

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL
ESTADO, ATIVIDADE ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES

AGÊNCIAS REGULADORAS: INSTRUMENTOS DE DIREITO
ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL EM BUSCA DE UMA
IDENTIDADE PERANTE O DIREITO BRASILEIRO

Curitiba, fevereiro de 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES

**AGÊNCIAS REGULADORAS: INSTRUMENTOS DE DIREITO
ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL EM BUSCA DE UMA IDENTIDADE
PERANTE O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, Linha de Pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável, do campus Curitiba, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2010

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES

**AGÊNCIAS REGULADORAS: INSTRUMENTOS DE DIREITO
ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL EM BUSCA DE UMA IDENTIDADE
PERANTE O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, do campus Curitiba, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro

RESUMO

Este trabalho objetiva examinar a introdução das agências reguladoras no direito brasileiro, suas propostas e desenvolvimento, para investigar se a natureza autárquica especial a elas consignada é adequada às suas características e ao êxito de suas funções. O texto parte da transformação do Estado de interventor a regulador, passa pelas novas perspectivas do Direito Administrativo, em especial a aceitação de uma nova distribuição de poderes a autoridades dotadas de autonomia e de funções plurais na Administração Pública, até chegar a um questionamento específico e pragmático sobre a atuação das agências reguladoras e sua efetividade e congruência em relação ao discurso que deu ensejo e fundamento à criação dessas, para, ao final, propor um novo modelo mais apropriado e de se buscar uma identidade nova às agências reguladoras no direito positivo brasileiro, capaz de permitir o exercício de suas funções com independência, com vistas à evolução dos serviços públicos regulados.

Palavras-chave: Regulação. Agências reguladoras. Autonomia. Serviços públicos. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

This work intends to examine the introduction of the regulatory agencies in Brazilian law, its purposes and development, to investigate if the special autarchic nature given to them is suitable to their characteristics and to the success of their functions. The text starts from the State's transformation from interventionist to regulatory, gets through the new Administrative Law perspectives, especially the acceptance of a new distribution of powers to authorities endowed with autonomy and plural functions in Public Administration, until it reaches an specific and pragmatic questioning about the role of the regulatory agencies and its effectiveness and congruency up to the speech that motivated and based its creation, to, at last, purpose a new model more appropriated and to find out an new identity to the regulatory agencies in the Brazilian positive law, able to permit the exercise of its functions with independence, longing for the regulated public utilities' evolution.

Keywords: Regulation. Regulatory agencies. Autonomy. Public utilities. Economic development.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
Capítulo I: O DIREITO ECONÔMICO E SUA NOVA LÓGICA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO: AS AGÊNCIAS REGULADORAS	
1. Considerações iniciais.....	26
2. A lógica do Direito Econômico e sua influência na ruptura de paradigmas do Direito Administrativo pelas agências reguladoras.	32
3. Resistência à alteração lógica.....	37
4. A efetividade da nova lógica regulatória no Direito Administrativo brasileiro.....	41
Capítulo II: O SERVIÇO PÚBLICO	
1. Noções de serviço público.....	43
2. A evolução do conceito de serviço público e suas sucessivas crises.....	47
3. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: papel das agências reguladoras.	59
Capítulo III: DAS AGÊNCIAS REGULADORAS, ELEMENTOS ESSENCIAIS E CARACTERÍSTICAS	
1. Breve histórico de sua introdução no direito brasileiro	63
2. Elementos essenciais às agências reguladoras: as diversas espécies de autonomia e seus pressupostos.....	75
3. A expertise da agência: profissionalização e qualificação de seu corpo técnico e de sua alta direção.....	101
Capítulo IV: FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DE SUAS ATIVIDADES	
1. Funções das agências reguladoras	104
1.1. Função Administrativa	109
1.2. Função normativa	111

1.3. Função jurisdicional	119
1.4. Função fiscalizatória	126
2. Controle das agências reguladoras	128
2.1. Controle interno: ouvidoria, controle financeiro e procuradoria-geral da agência.....	129
2.2. Controle externo	131
2.2.1. Controle social	132
2.2.2. Controle pelo Poder Executivo	133
2.2.3. Controle pelo Poder Legislativo	135
2.2.4. Controle pelo Poder Judiciário	138
2.2.5. Controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas	141
Capítulo V: CONCLUSÃO: UM OLHAR PARA O FUTURO	
1. Aspectos sociológicos: a ausência do capital social político	145
2. Natureza autárquica como a melhor identidade ou a reserva do possível.....	150
3. As propostas para a modernização e o reforço da estrutura regulatória.....	151
4. A busca de uma identidade perante o direito positivo brasileiro.....	156
Referências.....	160

INTRODUÇÃO

O tema proposto à investigação é deveras instigante. Parte de uma percepção genérica e decorrente do fenômeno da globalização e de seus movimentos sócio-político-econômicos, passa pelas novas perspectivas do Direito Administrativo, em especial a aceitação de uma nova distribuição de poderes a entes dotados de autonomia na Administração Pública, até chegar a um questionamento específico e pragmático sobre a atuação das agências reguladoras e sua efetividade e congruência em relação ao discurso que deu ensejo e fundamento à criação dessas.

A percepção ou constatação diz respeito às mutações sofridas pelo Estado no período denominado como pós-moderno e de flagrante impacto no Direito Público, que redundou em acepções doutrinárias, verdadeiras ou não, concernentes a mutações e crises, especialmente no conceito de serviço público. O questionamento consiste na verificação, em concreto, se, após completar mais de uma década de sua introdução no Direito brasileiro, seriam as agências reguladoras um instrumento efetivo de Direito Econômico e Socioambiental. Para tanto, impende avaliar-se o desempenho da atividade regulatória em sua prática cotidiana, verificando-se se os objetivos a que se propunham vêm sendo atingidos e, em caso negativo, identificarem-se: (i) quais são as funções inerentes à função regulatória; (ii) que obstáculos estão a impedir sua efetiva consecução; e, (iii) estabelecer fundamentos e premissas mais consentâneas a seu escopo e sobre os quais tal atividade deve ser reestruturada perante o direito positivo brasileiro, com vistas à superação daquelas dificuldades.

As duas últimas décadas do século XX foram por demais vívidas para o direito público. De fato, alguns as consideram como as décadas iniciais do pós-modernismo e do surgimento do Estado regulador. Sem adentrar-se em qualquer debate político, a onda neoliberal espalhou-se globalmente, produzindo conseqüências muito próximas em todos os países, como a privatização de empresas públicas, com o afastamento do Estado do exercício direto dessas funções, passando este à condição não mais de prestador direto, mas de regulador de sua prestação.

Essas mudanças de paradigmas alcançaram não apenas o Direito, mas a sociedade e o Estado. “As transformações que os Estados conhecem atualmente não podem ser consideradas um fenômeno isolado: elas remetem a uma crise mais genérica das instituições e dos valores da modernidade nas sociedades ocidentais.”¹ Chevallier tanto observa e passa a uma profunda análise do Estado pós-moderno, fazendo referência às características atribuídas à sociedade moderna, como a complexidade, a desordem, a indeterminação e a incerteza. Assim, para que se proceda a qualquer análise sobre esse Estado contemporâneo, Chevallier afirma ser necessário “abdicar-se do universo das certezas, sair dos caminhos bem balizados da ordem, abandonar a ilusão de uma coerência necessária, de uma completude absoluta.”² Dessa forma, para o exame de um único aspecto ou de uma nova situação que se põe frente ao Direito deve ter-se em mente ditos caracteres em contraste com os atributos tradicionais do Estado em transformação.

No âmbito do direito público, a onda política neoliberal e o fenômeno da globalização trouxeram a relevo discussões novas, como a introdução de um policentrismo decisório administrativo, a busca por eficiência dentro de uma teoria de resultados, o retorno à vetusta discussão sobre a dicotomia entre direito público e direito privado e, até mesmo, o debate sobre o fim de um dos standards maiores do Direito Administrativo, qual seja o princípio da supremacia do direito público. Como assinala ARAGÃO logo no início de seu livro, “vivemos uma época de revisão de dogmas, em que conceitos e valores antigos, reminiscências, sobretudo da Revolução Francesa e do subsequente modelo napoleônico, centralizado, de organização administrativa do Estado, não foram de todo abandonados, ao mesmo tempo em que o porvir ainda não se consolidou integralmente”.³

A transição que importa retratar para fins introdutórios consiste na situação do mundo ocidental após a segunda grande guerra, época em que se apresentava uma absoluta separação entre o Estado e a sociedade. Diretamente ou por intermédio de organizações de maior ou menor vinculação à Administração Pública, o Estado exercia

¹ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 16.

² CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 21.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 1.

a sua função de provedor de serviços públicos aos seus cidadãos. Era, à época, o titular de vários serviços e os fornecia, em grande parte, diretamente ou por suas próprias empresas, muitas vezes, sob o regime de monopólio. Essa forte intervenção na economia e a sua relação com os cidadãos partiam do pressuposto de que era o Estado o titular dos poderes públicos, apresentando-se nas relações jurídicas com a preponderância inerente à potestade pública que lhe era reconhecida.

MACHADO observa que “essa configuração da relação Estado-sociedade, a atenção dos interesses gerais, das necessidades dos cidadãos, corresponde por inteiro aos poderes públicos. Eles definem discricionariamente esses interesses, os avaliam e hierarquizam, aplicam os recursos disponíveis, atendem à organização dos serviços e cuidam do cumprimento eficaz dos programas de atuação”.⁴

Essas duas últimas décadas do século passado e a primeira do atual são testemunhas do advento de novas acepções dentro da doutrina jurídica, muitas advindas e com forte influência das ciências econômicas, como a governança e o fenômeno da contratualização da administração pública. Isto é, de acordo com Jones, “o objeto do contrato administrativo desdobra-se em um mecanismo regulatório das políticas governamentais, por intermédio de um largo espectro de relações econômicas e sociais”.⁵ Sobreleva assinalar o fato de que a Administração Pública, valendo-se da via contratual, busca dar a esses instrumentos um fim econômico e social efetivo. Aliás, é este o questionamento inicial que se fez, pois às agências reguladoras foi atribuída a tarefa de exercer a regulação da atividade e dos serviços decorrentes dos contratos, em especial os de concessão de serviços públicos.

Numa síntese apertada dos fatos, a ascensão de Margareth Thatcher ao poder em 1979 pode ser tida como um marco do início das mudanças aqui referidas. É nesta época que as críticas à presença do Estado nas atividades produtivas e na prestação

⁴ MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación. Directores: MACHADO, Santiago Muñoz e PARDO, José Esteve. Madrid: Iustel, 2009, p. 17. “... esta configuración de la relación Estado-sociedad, la atención de los intereses generales, de las necesidades de los ciudadanos, corresponde por entero a los poderes públicos. Ellos definen discricionalmente esos intereses, los evalúan y jerarquizan, aplican los recursos disponibles, atienden a la organización de los servicios y cuidan del cumplimiento eficaz de los programas de actuación”. Tradução livre.

