de Trabalho n.º 01. Rio de Janeiro/RJ, 2001, p. 22.

¹⁰⁰ *Idem*, p.23.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. Melheiros Editores. São Paulo/SP. 2001, p. 148.

E, no plano da reforma do Estado, tais autarquias de regime especial, **agências reguladoras** assim definidas, são concebidas como entidades com autonomia para regulamentar os setores empresariais que operam em mercados não suficientemente competitivos. ¹⁰² Para o CRE, as **agências reguladoras** assentar-se-iam sob os seguintes princípios: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas; e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução. ¹⁰³

Como é possível perceber, tais entidades estão envolvidas - assim como no *Administrative Law* - a uma forma de atuação do Estado sobre a ordem econômica. A seguir, far-se-ão, portanto, sob o ponto de vista econômico e constitucional, considerações necessárias, sobre o relacionamento do Estado com domínio econômico, em especial naquilo que seja pertinente às agências reguladoras.

2.2 BOSQUEJO DO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

Visto que no item anterior foram expressas questões do Direito Administrativo e da Administração Pública, bem como sob que modelo desta é que nasceram as agências; e, como ao final do mesmo item se afirma que as agências reguladoras atuam com vistas ao ambiente econômico, ou melhor, que tais autarquias especiais são instrumentos estatais para o controle de atividades econômicas que o Estado julga importante regular, então se faz pertinente aqui

¹⁰² In: AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Supranacional. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP, 2006, p.202.

¹⁰³ NUNES, Édson, et al. Agências Reguladoras no Brasil. Observatório Universitário – Documento de Trabalho n.º 65. Rio de Janeiro/RJ, janeiro de 2007, p.8

inserir apontamentos sobre o plano constitucional econômico e sobre a atuação estatal no domínio econômico.

Do plano constitucional econômico, Vital Moreira ensina que:

'a Constituição econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica'.¹⁰⁴

A Constituição Imperial de 1824 dispôs normas de cunho econômico, como as constantes no artigo 179, que no seu § 24 dispõe que “nenhum gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e a saúde dos cidadãos”. Ou, ainda, conforme se lê no inciso XXII do mesmo artigo, que expõe princípios básicos do liberalismo econômico, ao proclamar que o direito à propriedade é garantido em sua plenitude.¹⁰⁵ No período imperial, na maioria das vezes, a presença do Estado na ordem econômica se dava pela **regulamentação**, por via do protecionismo alfandegário.¹⁰⁶

Em 1844, por exemplo, foi instituída a tarifa Alves Branco, medida protecionista alfandegária, adotada em represália à elevação da taxa sobre o açúcar brasileiro pela Inglaterra. A medida representou um dos primeiros impulsos oficiais de incentivo à industrialização do país. É possível dizer que uma indústria privada nacional floresceu precisamente a partir desse impulso protecionista alfandegário.¹⁰⁷

Somente com a Constituição de 1934, entretanto, é que a ordem econômica ganha seu capítulo próprio e tem início uma fase de regulação concentrada e de

¹⁰⁴ In: MORAES, Alexandre De. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 4ª edição. Editora Atlas S.A. . São Paulo/SP, 2004, *Op. cit.*, p. 1866.

¹⁰⁵ AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Supranacional. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP, 2006, p. 91

¹⁰⁶ *Idem*, p. 93.

¹⁰⁷ *Idem*.

intervencionismo estatal no domínio econômico. Esta Constituição, sob influência da revolução de 1930, tem forte caráter nacionalista. As Constituições subseqüentes (*A Polaca* – de 1937, a de 1946 e a 1967) também tiveram um título destinado à Ordem Econômica. Importante destacar que a partir dos governos populistas e adentrando-se ao regime militar, os governos são de caráter essencialmente capitalista, na medida em que defendem enfaticamente a livre empresa e um viés tecnoburocrático que privilegia o planejamento econômico e a intervenção direta do Estado na economia, não apenas como regulador, mas também como produtor de bens e serviços.¹⁰⁸

Na fase de redemocratização, do início dos anos de 1980 até a eleição de Fernando Collor de Mello, vigorou um período de planos econômicos (“choques”) populistas, mas de pouca eficiência. A partir daí, o Brasil passa por reformas direcionadas para o mercado, sendo as privatizações um de seus pilares, buscando-se a gradativa retirada do Estado como interventor na ordem econômica. A justificativa para tal era a busca de maior competitividade e eficiência, em face da incapacidade do poder público de administrar suas empresas. Outra justificativa era que o Estado deveria concentrar seus gastos nas suas atividades-fins (o que não explica a privatização de empresas rentáveis).¹⁰⁹

Já sob a égide da Constituição de 1988, com FHC na Presidência da República, conformou-se um “novo” Estado regulador. Caracterizado pela criação de **agências reguladoras independentes**, pelas privatizações de empresas estatais, por terceirizações de funções administrativas do Estado e pela regulação da economia segundo técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção de “falhas de mercado”, em substituição a políticas de planejamento

¹⁰⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Interpretações sobre o Brasil*. In: Maria Rita Loureiro (org.). *50 anos de ciência econômica no Brasil*. Rio de Janeiro/RJ. Editora Vozes, 1997. p.7.