⁵ JONES, Peter Vincent. *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. vii. “... the deployment of contract as a regulatory mechanism in government policies across a broad spectrum of economic and social relationships ...”. Tradução livre.

direta de muitos serviços começaram a ser postas em prática, efetivamente. A lógica que permeava a conduta do Estado é subvertida. Se antes a presença do Estado no seio da economia, reservando para si monopólios, como telecomunicações e energia, era tida como estratégica e indissociável de suas atribuições, a partir desse momento, tudo isso passou a ser política pública de museu e sinônimo de ineficiência. Esta última tornou-se, inclusive, um princípio assente nas normas jurídicas, consubstanciando-se em princípio expresso. Privatização e liberalização comercial espalharam-se mundialmente por conta e obra do fenômeno da globalização, que trouxe a efeito um novo pensamento hegemônico que corroeu e fez desabar as fronteiras nada naturais dos países do bloco socialista formado após a segunda grande guerra. O Estado deixa de ser o provedor ou o operador e começa a assumir a sua condição de Estado regulador.

MORAN⁶, examinando, historicamente, as mudanças havidas na Grã-Bretanha na década de setenta do século XX, afirma que ela liderou uma espécie de redefinição de fronteiras entre o público e o privado, por intermédio da liberalização e da privatização. De outra parte, o autor observa que, naquela década, havia mudanças propostas para a própria organização do governo, usualmente denominada por “Nova Gestão Pública”. A liberalização, a privatização e a reforma da gestão do setor público foram as três maiores bandeiras da revolução britânica. A imagem das agências reguladoras está, segundo Moran, intimamente relacionada à da passagem do Estado que se valia de seu governo para um Estado de governança. Consoante ensina, “nos campos das políticas tão diversas como as de regulação de um banco central, regulação de ambientes físicos, regulação de segurança dos alimentos e regulação da saúde e da segurança no trabalho, os governos começam a criar agências livres do controle dos partidos políticos num esforço de guiar as políticas públicas por intermédio de imperativos tecnocratas preferencialmente sobre aquelas decorrentes dos partidos, políticas majoritárias”. Extrai daí, Moran, o sentido dessas mudanças como sendo o de

⁶ MORAN, Michael. *The british regulatory state: high modernism and hyper-innovation*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 2-12. “In policy fields as diverse as central banking, regulation of the physical environment, regulation of food safety, regulation of health and safety at work, governments began to set agencies free from partisan political control in an effort to guide policy by technocratic imperatives rather than by the outcomes of partisan, majoritarian politics”. (p. 12- tradução livre)

duas imagens poderosas e interligadas: as imagens da governança e a de um novo tipo de estado, qual seja, o estado regulador.

Embora alguns pugnem por um mercado livre, capaz de se autorregular, independentemente de qualquer espécie de atuação do poder público, essa ausência ou minimização do Estado frente à economia nunca será absoluta. Haverá, sempre, algum grau de intervenção. Após advertir ser inapropriado imaginar-se qualquer espécie de desenvolvimento dissociado da presença e dos processos do mercado, Sen⁷ afirma que “isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer – ao invés de empobrecer – a vida humana.”

Essa nova forma de atuar do Estado não mais por um governante, mas por uma governança, não subtrai sua presença da economia. Há uma mudança de método e de grau de intervenção. A regulação não é uma novidade em si. Novidade, como asseverado por GIANNINI, é a recente “tendência a substituir relações de controle por relações de direção, aparentemente mais elaboradas e ponderadas; a relação de direção compreende ainda o controle, mas que, de maneira muito mais flexível, sobretudo permite a adoção de medidas corretivas, em sentido próprio, das disfunções verificadas, que, ao invés de serem reprimidas com medidas sancionatórias, são eliminadas mediante a adoção de medidas corretivas, frequentemente informais”.⁸

Essa flexibilidade é fundamental e atinge não só os aspectos administrativos, podendo chegar também, ao menos em sede teórica, à expedição de atos normativos e jurisdicionais. Neste sentido, o direito público passa a melhor atender à dinamicidade das relações sociais atuais e aos quase que cotidianos avanços tecnológicos, um mundo em constante mutação, pautado por heterogeneidades interdependentes, onde as decisões melhor atendem à realidade posta do que a um conjunto de normas fechado e criado em face de um arquétipo ultrapassado, incapaz de atender a anseios presentes.

⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 22.

⁸ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'a Economia*. Ed. Il Mulino, 1995, p. 299, *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos, *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 27.

A tão propalada “flexibilização” possibilita, por conseguinte, uma funcionalização do direito. REALE, percebendo essa nova realidade do Direito Público, assinala que “o poder do Estado deixa de ser poder de império para passar a ser visto cada vez mais como poder de decidir em termos de funcionalidade”.⁹

No Brasil, essa passagem para o Estado regulador foi expressa no próprio Plano Diretor da Reforma do Estado capitaneado pelo ex-Ministro da Administração e Reforma do Estado Bresser Pereira, que previa uma redefinição do papel do Estado, subtraindo de suas funções a de responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela produção de bens e serviços por seu próprio intermédio. Concluía, que, “deste modo, o Estado reduz o seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor ou promotor destes”.

As referências acima ao neoliberalismo, ao fenômeno da globalização e ao momento político do Brasil em que as agências reguladoras foram instituídas, têm conteúdo exclusivamente fático e seu propósito é a fixação do marco histórico. Está, pois, destituída de qualquer pretensão ou convicção de ordem política. Como assinala Pontes de Miranda, “é difícil ao jurista de direito público, principalmente do político, livrar da influência do caso concreto histórico, que o cerca, o seu pensamento teórico. Só a preço de grande disciplina mental é possível; mas essa libertação é indispensável, tratando-se de cientista”.¹⁰

O Estado Democrático de Direito propicia, ensina CANOTILHO, um sistema jurídico aberto “porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para capturar a mudança da realidade e estarem abertos à concepção cambiantes da verdade e da justiça”.

A tradução da realidade e a adequação dos serviços públicos à vontade dos usuários é um dos objetivos das agências reguladoras. Tanto só veio a ser possibilitado pelo surgimento do Estado Democrático de Direito. Sem este, o discurso da eficiência, por si só, seria um instrumento e um sofisma poderoso nas mãos das empresas privadas prestadoras de serviço público, pois, isolada ou preponderante sobre o

⁹ REALE, Miguel. Teoria do direito do estado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. XVII.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, T. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987, p. 265.

cidadão, a eficiência, suplantaria e deixaria ao largo uma gama de interesses e obrigações sociais.

Antes dessa concepção do Estado, a regulação britânica, por exemplo, era uma espécie de jogo, evidencia THATCHER, para quem “o regime regulatório, na prática, era um jogo de que participavam os fornecedores de serviços, grandes empresas que dependiam dos pedidos dos serviços, e ministros e seus servidores civis. O jogo era extremamente fechado: ocasionalmente, terceiros como sindicatos do comércio conseguiam penetrá-lo, mas, ainda assim, somente para assuntos de índole empregatícia. Os usuários desempenhavam papéis mínimos. O processo decisório era informal e envolvia discussões e negociações conduzidas no âmbito privado”.¹¹

Essa nova posição do Estado em relação à economia, as propostas de governança pública, bem como a flexibilidade e funcionalidade do direito estão intimamente relacionadas para com a criação das agências reguladoras. Agregadas à imperiosa busca pela eficiência então pugnada, surgem as noções de Estado mínimo e de uma necessária neutralidade deste em face dos novos operadores privados incumbidos da prestação dos serviços públicos, tudo derivado, segundo Cuéllar, “da crise em que o Estado se encontrava e da necessidade de reformá-lo, tornando-o um Estado menor, porém, mais eficiente, referidas entidades surgiram associadas ao estabelecimento de um novo modelo organizacional do Estado”.¹²

Proceder ao estudo de agências reguladoras implica, forçosamente, uma referência aos serviços públicos, ainda que diminuta e sem a pretensão de se realizar um exame aprofundado ou de se buscar um novo conceito. Bacellar Filho registra, logo ao iniciar de um artigo referente ao exercício do poder normativo dos entes reguladores, que “não há como abordar o tema que oferece título ao presente trabalho, sem antes

¹¹ THATCHER, Mark. Institutions, regulation and change: new regulatory agencies in the british privatized utilities. *West European politics*, 1997, 21/1: p. 123. “*The operation of the regulatory regime in practice was a game largely played between the utility suppliers, large manufacturers firms that depended on utility orders, and ministers and their civil servants. The game was highly closed: occasionally outsiders such as trade unions penetrated it, but even so, mostly on employment –related matters. Users played little role. The decision-making process were informal and involved discussion and negotiations conducted in private*”. Tradução livre.

¹² CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 15.

discorrer sobre a questão de fundo que diz respeito à própria noção de serviço público”.¹³

De imediato, é perceptível que os serviços públicos são tanto uma forma de expressão concreta de políticas públicas como o meio pelo qual o Estado se relaciona com a sociedade, atendendo as necessidades dessa última. Saldanha realiza severa crítica à figura do Estado e a essa terminologia, primeiro, porque considera pleonasma falar-se em políticas públicas, uma vez que não há políticas ditas privadas. Segundo, porque, atualmente, época “em que os conceitos se misturam e as palavras se usam com leviana facilidade, o Estado se distribui por ‘serviços’ e por ‘agências’, perdido o seu sentido de relação real com a sociedade”.¹⁴

Em se partindo dessa crítica e adotando-a como lição, a noção de serviço público há de ser perquirida em consideração para com a relação real e jurídica que o Estado deve manter com os membros da sociedade. É nesta relação que residem mudanças significativas no âmbito do direito público e que demandam estudo. Afinal, o inciso IV do art. 175, da Constituição da República de 1988, mais do que disciplinar a prestação dos serviços públicos, fortalece a sua noção como direito fundamental dos cidadãos e o sujeita a uma gama de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana.

Daí, o tema será enfrentado mais adiante não com a presunção ou preocupação de sua exploração e amplo esgotamento, mas no escopo de revitalizar a noção de serviço público e o de bem definir seus atuais paradigmas, uma vez que a regulação que se pretende estudar é aquela pertinente aos serviços públicos.

As Agências Reguladoras, sem embargo de sua criação e estruturação no âmbito do direito público, tem áreas de toque e de interseção com o direito privado. A regulação pode gerar impactos na economia e não se pode esquecer que as empresas concessionárias são, em sua maioria, empresas privadas sujeitas à normatização estatuída por ramos do direito privado. Os usuários dos serviços públicos por sua vez são consumidores desses serviços em essência. Assim, um exame, ainda que breve,

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 45.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005, p. 55.

da relação das agências reguladoras para com o Direito Econômico é prudente como parte do caminho perseguido pelo presente.

A interdisciplinariedade traz consequências inevitáveis. O Direito e suas hipóteses, cada vez mais multifacetados e relacionados a outras ciências, proporcionam ângulos dos mais variados para sua análise. Implicam novas incidências e conclusões por meio de ponderação de princípios diversos, por vezes, de aparente antinomia.

O tema agências reguladoras é interdisciplinar e não se encontra apenas, como assinala Aragão¹⁵, na “seara jurídica, já que envolve aspectos sociológicos e, sobretudo, da teoria da regulação econômica, cinge-se, preponderantemente ao Direito Público Econômico”.

O estudo das agências reguladoras e de suas funções impende uma atividade dialógica entre o Direito e a Economia. Enquanto aquele busca impor as suas normas, esta última deixa marcas indelévels de sua lógica. Ou seja, o denominado Direito Econômico acaba por acarretar uma nova lógica para o Direito Administrativo por meio da função reguladora que este pretende e tem de normatizar. As novidades e rupturas são inerentes a esse novo ajuste.

Prova dessa essência normativa do Direito estar direcionada para aspectos econômicos relevantes à regulação, a qual tem sua origem na Economia, consiste na verificação de a própria Constituição da República destinar uma série de dispositivos à normatização da matéria, como, por exemplo, o inciso XI do art. 21; o § 2º do art. 162; os arts. 172 e 174; o inciso III do § 2º do art. 177; o inciso III do art. 186; e, os arts. 190 e 192.

Assim, a interação entre essas ciências é inexorável, como também o é essa nova lógica que o Direito Econômico proporciona ao Direito Administrativo e que será objeto de exame logo a seguir. Vale aqui a lembrança de Cassese, ao examinar o relacionamento do direito com as demais ciências sociais, quando se refere às lições de Jemolo de que “o bom jurista (...) deve ser pessoa viva, com interesses múltiplos, em cada âmbito, com compreensão e conhecimento num grande número de campos”.¹⁶

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 3.

¹⁶ CASSESE, Sabino. *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna: Editora il Mulino, 2008, p. 127. “... *um insegnamento di Jemolo: (...) Il buon giurista (...) deve essere persona viva, com*

Dessa base de estudo, parte-se para o exame das agências reguladoras propriamente ditas. Primeiramente, a forma pela qual foram introduzidas no direito brasileiro, inicialmente pela administração pública federal e, em seguida, pelas administrações estaduais e até as municipais.

De observar-se, de imediato, que as agências reguladoras não seguiram uma metodologia única para sua criação. A própria criação das agências reguladoras pela União Federal foi realizada de forma díspare, uma vez que a Agência Nacional do Petróleo – ANP e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foram criadas por Emenda Constitucional, enquanto as demais agências foram-no mediante leis infraconstitucionais. Essas variegadas decisões dos administradores e legisladores federais espelham ou uma pretensão institucional para certas agências ou dúvidas e incertezas no que tange à sua estruturação, autonomia e limites para o exercício de suas funções.

Alguns fundamentos e premissas advêm e foram assentados em sede doutrinária, nacional ou estrangeira, como foram incorporados aos textos normativos pertinentes às agências reguladoras. Em princípio, às agências reguladoras foram atribuídas natureza autárquica especial, autonomia administrativa e financeira, direção colegiada e dotada de mandatos, e, ainda, o exercício de uma gama de poderes, tais como os de execução das políticas públicas, fiscalizatório, jurisdicional administrativo e normativo.

Os poderes sobreditos, se tomada a assertiva como uma frase isolada, já permitem vislumbrar uma série de debates acerca da legitimidade das agências reguladoras para exercê-los e mesmo da constitucionalidade das normas que tanto lhas atribuiu.

De fato, estão ali reunidos, em essência, os poderes que inspiraram a decantada divisão funcional tripartite de Montesquieu, cujo exercício foi atribuído, por norma constitucional, aos poderes executivo, legislativo e judiciário. Como então admitir-se que um organismo pertinente ao executivo possa exercê-las – aquelas funções – conjuntamente e com prevalência sobre os demais?

interessamenti molteplici, in ogni âmbito, con comprensioni e cognizioni in grande numero di campi". (A.C. Jemolo, confessioni di un giurista, in Id., Pagine sparse di diritto e storiografia, scelte e ordinate da L. Scavo Lombardi, Milano, Giuffrè, 1957, p. 189.

Tais situações foram e estão sendo enfrentadas pela doutrina e, pouco a pouco, também pela jurisprudência. Isso seria o suficiente para que sejam consolidadas as agências reguladoras e o respeito a suas funções no direito positivo brasileiro?

Essa é a investigação que se quer perpetrar mais a frente. Um aspecto são as agências reguladoras e suas atribuições estudadas em tese, no mundo do dever ser. Outro aspecto é o estudo dessas agências frente aos obstáculos com que se deparam no dia-a-dia do exercício de suas funções, em especial os limites que lhes são impostos pelo próprio executivo, poder do qual, como é sabido, deveriam gozar de autonomia e independência.

Há, ainda, que se discutir qual a amplitude de sua função normativa e quais as suas possibilidades de recusar aplicação a normas advindas do legislativo que têm por escopo reformar normas oriundas do exercício do poder normativo de uma agência. Por fim, na medida em que as agências mediam as relações entre poder concedente, concessionários de serviços públicos e usuários, em busca do bem do serviço, o exercício de funções decisórias é-lhes inerente. Haveria limites ao judiciário para a revisão dessas decisões?

O noticiário recente e diário da imprensa nacional, entretanto, denota uma grande dúvida em relação à eficiência das agências e questiona o seu relacionamento com as autoridades públicas, isto é, aqueles fundamentos e premissas sobre os quais se consolidaram as agências estão sendo alvo de amplo debate, no seio da sociedade. Os exemplos são múltiplos, sendo alguns dignos de menção à guisa de ilustração: (i) ANAC, onde saltam aos olhos a superposição de competências, dúvidas quanto ao domínio da técnica do setor pelos agentes reguladores, a estabilidade de seus mandatos e a extensão de sua responsabilidade; (ii) ANVISA, na medida em que proibiu a veiculação de propaganda de bebidas alcoólicas, entendendo que tal era ínsita a seu âmbito competencial normativo; (iii) ANP, quando preteriu a distribuição de gás para automóveis em favor do abastecimento das usinas termoeletricas; (iv) ANTT, que, ao licitar a concessão de diversas rodovias com significativo deságio, veio a suscitar dúvidas quanto à regularidade dos procedimentos precedentes, no que tange à modicidade das tarifas praticadas, eis que por demais elevadas; (v) ANEEL, cujos cálculos que autorizaram o aumento das tarifas de eletricidade foram provados como

equivocados pelo Tribunal de Contas da União, ocasionando uma expressiva cobrança de valor a maior dos usuários.

O último dos exemplos acima consignado traz mais um dos enfrentamentos comuns das agências reguladoras referente à revisão de seus atos pelos tribunais de contas. A dúvida consiste em estabelecer os limites dessa espécie de controle a fim de que não sejam maculadas a independência e a autonomia das agências. De toda a forma, como será apreciado, a atividade reguladora é sujeita a uma gama de controles, especialmente o social, que, além de conferir legitimidade ao exercício dessa função, não deve ser apenas viabilizado, mas demonstrar-se eficaz. Isto é, na hipótese de uma audiência pública, por exemplo, à comunidade deve ser franqueado o comparecimento e a voz, mas o escopo dessa audiência só será atingido se a linguagem técnica concernente ao serviço público for traduzida para o pleno alcance e absoluta compreensão dos usuários interessados em participar. Se tal não ocorre, a referida audiência pública não é nada além de uma formalidade falaciosa, e o ato administrativo que a previu, que deveria atender a uma funcionalidade, desvia-se do resultado desejado.

O exemplo é interessante, pois denota que o tema agências reguladoras está intimamente relacionado à funcionalização do Direito Administrativo e à teoria dos resultados.

Nesse assentir, o da busca por melhores resultados, não se pode olvidar a necessária formação dos integrantes do quadro de pessoal dessas novas agências reguladoras. BACELLAR FILHO lança fundamental assertiva no sentido de que “a profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não mais um status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da

eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados”¹⁷.

De salientar-se, também, que estão em trâmite no Congresso Nacional tanto uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 81/2003), cujo objeto atual é o art.175-A da Constituição Federal para fixar os princípios da atividade regulatória, como também um Projeto de Lei (PL 3337/04), que visa dispor sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras. Este último, conquanto de autoria do Executivo, sofreu profundas modificações e acréscimos por intermédio de substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça. Ambos tramitam concomitantemente, sem que se tenha, contudo, a preocupação de sua análise conjunta e de preferência à aprovação da PEC por óbvias razões de prevalência hierárquica normativa.

Aspecto fático que se não pode olvidar é o concernente aos constantes avanços tecnológicos, especialmente nas áreas da informação, transmissão de dados e transportes, cuja dinamicidade socioeconômica impõe soluções como convergência, integração de modais e o compartilhamento de infra-estrutura. Esses aspectos futuros demandam constante avaliação e estudo da regulação. Sua origem e histórico não podem ser afastados, pois, como fruto de um sistema global, as agências reguladoras tendem a transcender fronteiras, além do risco de sua captura por forças hegemônicas sempre dispostas ao enfraquecimento do Estado e à fragilização de sua soberania para impor seus processos produtivos com maior liberdade. O estudo não teria o necessário fundamento sem aquela releitura e um apontamento para o futuro das agências reguladoras, que, em tese, exercem uma função de extrema importância como fiel da balança entre os interesses políticos do Poder Concedente, dos Concessionários de serviços públicos e de seus usuários.

Adverte-se, porém, que tal parte histórica e a análise das futuras perspectivas do serviço público, não serão abordados com a profundidade que mereciam neste trabalho. Exigem maiores reflexões em estudo diverso e próprio.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública no Brasil. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 12:9-17, abr/jun. 2003.

Sem embargo da produção doutrinária já existente sobre o tema em seu gênero, o que se quer definir é se as proposições daí oriundas e absorvidas em sede legislativa foram suficientes e congruentes o bastante para que concebamos as agências como um novo paradigma do Direito positivo brasileiro.

Eficiência, profissionalização e autonomia já ensejam questões bastantes a recomendar uma reavaliação crítica do sistema regulatório brasileiro, entendido este como o conjunto de normas e princípios respeitantes às agências, a doutrina, a jurisprudência e o conjunto de fatos decorrentes de sua aplicação prática. Por razões públicas e notórias, é de esperar-se que o presente estudo venha desvelar uma estrutura regulatória frágil e de duvidosa eficiência. Tanto não é nossa pretensão final. Intenta-se identificar, tão-somente, as dificuldades e obstáculos enfrentados pelas agências em busca de sua identidade, tais como as: vinculação a órgãos da administração direta; intangibilidade dos mandatos; captura; imposição de contingenciamento de suas receitas pelo Executivo; viabilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio de suas decisões; aposição de limites para o exercício de seu poder normativo; delimitação do controle externo sobre seus atos, em especial os regulatórios, exercidos pelo Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas; e a transparência de suas ações para o exercício do controle social.

Nessa busca, há de questionar-se a própria natureza das agências reguladoras. Em regra, o direito positivo, à falta de uma outra espécie apropriada, ofereceu ao legislador uma única modelagem para a criação das agências nos moldes pretendidos, atribuindo-lhes a natureza de autarquias especiais. “A expressão autarquia de regime especial surgiu, pela primeira vez, na Lei 5.540, de 28.11.1968, art. 4º, para indicar uma das formas institucionais das universidades públicas. Nem esta lei, nem o Decreto-Lei 200/67 estabeleceram a diferença geral entre as autarquias comuns e as autarquias de regime especial. As notas características das últimas vão decorrer da lei que instituir cada uma ou de uma lei geral que abranja um conjunto delas (...)”¹⁸. É evidente o anacronismo do Decreto-Lei 200/67, que precedeu em décadas os mais significativos

¹⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.71.

movimentos de globalização, para prestar-se como solução efetiva a uma reforma administrativa ocorrida na década de noventa e que se constitui numa das injunções dos sobreditos movimentos.