¹⁰⁹ ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias público-privadas: breves comentários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, maio-junho-julho de 2005, p. 7

industrial, o novo Estado regulador representou uma clara descentralização do poder do presidente da República e de seus ministros, ao mesmo tempo em que se tentaram criar novos mecanismos jurídico-institucionais de participação de diferentes setores da sociedade civil no controle democrático do processo de formulação do conteúdo da regulação de setores da economia brasileira.¹¹⁰

Nesse sentido, a reforma do Estado na década de 1990 não teria sido apenas uma resposta no plano técnico-econômico à crise fiscal do Estado, mas resultado de um claro movimento político de transformação do funcionamento da burocracia estatal, tendo por base um movimento intelectual de interpretação do Brasil, posto em prática a partir das eleições de Fernando Henrique Cardoso para a Presidência da República.¹¹¹

Percebe-se então que a ordem econômica Constitucional brasileira, desde a Constituição de 1934, adota uma perspectiva de “capitalismo misto”, no qual a titularidade dos bens de produção não é exclusiva nem do Estado e nem dos particulares.¹¹²

2.2.1 Formatação da Carta Magna de 1988 para os órgãos reguladores (ou agências reguladoras)

Reportando-se, no plano econômico, aos valores do capitalismo liberal, a Carta Magna de 1988 optou por assegurar a livre iniciativa, e mais, conferir ao direito de propriedade o status de direito fundamental, como se anota a seguir:

¹¹⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. Novos Estudos – Cebrap. 2006, p. 151.

¹¹¹ *Idem*, p.151.

¹¹² MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro de 2005, p.02

Art 5º..

...

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

...

XXII - é **garantido o direito de propriedade**; [grifos meus]

...

Art. 170. A ordem econômica, ... fundada na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, ..., observando os seguintes princípios: [grifos meus]

II - **propriedade privada**; [grifos meus]

...

IV - **livre concorrência**; [grifos meus]

...

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. [grifos meus]

Vale asseverar que esse liberalismo brasileiro pode ser denominado como um liberalismo de conveniência ou de circunstância, a variar de acordo com o momento histórico enfrentado. O que fez com que o Estado brasileiro atuasse diretamente no domínio econômico reservado aos particulares.¹¹³

Não obstante as repercussões históricas tratadas no início do trabalho, a Constituição Federal de 1988 sorveu aspectos do *Welfare State* e, ainda que tênue, traz consigo algum repertório da “esquerda” que compunha parte das forças políticas do poder constituinte originário. Dentre as virtudes do Estado de Bem-estar social, da agenda *keynesiana*, são contempladas na Constituição aspectos tais como a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego e, sem esquecer a função social da propriedade, a busca pela erradicação da pobreza e a redução das desigualdades.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

¹¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro de 2005, p.02.

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 170. A ordem econômica ... tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

*III - **função social da propriedade**; [grifos meus]*

...

*V - **defesa do consumidor**; [grifos meus]*

...

*VIII - **busca do pleno emprego**; [grifos meus]*

...

E corroborando a premissa de “capitalismo misto”, a Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 173, garante ao particular o direito quase exclusivo da exploração econômica, somente podendo o Estado ser agente de exploração econômica em casos específicos, definidos em lei e em face do interesse público em jogo.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Significa que o Estado, por meio de condutas omissivas ou comissivas, altera o comportamento espontâneo dos agentes privados, seja por fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja por fins estranhos a este mesmo mercado (mas vinculados ao **princípio da legalidade** e à **supremacia do**

interesse público sobre o interesse dos particulares).¹¹⁴ Porém, é conferido ao Estado uma forma mais específica de atuação no domínio econômico do que como agente de mercado propriamente dito (na forma ativa, por meio de empresas que cotam com capital público) que, conforme o artigo 174 da Constituição Federal, cabe ao ente público atuar de forma interventiva.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Por meio de normas de Direito econômico, o Estado prescreve ou proscribe condutas cujos destinatários devem observar, caso contrário incorrerão nas conseqüências previstas na própria norma.¹¹⁵ E, como uma das formas para atuar de maneira interventiva, ou melhor, por intervenção regulatória, a Constituição da República prevê a instauração de **agências reguladoras** (órgãos reguladores é a dicção do texto Constitucional), porém essa previsão é para setores específicos, na verdade dois, telecomunicações e petróleo, nos seguintes termos:

Art. 21. Compete à União:

...

*XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais; [grifos meus]*

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

¹¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro de 2005, p.02.

¹¹⁵ *Idem.*, p.05.

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

...
 § 1º *A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.*

§ 2º *A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:*

...
 III - *a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União; [grifos meus]*

Note-se que a previsão Constitucional para os **órgãos reguladores**, assim como na origem das agências americanas, voltam-se, principalmente, aos ramos propícios ao monopólio natural (petróleo e telecomunicação).

Conclusivamente, no campo econômico o Estado brasileiro não opta pelo liberalismo do “*laissez-faire*”, uma vez que ao Estado cabe intervir (seja direta ou indiretamente) no domínio econômico, em nome do interesse público de um estado de bem-estar social.

3. ANOTAÇÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 GÊNESE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – CONDIÇÕES PARA EXISTÊNCIA FÁTICA

Conforme já relatado, as agências reguladoras brasileiras são autarquias e, em sendo autarquias, conforme a dicção do artigo 41 do Código Civil Brasileiro – em vigor –, agências reguladoras são pessoas jurídicas de Direito Público interno, logo, sujeitas ao regime jurídico administrativo e, portanto, submissas aos princípios constitucionais da administração pública (art. 37 *caput* da Constituição da República). Conforme o texto Constitucional vigente:

Art. 37...

...

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

...

E, no mesmo sentido o Decreto Lei n.º 200/67 (art. 5º, inciso I), as autarquias, e por decorrência lógica, as agências reguladoras, são criadas por Lei. Além disso, conforme o Decreto, as autarquias contam com patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Portanto, as autarquias são entes autônomos, mas (excetuam-se aqui as agências reguladoras) não independentes. Sobre isso segue a lição de Moreira:

Todas as autarquias possuem administração, pessoal, receitas e patrimônio próprios. São entidades autônomas, mas não independentes, pois estão vinculadas (não juridicamente subordinadas, diga-se) à pessoa da Administração direta que lhes deu origem. Encontram-se submetidas ao controle tutelar exercido pontualmente, nos limites da autorização legal (sem configurar um vínculo hierárquico direto). Nessa medida, só é possível ligar a autarquia a uma única pessoa jurídica de Direito Público, de quem será uma entidade descentralizada.¹¹⁶

A Lei que cria determinada autarquia faz parte das Leis cuja iniciativa cabe ao Presidente da República, conforme o texto Constitucional, *in verbis*:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

¹¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 2006, p.175.

...
 II - disponham sobre:

...
 e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.)

Ao se examinarem os diplomas legais que criaram as agências reguladoras federais, até o momento, consta que, respectivamente, no artigo que trata da definição do ente, este é classificado estruturalmente como “autarquia sob regime especial”, sendo que nessa especialidade a respectiva Lei criadora da agência reguladora confere à agência independência administrativa. O regime especial constitui-se num signo distintivo das agências reguladoras no conjunto das autarquias, ou seja, representa um patamar de diferenciação, cuja importância é bem expressa na seguinte perspectiva:

Essas distinções no regime das autarquias especiais visam precipuamente a conferir maior estabilidade, segurança e prestígio às decisões nos setores regulados, pretendendo assegurar que os atos lançados por essas agências sejam técnicos (não-políticos). O instrumental jurídico põe-se à disposição dessa garantia e as especialidades das agências são, portanto, apenas um meio para se tentar assegurar a neutralidade regulatória.¹¹⁷

Todavia, para que determinada agência assuma concretude, com supedâneo no art. 84, incisos IV e VI da Constituição Federal, é imperioso que o chefe do Executivo expeça norma regulamentadora posterior à edição da Lei que criou a agência reguladora.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...
 IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

...
 VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.)

¹¹⁷ *Idem*, p. 175

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.)

...

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, ..., aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

No caso, trata-se de um Decreto que versa sobre a estrutura organizacional da entidade. Donde se conclui que são condições de existência para as agências reguladoras: Leis que as concebam, *in abstracto*, e Decretos Executivos que lhes confirmem existência no mundo do ser.

Segue tabela (Quadro 1) ilustrativa de alguma das principais agências reguladoras (federais) e os respectivos diplomas legais que lhes conferem existência¹¹⁸.

Quadro 1.

AGÊNCIA	LEGISLAÇÃO
Agência Nacional de Águas – ANA	Lei n.º 9.984/00 e Decreto n.º 3.692/00
Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC	Lei n.º 11.182/05 e Decreto n.º 5.731/06
Agência Nacional do Cinema – ANCINE	Medida provisória 2.228-1/01 c/c Lei n.º 10.454/02 e Decreto n.º 4.121/02
Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	Lei n.º 9.427/96 e Decreto n.º 2.335/97
Agência Nacional do Petróleo – ANP	Lei n.º 9.478/97 e Decreto n.º 2.455/98
Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Lei n.º 9.961/00 e Decreto n.º 3.327/00
Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	Lei n.º 9.472/97 e Decreto n.º 2.338/97
Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA	Lei n.º 10.233/01 e Decreto n.º 3.029/99

¹¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/assunto.htm. Acesso em: 21/08/2008.

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Lei n.º 9.782/99 e Decreto n.º 4.130/02
Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ	Lei n.º 10.233/01 e 4122/02

Por fim, simetricamente com o que ocorre em âmbito federal, os Estados, Municípios e o Distrito Federal são aptos a instituírem agências reguladoras.