Sem embargo de se tratar de uma introdução ao tema, as agências reguladoras exercem múltiplas funções e exigem um controle diferenciado do que é realizado em relação a outros órgãos e entes da administração pública. As áreas de toque e de conflitos com outros entes e poderes são, portanto, consideráveis, o que pode subtrair ou, no mínimo, reduzir significativamente um dos consectários perseguidos a partir da instituição das agências reguladoras no Brasil, qual seja, uma ampliação da segurança jurídica capaz de atrair e fornecer maiores garantias aos investidores interessados em assumir o comando de empresas concessionárias prestadoras de serviços públicos.

A simples potencialidade de conflitos recomenda, *de lege ferenda*, a sua prevenção. A par dessa ponderação, opiniões doutrinárias há no sentido de ter como perfeitamente ajustado o atual tratamento do tema, considerando as funções das agências como típicas do Estado e não como típicas da Administração, tal como leciona MARQUES NETO, salientando que “esta diferença estará respaldada exatamente no regime especial que a lei conferir a estas autarquias, uma vez que a atribuição específica de poderes que transcendem às comezinhas funções administrativas poderá ser feita por lei ordinária”¹⁹. Todavia, o momento, como dito, é oportuno à revisão da identidade das agências na proposta de emenda que a eleva à condição de instituição jurídica constitucional, tal como feito com outros organismos de controle como os Tribunais de Contas. Infelizmente, a PEC 81/03 é tímida em mudanças e, em seu art. 1º, retoma a atual doutrina e atribui às agências reguladoras o regime autárquico especial.

Mudanças, porém, são possíveis. No exame de seu futuro jurídico e em opinião diversa da precitada, JUSTEN FILHO propõe ser “relevante destacar que não é necessário que a agência reguladora mantenha natureza autárquica para todo sempre. Até se admite a possibilidade de que as agências reguladoras independentes adquiram um status jurídico próprio, transformando-se em nova categoria integrante da

¹⁹ MARQUES NETO, Frederico A. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 57.

Administração indireta”.²⁰ A doutrina não está pacificada e prospecta tal possibilidade, conduzindo à reflexão de que os atuais termos da PEC 81/03 podem significar um indesejável engessamento da Administração Pública.

Ao contrário de se poder afirmar como paradigma no Direito brasileiro, as agências reguladoras estão em busca de sua identidade: uma natureza jurídica própria e consentânea a seus fins. Se as considerarmos como tal, haveremos de concluir, ante a profusão de normas criadoras de agências e de sua diversidade, que se tratam de “paradigmas inconclusos”, expressão que encerra um paradoxo em seus próprios termos. Utilizada no título de dissertação de doutoramento perante a Universidade de Coimbra, FEITOSA esclarece que o título “paradigmas inconclusos”, tem conotação “metafórica e potencialmente contraditória (uma vez que paradigma demanda mudanças estabilizadas) (...) é usado em representação deliberadamente paradoxal”²¹. O que se pretende é fixar a noção de que não é o paradigma que está em crise, mas que é esse pretense paradigma das agências uma das causas da denominada crise do direito público brasileiro.

Tais momentos geram perplexidades, cuja solução impende experiência prática e reflexão acerca de suas conseqüências a fim de alcançar-se uma fase de racionalização desses novéis institutos, a ponto de permitir sua perfeita adequação ao direito administrativo brasileiro e uma harmoniosa evolução no ordenamento jurídico. “Nessa evolução, ele se vem transformando em um direito comum voltado à realização de interesses transindividuais juridicamente relevantes e não mais em isolado ramo do Direito Público (...)”.²² Contudo, essa percepção atual de crise não se traduz numa prospecção pessimista do autor precitado, cujas conclusões, ao contrário, demonstram que as transformações atuais não estão a condená-lo à perda de relevo ou ao desaparecimento. Estariam a ampliar o seu espectro para além do público estatal ao público não estatal, promovendo a valorização desse ramo pela mudança de seu referencial não mais centrado no Estado, mas no cidadão.

²⁰ JUSTEN FILHO, M. O Direito da agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 392.

²¹ FEITOSA, M.L.P.A.M. Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.21.

²² MOREIRA NETO, D.F. Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.548.

Referida crise foi verificada logo no capítulo inaugural de tese de doutoramento em Direito Público perante a UERJ, onde o próprio título forjado por BNEMBOJM anuncia a existência de uma crise dos paradigmas do Direito Administrativo, ilustrando-o com o exemplo das agências reguladoras, cuja introdução no direito positivo pátrio quebrou o “vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (...)”²³. Essas rupturas e crises detectadas por uma gama variada de doutrinadores denotam a necessidade de sedimentação e nova pavimentação do terreno do Direito Administrativo, com a individualização e reparo dos institutos que as ocasionaram. Dentre esses, encontra-se o objeto deste estudo, consistente nas agências reguladoras, as quais, segundo a incisiva pena de MOTTA, “nesta toada, é de se propor, *de lege ferenda*, a feitura de um verdadeiro código de procedimentos administrativos específico para as agências reguladoras, a fim de que se tenham, num único corpo legislativo, todas as regras processuais para a efetivação material dos direitos da cidadania e dos investidores privados, em relação aos serviços públicos”.²⁴ O sentir de boa parte da doutrina indica o mister de o direito positivo preocupar-se mais detidamente com as essas agências.

Esse jogo de interesses submetidos à tutela das agências impõe-lhes o dever de neutralidade. O estudo dos poderes neutrais das agências, dessarte, impõe-se. A despeito de vetusto, “pode ser de grande importância para eliminar as perplexidades que existem em relação à autonomia das agências reguladoras em face do Chefe do Poder Executivo, agente dotado de legitimidade político-eleitoral”.²⁵ Isto é, pretende-se demonstrar as vantagens da criação de um sistema de decisão técnico-neutral independente e em substituição ao de decisão político-partidária, atualmente prevalecente. Nesse desiderato, dois pressupostos precisam ser verificados: (i) a

²³ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

²⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Barueri: São Paulo, 2003, p.105.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 441.

confiabilidade política das agências; e, (ii) a constatação de que as agências estão, suficiente e tecnicamente, aparelhadas para adotar a melhor decisão dentre as possíveis em relação à aplicação de políticas públicas, pois seriam detentoras de maior expertise para tanto se comparadas, inclusive, ao próprio Judiciário. O profissionalismo é pressuposto para a irrefutável aquisição da técnica, cujo domínio é imprescindível à eficiência. De outra parte, a independência política, administrativa e financeira é pressuposto inexorável à neutralidade. Estabelecidas e verificadas essas premissas, pode-se vislumbrar a transcendência do modelo atual de mera técnica de descentralização administrativa para outro modelo de instituição constitucional cuja natureza se consubstancie numa tríade funcional: administrativa, legislativa e jurisdicional. De averiguar-se, inclusive, a possibilidade de o modelo ascender à condição de uma corte administrativa inédita no direito positivo brasileiro.

Em síntese, a introdução das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, com a atribuição de funções múltiplas a essas novas entidades, que parecem ir além das convencionalmente tidas como próprias do poder executivo e que aparentam interferir no exercício de funções tradicionais de outros organismos e poderes, conduzem ao histórico embate entre Direito e Poder. “São estes os dois grandes instrumentos do progresso e da civilização: o poder – a energia que move os homens e as sociedades para a realização de seus objetivos, e o direito – a técnica social criada para a disciplina e a contenção do poder”.²⁶ Na medida em que uma nova entidade surge no seio da administração pública, necessariamente, irá ocupar um espaço e usurpar parcelas de competência de outras previamente existentes, o que impele os que estão no poder à tentativa de evitar a sua institucionalização e de manter o seu conjunto de atribuições e posição hierárquica incólumes.

Retorna-se, assim, à questão do policentrismo decisório, que não é aceita com naturalidade por aqueles que não percebem outra solução para o exercício do poder, senão a da figura de um único chefe supremo hierarquicamente sobreposto aos demais. No entanto, na garantia da liberdade e da segurança jurídica, o poder só é legítimo quando relacionado a outro poder, racionalizado por uma equação jurídica posta pelo direito no sentido de pugnar por uma relação de cooperação pela evolução

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 3.

da sociedade, a qual não seria ou tardaria a ser alcançada na hipótese de o poder ser exercido de forma isolada ou conflituosa.

Assim, o questionamento maior aqui proposto é o de se buscar uma identidade própria às agências reguladoras no direito positivo brasileiro. Uma identidade que lhes seja capaz de permitir o exercício de suas funções com a independência e a autonomia bastantes, especialmente quando confrontadas para com outros poderes e instituições já sedimentadas por aquele direito, e que a relação daí resultante seja uma relação de cooperação e não uma relação de conflito, com vistas à evolução dos serviços públicos por elas regulados.

CAPÍTULO I

O DIREITO ECONÔMICO E SUA NOVA LÓGICA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO: AS AGÊNCIAS REGULADORAS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

As duas últimas décadas do século XX trouxeram inúmeras modificações, especialmente, de natureza política e tecnológica, que importaram em consideráveis alterações de paradigmas sociais, econômicos e jurídicos, tudo sob o tempero hegemônico do fenômeno da globalização. A dinâmica social é exponencialmente mais veloz na atualidade, exigindo dos diversos atores sociais uma evolução permanente e sincrônica, sob pena de inadequados à realidade posta. Antes, Estado, mercado e respectivas ideologias promoviam mudanças de efeitos mais perenes e que podiam ser vivenciadas por algumas gerações. O sistema jurídico que lhes dava esteio, de igual forma, admitia uma rigidez e um formalismo que favoreciam instituições e verdades estruturadas por décadas.

Interessante observar que, em 1955, Orlando Gomes tinha como perceptível o desgaste do instrumental jurídico e a necessidade de o Direito acompanhar essas mudanças e mais atento às tendências. “O que se verifica, em suma, é um grande poder de receptividade aos fatos novos, a que não corresponde, porém, aptidão construtiva. Eminentemente juristas perceberam a dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais, demonstraram brilhantemente que os fatos se revoltavam contra o Código, mostraram que as instituições tradicionais estavam em decadência, comprovaram, numa palavra, a imprestabilidade do arcabouço técnico do Direito”²⁷.

²⁷ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. Revista de DireitoGV n. 1, maio/2005, pp. 121/134.

Dentre essas verdades estruturadas, o Direito, visto sob o prisma de seus ramos tradicionais, era enunciado com vistas à relação jurídica havida entre o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico correspondente. As causas e as conseqüências próprias de uma relação jurídica eram examinadas de forma intrínseca a esta relação numa lógica própria do primado da individualidade. Neste sentido, a lógica de imputação quando da verificação de uma lesão de direito replicava e aplicava a norma do tipo “Se A é B deve ser”. FERRAZ²⁸, tendo por base o Direito Econômico, ensina que aspectos extrínsecos à relação jurídica são relevantes para este ramo, engendrando uma lógica própria e diferenciada.

Algo de novo e imaginativo dá, finalmente, resposta às ponderações e questionamentos do Professor Orlando Gomes acerca da “*esterilidade imaginativa dos juristas*”²⁹. O Direito Econômico traz uma lógica própria e inovadora, que foge àquela vetusta e estruturada pelos demais ramos do Direito, inservíveis, em muitos aspectos, à realidade atual da sociedade.

De outra parte, no âmbito do Direito Público, as mutações não foram menores, senão mais turbulentas, uma vez que o Estado, figura central deste ramo jurídico, foi e vem sendo obrigado a rever seu papel, principalmente no tocante à sua intervenção na economia, no exercício de sua autoridade e na prestação dos serviços públicos. “Há, indubitavelmente, um novo Direito Administrativo em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho das transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas”³⁰.

Revisitar as funções do Estado e restabelecê-las de forma mais adequada às aspirações da sociedade e do mercado passa, antes de tudo, pela percepção de que se tratam de fenômenos reciprocamente interferentes, que têm no Direito a normatização de suas relações. Tanto, dentro de um contexto de extrema mutabilidade, contraria antigos e rígidos preceitos de Direito Público, tais como a soberania, a insindicabilidade

²⁸ FERRAZ, Roberto. O consumo, a concorrência, o Mercado e as distorções da substituição tributária (para frente). “*Já o Direito Econômico parte de análise totalmente alheia a esses aspectos destacados do ponto de vista individual, para ir buscar elementos ‘externos’ à relação jurídica de compra e venda, como a verificação de qual o mercado relevante de atuação das empresas e quais as suas participações nesse mercado*”.

²⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 122.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006, p. 223.

da discricionariedade administrativa, a intangibilidade dos atos políticos e, até mesmo, o intocável princípio da supremacia do interesse público. SCHIER³¹ enfrenta a questão referentemente ao embate entre uma teoria dos direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público, anotando que “a práxis administrativo-constitucional o tem erigido a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais”, ensejando uma Administração fundada numa política autoritária, “onde os direitos e liberdades e garantias fundamentais devem (...) ceder aos reclames do estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca”.

COMANDUCCI é mais enfático ao reconhecer as mutações havidas no novo direito público, salientando que os sistemas jurídicos atuais refletem uma realidade onde “o estatismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, três das características destacadas do juspositivismo teórico de matriz novecentista, hoje não parecem sustentáveis”.³²

A potestade pública é posta em xeque nesse processo, o que CANOTILHO denomina por democratização da administração, que se apresenta (i) na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; (ii) pelo voto na seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual; (iii) participação paritária de todos os elementos que exercem a sua atividade em determinados setores da Administração; (iv) transparência ou publicidade do processo administrativo e (v) gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da Administração pública³³.

O Direito Administrativo passa por uma mutação ou crise nesse processo evolutivo? “Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de impulsos contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade”³⁴.

³¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 17, jul/set/2004, pp. 87-105.

³² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Almedina: 1992, p. 433.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro, Renovar: 2006, p. 18.

Esse embate de lógicas identificado por BINENBOJM confere uma primeira evidência da influência dos princípios e das normas de Direito Econômico como responsáveis pelas mutações ou crises num Direito construído sobre o signo da autoridade. A lógica da liberdade foi ali enunciada num espectro amplo. Interessa mais proximamente neste estudo restringi-la, num primeiro momento, ao âmbito econômico e de suas repercussões nas relações entre Estado, mercado e sociedade, isto é, a livre iniciativa e a não intervenção do Estado. Trata-se da liberdade como valor fundamental de uma sociedade, tal como proposto por Hayek. Demonstra Selma Ferraz, que, em sua teoria, Hayek enfatiza a importância da ação individual, que “corresponde à única fonte possível para a emissão de juízos de aprovação ou desaprovação. (...) o individualismo que defende, recusa a hipótese de as regras de justa conduta serem utilizadas para legitimar ações políticas tendentes à produção de determinados resultados considerados – presumidos – úteis à coletividade. No seu modo de ver, as regras morais servem apenas ao estabelecimento de uma ordem pautada na equidade. A consciência delas no plano social permitiria a cada um do direito – a liberdade – de buscar os próprios fins através das próprias capacidades”³⁵.

Ao estudar Hayek, FERRAZ anota a importância da liberdade para aquele filósofo que tanto influenciou as decisões econômicas das últimas duas décadas do século XX em nível global. Hayek “deduz que a justiça do mercado implica na garantia da liberdade como máxima ausência de coerção arbitrária, e na espontaneidade como combate a toda forma de dirigismo artificial da economia”³⁶.

Essa liberdade traduzida em linguagem de mercado concerne à livre iniciativa e à não intervenção do Estado na economia. “O mercado como ordem espontânea catalisadora, para Hayek, garante a satisfação do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para o fomento da riqueza, através da proteção da liberdade e da propriedade. O ‘interesse público’, manifestado pelo Direito e suas normas coercitivas, circunscreve-se à tutela da manutenção da ordem espontânea representada pelo mercado. A função do Direito é a de servir de agência coletiva capaz

³⁵ FERRAZ, Selma. *Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*. São Paulo, Quartier Latin: 2007, p. 315.

³⁶ FERRAZ, Selma. *Op. cit.*, p. 322.

de devolver os sujeitos à ordem espontânea, somente. Ao Estado, como Instituição, via Direito, é descabida qualquer pretensão finalística, dentre elas a ‘Justiça Social’³⁷.

Coube à Odete Medauar³⁸ introduzir o trato desse tema no Direito brasileiro, confirmando a necessidade das mudanças, então perceptíveis pelas seguintes tendências: (i) desvinculação aos resquícios absolutistas; (ii) absorção de valores e princípios do ordenamento consagrados na Constituição; (iii) assimilação da nova realidade nas relações entre Estado-sociedade; (iv) abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa; (v) abertura para conexões científicas interdisciplinares; e, (vi) disposição em se agregar novos itens àqueles clássicos. A autora chega mesmo a assinalar e identificar como tendência, explicitamente, a influência do Direito Econômico no Direito Administrativo, bem como a ampliação das fontes regulamentares e um maior espaço às atividades reguladoras.

Os novos matizes ou paradigmas do Direito Administrativo advieram da introdução dessa teoria nos diversos sistemas jurídicos, inclusive pelas reformas constitucionais havidas no ordenamento jurídico brasileiro na última década do século passado. À evidência, aqueles novos paradigmas criaram áreas de choque com a então vigente lógica e cultura da autoridade do Direito Administrativo.

“Não se pode negar que o serviço público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sendo afetado por fatores econômicos, sociais e tecnológicos”³⁹. Tais serviços, que, por critério constitucional, não se confundem com as atividades econômicas (arts. 173 e 175), interessam, mais especificamente neste trabalho, pois intenta-se sublinhar os efeitos produzidos pela introdução no Direito brasileiro do denominado Estado regulador. A despeito de algumas funções reguladoras serem de há muito exercidas por órgãos da Administração Pública como o CADE e o Banco Central, a noção de agência reguladora só encontrou eco com as “privatizações” de alguns serviços públicos e do estímulo à concorrência num setor que, historicamente, era monopólio do Estado brasileiro. A partir desse instante, tais

³⁷ ROSA, Alexandre Morais da; e, LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009, p. 42.

³⁸ MEDAUAR, Odete. Crise ou metamorfose? Crise ou Direito Administrativo inovado? In O Direito Administrativo em evolução. São Paulo, RT: 2003.

³⁹ MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Coordenador: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Renovar, Rio de Janeiro: 2003, p. 115.

agências, criadas sob a forma de autarquias especiais, produziram impactos e perplexidades no campo político e no jurídico e contribuíram, por intermédio do Direito Econômico, para a criação de um novo eixo para o Direito Administrativo.

Surge, daí, a denominação Direito Público Econômico, a qual denota a interferência recíproca do público e do privado. Esse novo ramo pode ser definido como o conjunto de normas por intermédio das quais o poder público interfere e se manifesta, seja por via direta ou indireta, no domínio econômico. Trata-se de um direito destinado a regular uma tensão permanente entre o mercado, o Estado e os cidadãos.

O mercado, totalmente globalizado, pugna por uma lógica de ampla liberdade de ações econômicas, como o livre comércio e circulação de bens, a eliminação de obstáculos que possam macular a livre concorrência e uma absoluta ausência de ações limitadoras do Estado à atividade econômica. De outro lado, O Estado Democrático de Direito tem de saber dosar essa liberdade pretendida pelo mercado, eis que sujeito está a uma série de princípios destinados a proteger os seus cidadãos e a conferir-lhes direitos econômicos, trabalhistas, sociais e culturais, que, por inúmeras vezes, contrariam aquela lógica do mercado.

Essa “articulação entre as duas bandeiras desfraldadas, econômica e jurídica, mercado e Estado de direito, pode, em primeiro lugar, ser apresentada como uma espécie de preço a pagar pelos países em causa (em desenvolvimento). Desta forma, o respeito aos direitos humanos, e não somente aos direitos dos trabalhadores, deve acompanhar as vantagens econômicas concretas advindas do desenvolvimento”.⁴⁰

Consoante a análise que COLSON e IDOUX lançam na introdução de seu livro, a liberalização da economia afeta por demais o direito econômico público. Os professores da Universidade de Montpellier I assinalam que esse ramo pode ser resumido pela conjugação de três evoluções decorrentes daquela liberalização. “A primeira contesta a legitimidade das modalidades clássicas da potestade pública dentro do domínio econômico”. Pretende essa uma redução substancial da atuação do Estado na

⁴⁰ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le droit, obstacle ou outil de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle. In CHEVALIER, Jean Marie; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; KEPPLER, Jan Horst; e, UM, Paul Nomba: Économie et droit de la régulation des infrastructures: Perspectives des pays en voie de développement. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 38. “L'articulation entre les deux déploiements, économique et juridique, marche et État de droit, peut tout d'abord être présentée comme une sorte de ‘prix à payer’ pour le pays en cause. Ainsi, le respect des droits de l'homme, et pas seulement les droits des travailleurs, doivent accompagner les avantages concrets tirés du développement.” Tradução livre.

economia e da aplicação de normas do dito “direito econômico público clássico”. A segunda evolução “concerne à natureza do direito aplicável às ações econômicas que conduzem a uma influência pública, que se manifesta sob a forma tradicional de empresas públicas ou por todos os outros meios de controle.” A terceira e última evolução proposta pelo mercado e sua liberalização é a que conduz à regulação como meio de o Estado estar presente na economia de uma forma aceitável. “Ela está ligada ao surgimento do Estado acionário, parceiro ou, mais amplamente, regulador e concerne à determinação de regras deverão a ele mesmo ser aplicadas”.⁴¹

2. A LÓGICA DO DIREITO ECONÔMICO E SUA INFLUÊNCIA NA RUPTURA DE PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

O assunto já foi acima referenciado, ao menos parcialmente e para fins introdutórios. Porém, cumpre melhor esclarecê-lo.