3.2 RECONHECIMENTO DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Uma vez que no mundo do ser passe a existir determinada agência reguladora, há de constarem em seu texto alguns pressupostos que cingirão sua conduta. Conforme a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR¹¹⁹, as agências reguladoras devem atender às seguintes características, *in verbis*:

Caráter público: *deverão ser órgãos do Estado, dotados de autoridade e revestidos das prerrogativas e condicionantes inerentes a todos os órgãos públicos, mas também se manterem transparentes na sua forma de atuação e permeáveis à participação dos administrados (regulados ou cidadãos) no exercício da autoridade.*

Concentração de funções: *o que legitima a atuação do regulador é sua capacidade de, com eficiência, combinar o equilíbrio do sistema regulado com a concretização de objetivos de interesse geral definidos para o setor.*

Especialização: *o ente regulador deve ter profundo conhecimento do setor regulado. A especialidade não apenas garante maior eficiência regulatória, como também evita problemas de troca de informações entre a Agência e o regulado.*

Equilíbrio: *deve manifestar-se não apenas pela mediação dos vários interesses existentes no setor regulado, como pela*

¹¹⁹ A ABAR é uma entidade de direito privado, criada em 08 de abril de 1999, sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos e partidária, cujos associados são Agências de Regulação de todo o país. Seu objetivo é promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca de aprimoramento na regulação e de capacidade técnica, contribuindo para o avanço e consolidação da atividade regulatória em todo o Brasil. Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008

estabilidade que deve ser assegurada na regulação. É essencial que, nos setores em que se deseje incentivar a competição, a regulação não só não impeça como também promova a previsão de inovações.

Neutralidade: *o agente regulador deve manter-se imparcial em face dos interesses regulados, incluídos os do poder público, e deve exercer com prudência e proporcionalidade suas competências, para melhor atingir os objetivos visados com a regulação.*¹²⁰

Para Fernando Herren Aguillar, sob o ponto de vista mais funcionalista, as agências reguladoras podem ser reconhecidas nos seguintes termos:

- a) *são entes reguladores, de natureza autárquica especial: recebem competências para formatar determinadas atividades econômicas, criando regras, executando-as, dentro de um contexto de relativa autonomia em relação ao governo;*
- b) *realizam contratações administrativas relacionadas à sua atividade: concedem, autorizam, licitações públicas;*
- c) *fiscalizam o cumprimento das regras de contrato sob sua competência;*
- d) *sancionam os infratores;*
- e) *ouvem os usuários dos serviços regulados, realizam audiências públicas;*
- f) *arbitram conflitos;*
- g) *emitem pareceres técnicos em questões relacionadas à concorrência, nos processos sujeitos a controle do CADE*^{121, 122}.

¹²⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Agências Reguladoras*. 2003, p.6-7. Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008

¹²¹ *O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. As atribuições do Cade estão previstos também na Lei 8.884/94. Ele tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exercendo papel tutelar da prevenção e da repressão a tais abusos.* Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 12/07/2008

¹²² *In: AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Supranacional. Editora Atlas S.A., São Paulo/SP, 2006, p.202.*

3.2.1 Independência ou “autonomia forçada”?

Ainda assim, o que constitui a principal característica de uma agência reguladora é sua independência. Esta, por sua vez, ao lado da questão da autonomia, é um dos problemas mais relevantes no atual debate sobre o poder de regulamentação do órgão regulador em relação ao poder constituído¹²³ – leia-se Poder Executivo.

Nessa questão, Alexandre dos Santos Aragão assevera que a tal chamada independência face ao Poder Executivo é tecnicamente mais bem caracterizada como sendo uma “autonomia¹²⁴ reforçada”. Essa “autonomia reforçada” caracteriza-se pelo fato de que autonomia das agências reguladoras, se comparada com a autonomia das demais autarquias, é bem mais intensa, já que as suas leis instituidoras fixam competências próprias e garantias para o seu exercício, de forma bem mais firme do que faz ordinariamente.¹²⁵

3.2.2 A questão da independência em Marçal Justen Filho

Nem de longe seria exagero afirmar que o professor Marçal Justen Filho, tendo em vista sua obra *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, é quem melhor escreveu sobre o tema das agências de regulação. Sobre o tema da independência, o autor parece entender que autonomia é um aspecto da independência, ao invés desta ser uma ampliação daquela. Conforme consta nas

¹²³ *Idem*, p. 206.

¹²⁴ ..., toda autonomia é, por definição, limitada: autonomia é a liberdade de agir dentro de limites fixados por uma instância normativa superior. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Gestão e a Ouvidoria no Anteprojeto de Lei Sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras. 2004, p. 12. Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008.

¹²⁵ *Idem*, p. 12 e 13.

linhas a seguir, independência é a pedra angular que caracteriza as agências reguladoras.

Pois então, o próprio termo “agência reguladora independente” engloba características tradicionais do Direito brasileiro com inovações diferenciadoras. No tocante às características tradicionais do Direito pátrio, uma agência reguladora independente é uma autarquia, logo integrante da Administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público, o que a sujeita ao regime jurídico administrativo. O qualificativo especial identifica que a Lei que instituiu a entidade prevê algumas peculiaridades no seu regime jurídico, propiciando uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades.¹²⁶

As inovações envolvem, primeiramente, a competência regulatória, pois as agências reguladoras independentes são dotadas, por determinação legal, de poderes de intervenção no domínio econômico (em sentido amplo), o que envolve **delegação de poderes** regulamentares e atribuição de poderes de polícia para fiscalizar as atividades econômicas privadas, inclusive arbitrando litígios entre os particulares. Posteriormente, vê-se que o regime jurídico da agência reguladora independente compreende certo grau de redução, no que se refere à subordinação da entidade em face da Administração direta. Isso se produz por meio de um regime especial de investidura e demissão dos administradores das agências, os quais são providos por cargo em comissão e por prazo fixo. Por outro lado, a agência reguladora independente não se sujeita à revisão de seus atos por autoridade integrante da Administração direta, mas apenas perante o poder judiciário. Ademais, pode-se daí configurar um regime de autonomia econômico-financeira, com finalidade de dotar a entidade de meios para o desempenho de suas funções.¹²⁷

¹²⁶ FILHO, Marçal Justen. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Dialética, 2002, p. 343.