Segundo Roberto Ferraz⁴², “o que caracteriza as normas de Direito Econômico não é a matéria, mas, sim, o novo enfoque com que foram concebidas: o enfoque macroeconômico, isto é, macrolgicamente. (...) Como exemplo inicial dessa caracterização de uma norma como de direito econômico, evidencia a proteção à concorrência, que protege um bem coletivo de natureza mercadológica, que se opõe ao interesse individual também juridicamente protegido. Essa dualidade de proteções jurídicas, figurando uma delas como defensora de interesses coletivos mercadologicamente identificados, ao lado de outra concebida em favor de interesses

⁴¹ COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. Droit Public Économique. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 15-16. “La première conteste la légitimité des modalités classiques de l’action de la puissance publique dans Le domaine économique. (...) La seconde concerne la nature Du droit applicable aux actions économiques qui demeurent sous influence publique, que celle-ci se manifeste sous la forme traditionnelle des entreprises publiques ou par tout autre moyen de contrôle. (...) Elle est liée à l’émersion de l’État actionnaire, partenaire ou, plus largement, régulateur et concerne la détermination des règles qui devront lui être appliqués.” Tradução livre.

⁴² FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. In Revista de Direito mercantil, 142/80-86.

individuais, caracteriza a presença de normas de direito econômico”, afirma. A análise no direito da concorrência parte da possibilidade de haver uma tendência de prejuízo à livre concorrência, que, a par de empírica, sobrepõe-se ao interesse individual.

FERRAZ prossegue, desmistificando “haver mérito ou demérito de quaisquer desses ramos do direito. Assinala, porém, que “as regras tradicionais do direito serão mais precisas, no sentido de que os resultados de sua análise serão sempre mais claros e definitivos; já os do Direito Econômico serão sempre mais incertos e dependentes de valorizações dos fatos macroeconômicos que são, por natureza, simples tendências gerais. Nesse contexto, pode-se afirmar que o Direito Econômico guarda uma natureza dinâmica quando comparada com a estática forma de atuação dos tradicionais ramos do direito”. Finaliza seu artigo com a caracterização das normas de direito econômico, sublinhando sua macrológica. “Em suma, o que caracteriza as normas de direito econômico não é a matéria que lhe seria própria, mas sim o enfoque com que foram concebidas; o enfoque macroeconômico ou, em uma palavra, macrologicamente”.

Essa maior dinâmica do Direito Econômico e sua macrológica parecem fazê-lo mais adequado ao atendimento das questões que surgem perante os sistemas jurídicos modernos, onde a rigidez das normas cede à amplitude aplicativa dos princípios, que, “distintamente dos preceitos ou regras, que contém elementos de densificação que os aproximam dos fatos, os princípios jurídicos são formulados com elementos factuais bem mais rarefeitos, de modo que, em razão dessa distinção, poderão ocorrer diferentes problemas aplicativos”⁴³.

Os economistas parecem concordar a esse respeito de uma lógica diferenciada a ser aplicada nos estudos econômicos e mesmo na formulação de políticas públicas. KAHN⁴⁴ propõe que a consecução de uma meta de política pública jamais será

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2008, p. 91.

⁴⁴ KAHN, Alfred E. The Economics of regulation: principles and institutions. Cambridge, The MIT Press: 1988, p. 15/l. Em seu texto original sustenta o autor: “As we have already suggested, formulating public policy can never be a job for the scientist alone. In the last analysis, deciding what should be done can never be accomplished only with the help of the type of information that says “If you do A then B will follow.” And if it follows from this truth that economists cannot, as scientists, presume to settle the ultimate issues of public policy, it also follows that there are no other scientists who can presume to do so either. If framing public policy requires in the last analysis the art of the politician or philosopher, this is an art that the economist may be better equipped than anyone else to acquire and to practice within his own domain:

cumprida se houver, no momento de sua decisão, um tipo de informação que diga, tão-somente, “Se você fizer A, então B virá em seguida.

Com a introdução das agências reguladoras no Direito brasileiro, como entes dotados de autonomia administrativa e financeira e com seus dirigentes nomeados para o exercício de mandatos a termo e de funções de natureza executiva, normativa e jurisdicional, houve uma profunda ruptura com um passado onde a centralização dessas funções e o exercício do poder era quase absoluta. Essas rupturas fazem com que o Direito Administrativo altere sua lógica de um centrismo autoritário para um policentrismo decisório e normativo; de uma rigidez para uma flexibilidade em sua atuação⁴⁵; e, das decisões unilateralmente postas com base na legalidade estrita para as soluções consensuais e contextuais.

A própria privatização dos serviços públicos, que precedeu a criação dessas agências – as que regulam essas atividades – e a quebra do monopólio estatal, por si só, geram perplexidades e impõe mudanças na concepção do Direito Administrativo. Tanto é evidenciado por REBOLLO, para quem “esse modelo estava consolidado e era aquele a partir do qual foram arquitetadas boa parte das técnicas de intervenção do Direito Administrativo no século passado, esse modelo, digo, é o modelo que, justamente, está em crise. A ponto de, se não desaparecer, de se modificar de forma substancial.”⁴⁶

De fato, as agências podem regular serviços públicos, *commodities* como o petróleo ou atividades de mercado, possuindo, ao menos, quatro poderes intrínsecos à sua razão de ser: normativo; de mediação dos interesses entre as partes envolvidas (Poder concedente, Concessionários e usuários dos serviços); fiscalização da atividade regulada; aplicação de suas normas; e implementação de suas decisões. De toda a sorte, “as autoridades ou agências independentes quebraram o vínculo de unidade no

who can have given more thought than he to the ultimate ethical and political implications of alternative public economic policies?”

⁴⁵ MOREIRA, João Batista Gomes. Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte, Ed. Fórum: 2005.

⁴⁶ REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em El Derecho Administrativo español. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo. Op. cit., p. 85. “ese modelo que estaba consolidado y a partir del cualse han montado buena parte de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo en este pasado siglo, ese modelo, digo, es el modelo que, justamente, está en crisis. A punto, si no de desaparecer, si de modificarse de forma sustancial”. Tradução livre.

interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica”⁴⁷.

A premissa do policentrismo decisório tem como um de seus fundamentos o princípio da segurança jurídica, uma vez que as decisões seriam proferidas por autoridades capazes e dotadas de expertise bastante ao exame das questões técnicas pertinentes ao objeto regulado e de suas tendências.

Como assevera MARQUES NETO, as agências são um meio “pelo qual a intervenção estatal na economia se dá, mudança fortemente marcada pela substituição ou complementação dos mecanismos de intervenção direta na ordem econômica por instrumentos de uma modalidade específica de intervenção indireta que poderíamos designar como intervenção regulatória”⁴⁸.

MOREIRA NETO as considera como técnica de descentralização administrativa, proposta pela reforma administrativa havida em sede constitucional: autonomia e profissionalização. Dita reforma foi “um passo racional na descentralização, com a finalidade de atender as diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo as suas características próprias e não em conformidade com um padrão rígido, formal e predeterminado”.⁴⁹

As agências trazem para o Direito brasileiro uma nova lógica. A descentralização de poderes normativos e decisórios é de difícil compreensão pelos políticos habituados à concentração de poder e pelos próprios operadores do Direito Público acostumados à noção de poder de império e de absoluta superioridade do interesse público. Esses aspectos são fundamentais ao ascenderem em relevo à concepção das agências em sua integralidade. “A necessidade de descentralização normativa, principalmente de

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 22.

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte, Ed. Fórum: 2005, p. 42.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense: 2003, p. 208).

natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação”⁵⁰. O novo arquétipo jurídico brasileiro – as agências reguladoras – estaria inconcluso sem essas características primordiais: independência administrativa e financeira em relação ao poder central e a possibilidade de editar normas cogentes.

Essa autonomia financeira representa uma ruptura com a prática administrativa denominada por “caixa único de governo”, onde todos os recursos financeiros disponíveis para determinado ente federado são reunidos numa única conta e submetidos a um sistema central de controle, que pode avaliar e decidir acerca da realização ou não de uma determinada despesa. Ao estudar o tema da autonomia econômico-financeira e orçamentária, JUSTEN FILHO afirma que “o desempenho satisfatório das funções que se lhes reservam depende da disponibilidade de recursos materiais. Se não forem instituídos mecanismos que assegurem a obtenção desses recursos de modo automático, a agência acabará subordinada ao processo político usual”.⁵¹

Rupturas assim atestam a firme influência do Direito Econômico sobre o Direito Administrativo, influência esta que não se resume ao fato de uma reforma administrativa, mas à forma como suas normas – inclusive as editadas pelas agências reguladoras – são elaboradas e aplicadas. O Estado não se despiu de todo o seu poder de império, porém, democratizou sua atuação por intermédio e interferência do Direito Econômico.

Após anotar a vocação interdisciplinar do Direito Econômico, MONCADA anuncia a modernização da atividade administrativa em todos os níveis do tecido social e econômico produziu um incremento de sua atuação e, conseqüentemente, de sua estrutura orgânica (mediante a descentralização e a criação de entes como a as agências reguladoras acima mencionadas), que estaria a exigir uma nova noção da própria atividade administrativa e do princípio da legalidade. “A moderna actividade administrativa não se esgota numa pura execução da norma legislativa, antes se

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 380.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo, Dialética, 2002, p. 473.

concretizando num variadíssimo conjunto de medidas e providências desenvolvimentistas e salutistas (Daseinvorsorge) particularmente evidentes no terreno da economia (...).⁵²

Essa interferência da Economia e do Direito Econômico em relação às decisões das agências reguladoras instaura uma nova era pautada numa lógica diversa da tradicional regra de imposição e do princípio da legalidade estrita no âmbito do Direito Administrativo, eis que os fatores agregados à hipótese submetida à consideração da agência devem e podem ser por esta, além do direito das partes, avaliados para sua final manifestação. Em suma, as decisões ou atos vinculados cedem em importância, deixando de haver uma decisão *prêt-à-porter*, preestabelecida na lei, nessa base da Administração Pública em favor de uma decisão elaborada dentro de uma macrológica, que se ajusta a um número maior de relações e é própria do Direito Econômico.

Infelizmente, porém, o que denuncia uma crise não é a evolução do Direito Administrativo, mas sim ações de resistência à implantação desse novo paradigma em sua plenitude, que instaura uma nova relação de poder na Administração Pública. Essas resistências são deturpações casuísticas e fisiológicas da lógica perpetrada pelas agências reguladoras e devem ser combatidas.

3. RESISTÊNCIAS À ALTERAÇÃO DA LÓGICA:

Decisão da Quarta Turma do STJ proferida em novembro de 2008 revela a dificuldade na assimilação dessas mudanças evolutivas do Direito Administrativo. Conforme noticiado no sítio eletrônico Direito do Estado⁵³, em 18 de novembro de 2008, o STJ considerou “legal a exclusão de médicos do quadro associativo, por terem sido referendados para atuar junto a outra seguradora de saúde. A decisão (...) reconheceu a legalidade da cláusula de exclusividade prevista no contrato da Unimed”. Os médicos

⁵² MONCADA, Luís S. Cabral. Direito Econômico. Coimbra, Coimbra Editora: 1988, pp. 40-41.

⁵³ http://www.direitodoestado.com/noticias_detail.asp?cod=7275.

ingressaram em juízo com demandas visando anular a deliberação da assembléia geral da Unimed, cujo estatuto previa a exclusividade de seus associados. A decisão de primeiro grau deu pela procedência da demanda, que veio a ser mantida pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, sob o argumento de que a cláusula de exclusividade cerceava a liberdade de exercício da profissão. No STJ, prevaleceu o entendimento de que a cláusula era válida, firmando o entendimento de que não há necessidade de interpretar o contrato, razão pela qual o recurso da Unimed foi admitido e provido.

Tecnicamente, sob o prisma do Direito privado, a decisão é irreparável na medida em que as partes convencionaram, livremente e sem vícios, seus direitos e obrigações no seio de um contrato. Todavia, se a questão for examinada sob uma lógica de maior amplitude, ver-se-á que o impacto dessa cláusula no mercado pode ser perverso. Primeiro, porque existe em benefício exclusivo da empresa seguradora de saúde e em flagrante detrimento dos consumidores, cujo interesse pugna pela pluralidade de médicos em cada plano de saúde. Uma vez que os médicos estariam restritos a atender a clientes de um único e determinado plano, optariam os mesmos por aquele de maior remuneração, provocando uma fuga, quando possível, de médicos de outros planos em prejuízo dos clientes-consumidores daquele outro plano filiados. O sistema tal como posto e consagrado pelo STJ pode estar, em sentido econômico, a contrariar a universalização do serviço.

Em segundo lugar, a fuga dos médicos para um único plano de saúde que os proibissem de estabelecer convênios com outros planos, atenta, também, contra a concorrência e tende à concentração do mercado por um único plano de saúde. A questão, à evidência, é de maior repercussão e atinge outras relações além daquela exsurgente do contrato firmado entre os médicos e o plano de saúde, podendo, pois, ser analisada sob um aspecto macro. Basta que seja avaliado o direito dos consumidores e a questão referente ao domínio do mercado em prejuízo da concorrência. Interesses de particulares e do próprio Estado estão envolvidos no exame da validade dessa cláusula de exclusividade.

Seria possível que a agência reguladora da atividade expedisse uma norma, tendo por inaplicável essa espécie de cláusula de exclusividade em planos de saúde ou

emitisse decisão em processo administrativo aberto por consumidor? A resposta mais adequada começa por um “depende”. O que é certo é que, diferentemente da lógica de imputação de um ramo tradicional do Direito, a decisão administrativa se valeria do Direito Econômico, cuja macrológica apontada anteriormente impor a análise de situações fáticas agregadas ao fato e não apenas a situação jurídica proposta perante a agência reguladora.

Observe-se que, como assinala FERRAZ, “as regras tradicionais do direito serão mais precisas, no sentido de que os resultados de sua análise serão sempre mais claros e definitivos: já os de direito econômico serão sempre mais incertos e dependentes de valorizações dos fatos macroeconômicos que são, por natureza, simples tendências gerais. Nesse contexto, pode-se afirmar que o direito econômico guarda uma natureza dinâmica quando comparada com a estática forma de atuação dos tradicionais ramos do direito”.⁵⁴

Tanto revela um paradoxo: o de que a segurança jurídica, como um dos objetivos precípuos da atividade regulatória das agências, será tão maior quanto maior for a maleabilidade das normas. Ou seja, um conjunto normativo extenso e rígido é prejudicial à segurança jurídica, não pela incerteza das decisões, mas em razão de sua incapacidade de acompanhar as mudanças sócio-econômicas com sincronismo. Essa sincronia é muito mais fácil a um sistema de normas e de decisão mais permeável a essas novas e constantes interferências.

Ainda com relação ao Judiciário, não são raras decisões que admitem a contestação de decisões técnicas das agências reguladoras, muito embora tenham sido criadas em virtude de uma posição técnica privilegiada. Por um critério de deferência, o Judiciário deveria buscar preservar essas decisões técnicas e só admitir sua revisão nas hipóteses de erro crasso ou de violação procedimental administrativa. Isto é, o controle judicial dos atos das agências reguladoras não seriam afastados, porém, os de natureza regulatória importariam em limites a essa atuação revisional.

Ainda na seara do controle externo de seus atos, a atuação do Tribunal de Contas em relação ao controle dos processos e ações deveria restringir-se aos aspectos que não envolvessem regulação, sob pena de instituir-se a regulação da

⁵⁴ FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. Op. cit., p. 82.

regulação, sob o falso argumento de que os tribunais de contas podem e devem investigar e aferir a eficiência dos atos da Administração Pública, independentemente de quem tenha sido o seu prolator.

Outro aspecto importante em relação ao controle diz respeito ao próprio controle interno das agências independentes pela Chefia do Executivo. É comum que as leis de criação das agências as vinculem a um ministério ou secretaria de governo. Assim é que discussões acerca do cabimento de recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas pelas agências reguladoras seriam ou não cabíveis.

Todas essas hipóteses de controle, externo ou interno, têm de ser examinadas dentro dessa lógica nova instaurada no Direito Administrativo, livre das velhas concepções centralizadoras. Se a lógica é o policentrismo de poder e a autonomia, tendo por escopo uma regulação eficiente e neutra, outra conclusão não há senão como ter como incabível qualquer espécie de controle que tenha por escopo a revisão de atos e decisões de natureza regulatória, sob pena de subversão de toda a lógica finalística da criação desse sistema.

Outro aspecto que releva notar é o referente aos mandatos de seus dirigentes. Na medida em que ocupam cargos públicos e que a forma de provimento desses dá-se em comissão, alguns governantes insurgem-se contra a impossibilidade de suas demissões, eis que o art. 37, § 2º, da Constituição prevê a livre nomeação e exoneração dos ocupantes dessa espécie de cargos. Todavia, a lógica desse sistema opera de forma diversa da previsão normativa constitucional, na medida em que a conjuntura demanda autonomia e isenção dos dirigentes das agências, o que não seria possível caso houvesse submissão ao poder central e daria ensejo, com extrema facilidade, ao fenômeno da captura repudiado em tema de regulação por agências.

Esses últimos temas referentes às diversas espécies de controle e à existência ou não de mandatos para os dirigentes das agências reguladoras, porém, merecem estudo em capítulo à parte, com maior dedicação e elucidação de seus diversos aspectos. A percepção econômica objeto dessa parte do estudo, entretanto, amplifica a necessidade de autonomia e independência administrativa e financeira das agências reguladoras, bem como a de um controle interno e externo de seus atos exercido dentro de certos limites, respeitada, precipuamente, a expertise técnica das agências, tudo em

nome de uma maior segurança jurídica indispensável à garantia de retorno dos investimentos vertidos pelas empresas concessionárias de serviços públicos.

4. A EFETIVIDADE DA NOVA LÓGICA REGULATÓRIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.

A par de pertencer à organização da Administração pública, as decisões das agências reguladoras devem ser pautadas na neutralidade. As agências devem buscar o equilíbrio dos interesses do Estado, dos concessionários ou regulados e dos usuários (onde houver), tendo como foco, acima de tudo, a justiça, a qualidade e a eficiência do serviço ou atividade econômica regulados. O estudo e a implementação dos poderes neutrais das agências, dessarte e ao contrário dos demais órgãos da Administração, impõe-se como visto na introdução deste trabalho.

A efetividade das mutações por que passou o Direito Administrativo em relação à implantação das agências reguladoras depende da aplicação ampla e irrestrita de todo o sistema que permeia e o instituto. Respeito à autonomia, à expertise dos dirigentes e às decisões regulatórias consubstancia-se no mínimo a ser esperado. Tanto exige uma mudança de cultura e de perspectiva lógica em relação ao Direito Público construído e sedimentado sobre os pilares da potestade pública e da supremacia do interesse público, hoje depreciados ou de incidência definitivamente afastada.

Essas interferências do Direito Administrativo para com o Direito Econômico em nada depreciam este nem aquele, gerando, outrossim, uma interação de resultados mais consentâneos ao novo eixo referencial posto pela atualidade dos sistemas jurídicos aos ramos do Direito Público, que não mais se apresenta como o Estado, mas sim o cidadão ou melhor a liberdade e a realização dos direitos fundamentais. De outro lado, a referência econômica do que se tem por eficiência deixa de ser o simples fomento e aumento da produção de bens e serviços, com menores custos e maiores lucros, transformando-se numa referência socioeconômica, uma vez que os interesses

da sociedade não podem restar ao desabrigo. O Direito Econômico aliado ao Direito Administrativo deve buscar uma eficiência socioeconômica ou, melhor ainda, socioambiental, dentro de uma lógica muito mais ampla do que os interesses do Estado ou dos agentes econômicos.

As agências reguladoras são um exemplo inequívoco dessa interação entre os ramos do direito sobreditos, e, por conseguinte, um instrumento para execução de políticas socioambientais. Importa que as agências reguladoras traduzam uma nova lógica político-normativa, e que não façam parte da mesma lógica do Estado que não funciona, que não se importa em ser ineficiente, que centraliza suas ações em detrimento da democracia e que não fiscaliza se seu pessoal está envolvido com os interesses de empresas privadas, como também não se importa se as políticas públicas são, na verdade, políticas eleitoreiras postas à disposição dos partidos políticos dominantes num determinado momento.

Se os ingredientes positivos estiverem presentes e se as agências estiverem de posse de instrumentos neutralizadores das injunções políticas ou privadas, poderão essas aplicar com tranqüilidade e isenção os elementos da macrológica do Direito Econômico ou, na hipótese, econômico-regulatória.

CAPÍTULO II

O SERVIÇO PÚBLICO

1. NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.

Há muito, os estudiosos do direito administrativo tentam, sem êxito em obter uma solução consensual perante a academia, oferecer um conceito de serviço público. É impossível resistir à tarefa de reduzir a espectro conceitual uma das razões de ser desse ramo do direito público.

Equiparam-se – esses estudiosos –, nesse sentido, à figura de um peregrino. A peregrinação tem um início, o primeiro passo. Sua motivação é a busca de algo prometido, como uma terra por exemplo. A descoberta essencial ao peregrino é que o fim, o objetivo que o levou a dar o primeiro passo, pode nunca ser atingido. Tanto lhe prepara para a percepção final, a descoberta de que o que importava era o caminho e a árdua tentativa de percorrê-lo e superar todos os obstáculos.

O fim da peregrinação é o caminho. É ele que, na verdade, é o objetivo. O que importa em matéria de direito administrativo é o caminho que se percorre para estudar o serviço público, seja para oferecer-lhe um conceito seja para negar a sua existência ou mesmo afirmar sua morte próxima. A missão de todos esses administrativistas é tal como a de Abraão – o mais antigo dos peregrinos de que se tem notícia –, que, apesar de jamais haver encontrado a terra prometida, acabou por influenciar povos e gerações por milhares de anos, dando origem a vertentes religiosas diversas.

Esses peregrinos do direito administrativo podem nunca encontrar um conceito definitivo e infenso a críticas, mas todos fornecem inegável contributo ao crescimento e permanência do direito administrativo, pavimentando um caminho fundamental e sagrado para seus seguidores, ainda que dêem origem a correntes doutrinárias diversas. O destino desses peregrinos do direito administrativo é o próprio meio: o

estudo mesmo do serviço público, que precede à formulação de seu conceito. De toda a sorte, graças à coragem desses estudiosos que preferem a vulnerabilidade do caminho ao conforto da repetição de idéias, é que o direito administrativo e o serviço público estão em constante atualização, vista por alguns como crises.

A formulação de um conceito há de ser precedida do estudo e da compreensão do instituto que se pretende definir. Afinal, não se pode pretender definir aquilo que não se conhece efetivamente. O conceito deveria ser, portanto, a etapa final de um estudo.