¹²⁷ *Idem*, p. 343

E, por fim, não existe homogeneidade na configuração do regime jurídico das diversas agências reguladoras independentes, o que permite a variação da intensidade e da extensão de sua autonomia.¹²⁸

3.2.3 Estabilidade dos dirigentes como garantia de insulamento

Assim como no regime jurídico estadunidense, busca-se que as agências reguladoras independentes sejam entidades insuladas, tanto em relação ao poder central quanto em relação aos regulados – ou seja, o ente regulador não deve estar sob captura. A agência deverá dispor de mecanismos que evitem sua subordinação à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor.¹²⁹

A autonomia de gestão e financeira são importantes instrumentos para consecução da autonomia das agências, isto é, no tocante à autonomia de gestão, a agência deve ser dotada de capacidade para organizar e gerir seus orçamentos, alocando os recursos disponíveis nas atividades que o órgão entenda serem prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas competências. Isso evita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal e, ainda, se garantida a autonomia financeira, os recursos necessários à atividade da agência reguladora não estarão subordinados à gestão do Tesouro. Ou seja, independem da boa vontade do poder central.¹³⁰

Além das referidas autonomias, na esteira de Aragão, mais três pontos são importantes para que o ente regulador esteja insulado do poder central: o primeiro prega que os membros do colegiado diretor devem, após indicação do Presidente

¹²⁸ *Idem*, p. 343

¹²⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Agências Reguladoras*. 2003, p.10. Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008

¹³⁰ *Idem*, p.11.

da República, ser aprovados pelo Poder Legislativo; o segundo, que dirigentes devem ser nomeados por prazo determinado, vedada a exoneração *ad nutum* e sem prévio contraditório.¹³¹ A partir desses dois primeiros pontos, segue-se o que determina a Lei de gestão de recursos humanos das agências reguladoras¹³², *in verbis*:

Art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República, dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

Parágrafo único. Em caso de vacância no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no art. 5º.

Art. 7º A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.

O terceiro ponto dispõe que é vedada anulação dos atos da agência reguladora pelo Poder Executivo central (vedação do recurso hierárquico impróprio¹³³), o qual, apenas pode fixar as diretrizes gerais de políticas públicas a serem seguidas.¹³⁴

¹³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Gestão e a Ouvidoria no Anteprojeto de Lei Sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras. 2004, p. 13 Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008.

¹³² Lei Federal n.º 9.986/00.

¹³³ *Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isso são chamados recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal*

Com vistas à não captura da agência reguladora por algum agente regulado do setor privado, exige-se desvinculação do administrador das atividades-objeto da regulação. Além disso, a Lei Federal n.º 9.986/00 estabeleceu regras de quarentena para o pessoal das agências reguladoras¹³⁵, como se transcreve a seguir:

Art. 8º O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou para prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001.)

§ 1º Inclui-se no período a que se refere o caput eventuais períodos de férias não gozadas.

§ 2º Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001.)

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao ex-dirigente exonerado a pedido, se este já tiver cumprido pelo menos seis meses do seu mandato.

§ 4º Incorre na prática de crime de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-dirigente que violar o impedimento previsto neste artigo, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001.)

§ 5º Na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, poderá ele optar pela aplicação do disposto no § 2º, ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001.)

caso, denominado de recurso hierárquico impróprio. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 2002, p.129.

¹³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Gestão e a Ouvidoria no Anteprojeto de Lei Sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras. 2004, p. 13 Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008.

¹³⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Supranacional. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP, 2006, p. 207.

Tais determinações legais são no afã de impedir que administradores sejam, desde sua saída, absorvidos pelos particulares, de vez que o dirigente permanece por algum tempo vinculado à agência reguladora. Ademais, o permanente contato entre regulador e regulado é inevitável, dada a natureza da regulação, sendo fonte potencial de desvios funcionais, valendo lembrar, porém, que não é um “privilégio” exclusivo das agências de regulação independente.¹³⁶

3.3 OBJETIVOS FINIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No exercício de suas funções, as agências reguladoras reúnem os seguintes poderes: a) **normativo**: comandos gerais para o setor regulado, complementando a legislação existente; b) **de outorga**: emissão, obedecendo às políticas públicas aplicáveis ao setor, de licenças, autorizações, injunções a um particular, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada; c) **de fiscalização**: seja pelo monitoramento das atividades reguladas ou pela aferição das condutas dos regulados, buscando impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios; d) **sancionatório**: aplicação de advertências, multas, ou mesmo cassação de licenças; capacidade de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; e) **de conciliação**: conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos, ou ainda de agentes econômicos que se relacionem com o setor regulado, embora no âmbito da cadeia econômica; f) **de recomendação**: subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.¹³⁷

¹³⁶ *Idem*, p. 207.

¹³⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Agências Reguladoras*. 2003, p.8. Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008.

A título ilustrativo, com base nas respectivas Leis instituidoras, segue-se uma tabela (Quadro 2) demonstrando as finalidades das agências federais arroladas na Tabela 1.

Quadro 2.

AGÊNCIA	FINALIDADE
ANA	“Tem por finalidade implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.” (Art. 3º)
ANCINE	Promover a regulação, a fiscalização e o fomento das atividades cinematográficas e videofonográficas, de acordo com o estabelecido na legislação e nas políticas e diretrizes emanadas do Conselho Superior do Cinema. I - Promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação; II - promover a integração programática, econômica e financeira de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica; III - aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videocinematográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado; IV - promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional, visando o aumento da produção e da exibição das obras cinematográficas brasileiras; V - promover a articulação dos vários elos da cadeia produtiva da indústria cinematográfica nacional; VI - estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais, com vistas ao incremento de sua oferta e à melhoria permanente de seus padrões de qualidade; VII - estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, em especial as nacionais; VIII - garantir a participação diversificada de obras cinematográficas e videofonográficas estrangeiras no mercado brasileiro; IX - garantir a participação das obras cinematográficas e videográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-lo no mercado externo; X - estimular a capacitação dos recursos humanos e o desenvolvimento tecnológico da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; XI - zelar pelo respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras. (Arts. 1º e 2º)
ANEEL	“Tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.” (Art. 2º)
ANP	“A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”. (Art. 1º)
ANS	“A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.” (Art.3º)

ANATEL	“Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.” (Art. 1º)
ANVISA	“A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras”. (Art. 6º)
ANTT	“Implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros” (Art. 20º)
ANTAQ	“Implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros” (Art. 20º)

Adaptado de: NUNES, Édson et al. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectiva e Controle. Observatório Universitário – Documento de Trabalho n.º 01. Rio de Janeiro/RJ, janeiro de 2001, p.65-66.

Retomando os objetivos fins das agências de regulação independentes, é perceptível que o poder normativo e, sob viés de conjunto, os poderes de conciliação e sancionador, correspondem às idéias de poder quase-legislativo e quase-judiciário. Quanto a este, vale a ressalva de que as decisões emanadas pelas agências não excluem a possibilidade de análise, sobre o regulado, feita pelo poder judiciário, por força do direito fundamental de ação.

3.3.1 Poder normativo das agências e sua legalidade

Acerca do poder normativo, é relevante anotar que o ente regulador deve sempre estar adstrito ao princípio da legalidade, para que não haja invasão na

competência legiferante do Poder Legislativo, o que, por conseguinte, desarmonizaria o princípio da separação e a harmonia dos Poderes do Estado. Para melhor clareza, segue-se excerto da decisão jurisprudencial:

Agravo de instrumento. Administrativo. Edição de resolução por agência reguladora. Não observância dos limites da competência normativa. Alteração indevida do conteúdo e qualidade de contratos de prestação de serviços pactuados entre consumidores e operadoras.

1. *Parcela de poder conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a ela atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.*
2. *Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender suprimir ou revogar disposição legal, nem tão pouco inovar. (Agravo de instrumento n.º 129.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relato, Juiz Mairan Maia, j 24.04.2002, DJU 14.06.2002.)*

Pois bem, pode-se entender que a atribuição normativa das agências verga em direção a um aprofundamento da atuação normativa do Estado, sendo que, como registra Carlos Ari Sundfeld, o Poder Legislativo, em sua atividade-mor, por vezes em razão da especialidade técnica da matéria, não tem instrumentos aptos a viabilizar o planejamento dos setores, a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou realização de setores, tais como meio ambiente, consumidor, telecomunicações, controle do poder econômico, enfim os setores que exigem a persecução do Estado.¹³⁸

Por fim, vale lembrar que, assim como no modelo estadunidense prevê, têm-se estabelecido processos participativos quanto à produção de normas regulamentares, ou seja, ao mesmo tempo em que se amplia à competência regulamentar, seriam estabelecidos limites quanto ao modo de produção dos

¹³⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, maio/junho/julho de 2006, n.º 6, p.14.

regulamentos¹³⁹, acarretando o fato de que, conforme Calixto Salomão Filho, face à inobservância de um procedimento normativo estabelecido em Lei, o regulamento será invalidado por vício de legalidade.¹⁴⁰

3.4 CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.4.1 Controle social

As instituições envolvendo a oitiva dos interessados são comuns em ordenamentos que contam com as agências de regulação independentes. Com vistas ao controle social, existem normas que contemplam a participação do cidadão, com a participação de ouvidorias junto a diferentes órgãos públicos, audiências públicas, consulta pública, criação de Conselhos, sistemas de “disque denúncia”, coletas de opinião e tantas outras¹⁴¹, permitindo maior permeabilidade entre reguladores e regulados, conforme se pronuncia a ABAR:

As Agências devem manter diálogo permanente, transparente e aberto com os agentes sujeitos à regulação. Embora o operador deva se submeter ao regulamento, à licença, ao plano ou ao contrato, isto não impede que ele seja ouvido, participe, negocie e tente fazer prevalecer seus interesses. De outra parte, o órgão regulador precisa buscar permanentemente a participação, no processo, de consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos ou outros que não os operadores regulados.¹⁴²

¹³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 2006, p.191.

¹⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, maio/junho/julho de 2006, n.º 6, p.23.

¹⁴¹ *Idem*, p. 19.

¹⁴² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Agências Reguladoras*. 2003, p.9. Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008

Todavia, é sabido e reconhecido que a participação dos usuários é tímida, ou restrita. Nesse sentido, são pertinentes os apontamentos de Moreira:

Frise-se que não há dúvidas de que a participação é restrita. Atingindo um número muito limitado de pessoas que antes se qualificam detentoras de interesse econômico a ser regulado do que propriamente como cidadãos no exercício de seus direitos políticos. É desproporcionalmente baixo o número de pessoas que participam das consultas (usualmente, apenas aquelas com acesso a jornais de grande circulação ou a informação via Internet).¹⁴³

3.4.2 Controles pelo Executivo, Legislativo & Judiciário (breves comentários)

Segundo Gustavo Binenbojm, a autonomia das agências devem sofrer mitigações parciais, por via de controles ancilares exercidos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Dado, com efeito, que nem toda atividade dos reguladores é ditada apenas por sua *expertise*, algum canal deve existir entre os agentes políticos eleitos e as agências, como exigência mínima do Estado de Direito.¹⁴⁴

Quanto ao Executivo, é desejável que a Lei discipline as políticas setoriais propostas pelas agências a um planejamento macroeconômico global do Governo (para evitar a chamada “visão de túnel”), vez que seria de bom alvitre que a Lei distribuísse claramente as competências entre Governo e agências e dispusesse sobre as formas de adequação entre elas. Além disso, o poder executivo possui mecanismos de controle sobre a atuação das agências, implementados através da

¹⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 2006, p.209 e 210.

¹⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 3, ago-set-out, 2005, p. 12.

verificação (esta prevista nas respectivas Leis de cada agência) do atendimento de metas e diretrizes (controle por resultados).¹⁴⁵

Quanto ao controle legislativo, na esfera federal, as agências sujeitam-se ao previsto no art. 49, inciso X, da Constituição da República, bem como ao controle financeiro e contábil, com auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 70 e seguintes da Constituição.¹⁴⁶

Finalmente, tendo-se em vista o esculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, as agências de regulação independentes não poderão se escusar do controle jurisdicional.

CONCLUSÃO

Ainda que a presente monografia tenha deixado de abordar diversos aspectos, por tratar-se de um trabalho que se aproxima mais do discurso denotativo e que se manteve a margem dos debates em torno das agências de regulação independente, percebe-se, por outro lado, certa carência de instrumentos jurídicos para que o instituto das agências reguladoras seja mais devidamente abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Haja vista como a ordem jurídica carece de um aporte constitucional específico, no que tange à implantação de tais órgãos, sem detrimento da democracia, mas que pudesse fortalecê-la, com vistas a uma maior participação dos cidadãos; uma Lei Geral Básica, com status de lei complementar, para as agências de regulação independente, ao modo da APA. Tais entes reguladores podem ter maior

¹⁴⁵ *Idem*, p. 13

¹⁴⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 6, p.23, maio/junho/julho de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de março de 2008.

celeridade e eficiência na defesa dos interesses econômicos, sob o viés social, uma vez que sua resposta é (pelo menos em tese) mais rápida do que a da casa legislativa. Enfim, os prós e contras merecem atenciosa ponderação, da maneira mais analítica e neutra possível, com o mínimo de “xenofobia”, uma vez que, não sendo possível um modelo institucional perfeito, pelo menos se procuraria minimizar ao máximo suas imperfeições. Seja qual for o caminho que se adote, sempre haverá de se resguardar os valores e instituições que fazem do Brasil um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren. **Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Supranacional**. São Paulo/SP, Editora Atlas S.A., 2006.

ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias público-privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, p.1-13, maio-junho-julho de 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 2 de julho de 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Contrato de Gestão e a Ouvidoria no Anteprojeto de Lei Sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras**, 2004, p. 12 Disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: 12/07/2008.

ARTHMAR, Rogério. Os Estados Unidos e a economia mundial no pós-Primeira Guerra. **Estudos Históricos**, n. 29, Rio de Janeiro, p.1-19, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. **Agências Reguladoras**, p.1-12. 2003. Disponível em: http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agencias_reguladoras.pdf. Acesso em: 12/07/2008.

BARROS, Sebastião do Rego. A Revolução de Outubro: 80 Anos. **REVISTA ESTUDOS AVANÇADOS IEA-USP**, São Paulo, v. 32, n. 12, janeiro-abril/1998.

BEIERLE, Thomas C. Discussing the Rules: Electronic Rulemaking and Democratic Deliberation. **Resources for the Future**, Washington – DC: Discussion Paper, p. 3-22, april/2003. Disponível em: <http://www.rff.org>. Acesso em: 03 de maio de 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 3, p. 1-20, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 2 de julho de 2008

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Interpretações sobre o Brasil. In: Maria Rita Loureiro (org.). **50 anos de ciência econômica no Brasil**. Rio de Janeiro/RJ. Editora Vozes, 1997. p.7. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 28/08/2008.

_____. Burocracia pública e reforma gerencial. **Revista de Serviço Público. Edição Especial – Revista do Serviço Público de 1937 a 2007**. Escola Nacional de Administração Pública, p.29-48, 2007.

_____. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos & SPINK, Peter. Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, p. 21-38, 1998.

_____. Uma nova Gestão Para Um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. **Revista do Serviço Público**, São Paulo, v. 1, n. 52, p. 5-24, janeiro 2001.

_____, Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil. **Paper presented to the Congress of the International Political Science Association-IPSA, Seul**, August, p.1-34, 1997.

Constituição Política do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso: em 20/08/2008.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito Entre Poderes – O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras – O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo/SP, Malheiros Editores, 2005.

FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, São Paulo: Dialética, 2002.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Direito Administrativo**. Coleção: Curso & Concurso. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOX, William F. **Understanding Administrative Law, by William F. Fox, Jr., Professor of Law, The Catholic University of America**. 4th ed. San Francisco, Matthew Bender & Company, Inc., 2000. Disponível na Internet: www.lexisnexis.com/lawschool/study/understanding/pdf/adminch1.pdf. Acesso em: 09 de março de 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: **Agências Reguladoras e Democracia**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro – RJ, 2006, p. 21-57.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da

Bahia, n.º 6, p.1-30, maio/junho/julho de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de março de 2008.

HARVEY, David. **A Brief History of Neoliberalism**. New York – U.S.: Oxford University Press Inc., p.2-3, 2005.

HOBBSBAWM, Eric. **Era dos extremos – O breve século XX, 1914-1991**. 2 ed., 29ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1973.

LEAL, Suely Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. **Caderno de Pesquisa n.º 13 – Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – UNICAMP**, Campinas, p.1-35, 1990.

MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a Revolução Gerencial – A Persistência da Dicotomia entre Política e Administração – **Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado**, Salvador, n.º 6, p. 1-34, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de março de 2008.

MASHAW, Jerry L. Reinventando o Governo e Reforma Regulatória: Estudos Sobre a Desconsideração e o Abuso do Direito Administrativo. In: MATTOS, Paulo (coord.) et al. (orgs.). **Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano**. São Paulo – SP. EDITORA 34, 2004.

MATTOS, Laura Valladão de. As razões do *laissez-faire*: uma análise do ataque ao mercantilismo e da defesa da liberdade econômica na *Riqueza das Nações*. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 1, n. 27, p. 108-129, janeiro-março/2007.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. **Novos Estudos – Cebrap**. p.139-156, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MORAES, Alexandre De. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 4ª. edição. São Paulo/SP, Editora Atlas S.A., 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. **Revista Diálogo jurídico**, Salvador, Bahia, v.I, n.º 7, p.1-22, outubro de 2001. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de março de 2008.

_____. Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**,

Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, p.01-23, fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de março de 2008.

_____. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, p.173-220, 2006.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Édson. Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectiva e Controle. **Trabalho apresentado no “II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos”**. Instituto Hélio Beltrão, Brasília, 25 de Setembro de 2001. Série Estudos de Políticas Públicas, outubro de 2001. Disponível em: <http://www.databrasil.org.br>. Acesso em: 28/08/2008.

NYLANDER, Jill. The Administrative Procedure Act – A Public Policy Perspective. **Michigan Bar Journal**, Michigan, p.38-42, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo/SP, Editora Atlas S.A., 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O Direito Administrativo Brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 8, p. 1-19, nov/dez – 2006/ jan. de 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 31 de março de 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, p.1-23, janeiro/fevereiro/março de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 31 de março de 2008.

Presidência da República, Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, Brasília, 1995.

SILVA, Paulo Bernardo & AMARAL, Helena Kerr Do. Perspectivas da Administração Pública no Brasil Contemporâneo. **Revista de Serviço Público. Edição Especial – Revista do Serviço Público de 1937 a 2007**. Escola Nacional de Administração Pública, p.7-17, 2007.

STEWART, Richard B. Administrative Law In The Twenty-First Century. **New York University Review**, New York, n.º 437, p.1-25, May/2003.

SUNSTEIN, Cass R. O Constitucionalismo após o *The New Deal*, in **Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano**, Editora 34, 2003, p. 131-202.

THE NEW YORK TIMES. February 26, 1886, Wednesday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 2 de julho de 2008.

THE NEW YORK TIMES. January 23, 1881, Wednesday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 2 de julho de 2008.

THE NEW YORK TIMES. November 17, 1929, Sunday. Disponível na Internet em: <<http://select.nytimes.com>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2008.

VACHAL, Kimberly. **The Interstate Commerce Commission – Past and Present.** North Dakota State University. Fargo, North Dakota – U.S., p.1-17, March/1993.

VANDENBERGH, Michael P. The Private Life of Public Law. **Columbia Law Review**, New York, n.º100, vol. 2, p. 105-168, Nov./2007.