Por vezes, a lei fornece o próprio conceito, ainda que equivocado, porém, “no âmbito do Direito Administrativo, ao contrário do que ocorre com outros ramos como o Direito Civil, por exemplo, a legislação não fornece o conceito da maioria dos institutos”.⁵⁵ Dentre esses conceitos omitidos pela lei está o de serviço público. A Constituição da República, porém, enuncia alguns serviços como próprios do Estado, estejam esses restritos ou não à execução direta por parte deste.

Tanto permite identificar alguns serviços como públicos, mas não permite ao jurista a possibilidade de conferir um conceito científico. “Todo mundo tem uma idéia do que é um serviço público, porém, neste como em vários outros casos de direito público, os conceitos são mais intuitivos que reflexivos (tanto ocorre com o conceito de descentralização, autonomia, tutela ou pessoa jurídica), e é certo que até o especialista se vê em dificuldades quando tenta defini-los, isto é, quando tenta diferenciar, ou apreciar, segundo critérios jurídicos determinados, a existência ou não, a qualificação ou não, de uma atividade como serviço público, e de aplicar-lhe em consequência um regime jurídico específico (e isto é definir algo juridicamente).⁵⁶

A observação da técnica legislativa e a *mens legis* auxiliam na obtenção de algumas conclusões. Primeira, que, na medida em que compete à lei atribuir ou não a condição de público a um determinado serviço, maior será o grau de mutabilidade do conceito de serviço público ante a inequívoca influência que vetores de tempo e espaço

⁵⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 51.

⁵⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comaris editorial, 2004, p. 534. “Todo el mundo tiene una Idea de lo que es un servicio público, pero em éste como em otros muchos casos del derecho público, los conceptos son más intuitivos que reflexivos) así ocurre con el concepto de descentralización, autonomía, tutela o persona jurídica) y es lo cierto que incluso el especialista se ve en dificultades cuando trata de definirlos, esto es, cuando trata de diferenciar, o de apreciar, según unos criterios jurídicos determinados, la existencia o no, la calificación o no, de una actividad como servicio público, y de aplicarle em consecuencia um régimen jurídico específico (que esto es definir algo juridicamente)”.

exercerão sobre a sua formulação, jungida, portanto, ao avanço tecnológico e à atualidade das concepções políticas e filosóficas de uma dada sociedade num dado momento. O serviço público é “o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pôde ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais. A história do serviço público demonstrou que o único sentido do termo é o que a ele foi dado pelas fantasias titubeantes do legislador e pelos esforços pragmáticos do juiz”.⁵⁷

Segunda, pode-se inferir o que não é serviço público por intermédio de técnica de exclusão. As funções legislativa e jurisdicional podem ser de pronto afastadas do conceito de serviço público. Dentre as atividades administrativas, o exercício do poder de polícia e o fomento também não se inserem no contexto dos serviços públicos. São funções públicas, que não se confundem com os serviços públicos, constituindo-se em atividades necessárias à coletividade e de prestação imperativa ao Estado no pleno exercício de sua soberania, tais como as funções de segurança pública e a de ordenamento tributário.

Também estão afastadas, de acordo com o art. 173 da Constituição da República, as atividades econômicas. Uma vez que o dispositivo mencionado restringe o exercício dessas atividades pelo Estado a situações excepcionais, e, considerando que os serviços públicos têm relação imanente para com a figura do Estado, atividade econômica e serviços públicos não se confundem, ao menos em termos jurídicos, só podendo aqueles últimos recair sobre atividades não econômicas. Parece, mas não é tão simples assim, como será pontuado em momento próximo.

Reside, neste ponto, uma grande dificuldade em estabelecer o que é atividade econômica e o que não é, pois os serviços públicos são “atividades econômicas *lato sensu*, que não têm ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função da avaliação do interesse da coletividade em

⁵⁷ CHENOT, Bernard. *L'Existencialisme et le Droit*, in *Revue Française de Science Politique*, 1953, p. 60.

determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua”.⁵⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello considera os serviços públicos como atividade econômica “*sob perspectiva extrajurídica*”, e, referindo-se às atividades desempenhadas sob tal denominação e do ponto de vista jurídico, as tem “como a antítese da exploração da atividade econômica, já que esta, perante a Lei Magna, é da alçada dos particulares, típica da iniciativa privada – e não do Poder Público. O Estado só pode protagonizá-la em caráter excepcional”.⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO fulmina os “tecnoburocratas” quanto ao uso da expressão “exploração da atividade econômica”, porquanto não poderia “ter tido em mira o discrimen entre ‘serviço público’ e ‘exploração da atividade econômica’, que é dissepção estritamente jurídica”, salientando, ao final de sua bem lançadas críticas, que há empresas públicas, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que prestam, efetivamente, serviços constitucionalmente declarados como públicos, ex vi do inciso X do art. 21, da Constituição Federal.

Assim, esse autor conclui que, no que tange às empresas públicas e diante do fato de que muitas prestam serviços públicos, os dizeres “exploração de atividade econômica” contidos na Constituição servem para indicar “que a atividade por elas desenvolvida se efetua mediante prestações remuneradas, o que é o mínimo que se poderia imaginar tratando-se de uma empresa”.⁶⁰ Ou seja, a Constituição teria dito nada mais nada menos que o óbvio ululante e merecidas as críticas que lhes são dardejadas pelo arguto Professor.

Das lições colacionadas até aqui é possível depreender-se que o se quer por serviço público: (i) poderia ser prestado por particular; (ii) por razões políticas e filosóficas de determinada época e lugar, o Estado resolveu tomar para si a prestação ou o controle da atividade; (iii) destina-se ao atendimento de necessidades da coletividade, passíveis de fruição individual; (iv) são estranhas à livre iniciativa, isto é, traduz uma atividade não-econômica; e, (v) na medida em que refoge às normas de direito privado, subordina-se a um regime próprio de direito público.

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 132.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 182-183

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 183.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUAS SUCESSIVAS CRISES:

Neste estudo são reportadas quatro fases cronológicas do conceito de serviço público: a clássica, a da escola de Bordeaux, a do bem-estar social e a atual.

Na primeira delas, a clássica, não se descortinava uma noção propriamente dita de serviço público. Advinda do fim do absolutismo e presente durante quase todo o século XIX, realizava uma distinção entre atos de autoridade e atos de gestão. Os serviços públicos inseriam-se na primeira daquelas modalidades, caracterizadas pelo exercício da coerção.

À frente dos doutrinadores da escola de Bordeaux, ao final do século XIX, Leon Duguit depara-se com um fenômeno, qual seja a aparição de atividades empresariais públicas de ordem industrial. Não se as podia afirmar como serviço público, pois, em sua execução, o Estado agia como se particular fosse. De outra parte, atividades até então desempenhadas por entes privados passaram às mãos do Estado. Assim, Duguit oferece o seguinte conceito de serviço público: “é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental”.⁶¹

Há de ser sublinhado nesse conceito há muito proposto por Duguit a função do serviço público como instrumento de interdependência social posta em relevo em seu conceito. Trata-se de um elemento que contribui para a permanente atualidade daquele, pois denota o que COLSON e IDOUX denominam por coesão social e solidariedade nacional. Ainda que a interdependência social esteja posta numa “noção historicamente contingente e variável, em relação a seu conteúdo, em função de sua

⁶¹ *Apud* MEDAUAR, Odete. *Serviços Públicos e Serviços Econômicos de Interesse Geral. In Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, Coordenador: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116.

interpretação pelos governantes, não se pode dizer que a noção francesa de serviço público esteja destacada desta visão de solidariedade nacional”.⁶²

Foi Gaston Jèze que, como partícipe da mesma escola de Duguit, adicionou ao conceito de serviço público deste a idéia de que está intimamente ligado a procedimento de direito público, considerando o Estado como um conjunto de serviços públicos.

Essa escola entendia que havia um vício de origem em relação à condição de governante de determinadas pessoas, o qual não podia transcender para o Estado como uma força soberana capaz de conferir-lhe legitimidade absoluta para impor a vontade desses governantes sobre todos os demais indivíduos tidos como fracos. Em oposição àquela, Hauriou defendia que havia uma espécie de potestade pública e que o interesse público era inerente ao exercício da mesma. Assim, os serviços públicos estariam submetidos aos comandos advindos do Estado, cabendo aos indivíduos, vistos como súditos, obedecer a tais imposições.

À época, prevaleceram as idéias de Hauriou, que permearam todo o direito administrativo e ainda influenciam pensadores e autoridades públicas acostumadas à conveniência do exercício do poder incontestável e do senhorio do interesse público, cuja supremacia é-lhes fundamental. Ao que tudo indica, como será visto mais adiante, a concepção de Duguit começa a ganhar corpo e robustez, de molde a finalmente superar a até então filosofia prevalecente.

A solidariedade pugnada por Duguit tem ampla relação para com princípios atuais consagrados no textos constitucionais, como o brasileiro, onde a dignidade da pessoa humana é princípio de proa e a universalização dos serviços públicos é fundamental na formulação e na execução de políticas públicas. Como bem assinala BACELLAR FILHO, “no atendimento a esses fundamentos centra-se a função

⁶² COLSON, Jean-Philippe; e PASCALE, IDOUX. Droit Publique Économique. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 87. “Dans Le pensée de Duguit, Le service public apparaissait essentiellement comme l'instrument de l'interdépendance sociale, c'est-à-dire de la cohésion sociale et, finalement, de la solidarité nationale. Même s'il s'agit là d'une notion historiquement contingente et variable dans son contenu em fonction de son interprétation par lês gouvernants, on ne peut pas dire que la notion française de service public soit aujourd'hui détachée de cette vision de solidarité nationale”. Tradução livre.

administrativa que, como temos sustentado, encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.⁶³

Com as duas guerras mundiais, a construção doutrinária da sobredita escola, havida sobre bases liberais e de intenso individualismo, cede ao advento do Estado do bem-estar social. O período é caracterizado por grande concentração de poderes nas mãos do Estado, que tomou para si a execução de toda uma gama de prestações. O Direito Administrativo ganha força durante esse período que caracteriza uma segunda crise no conceito de serviço público.

O fim das guerras e da polarização do mundo em capitalista e socialista conduz a uma necessária mudança, especialmente pela constatação fática de falência e incompetência do Estado para a execução de um sem número de tarefas, diretamente.

A desestatização passa a ser a tônica do mercado e o conceito de serviço público ganha novas nuances.

Das crises expostas, se é que houve crises, o que se pode afirmar é que o conceito de serviço público está vinculado ao de Estado. É a crise deste que induz à do primeiro. O serviço público é, pois, um reflexo da sociedade, permeável a fatores políticos, econômicos e tecnológicos. Livre iniciativa e fim de monopólios estatais conduzem a uma inexorável mudança do conceito de Estado e, conseqüentemente, de serviço público. Neste aspecto, a teoria subjetiva de Duguit parece atender em parte àqueles que buscam um conceito apropriado para o serviço público.

Uma definição de crise faz-se necessária para uma melhor compreensão do tema. Dois podem ser seus sentidos, a saber, como ensina ARAGÃO: “situação de um instituto quando se duvida de sua continuação; ou a sua relevante modificação no decorrer de um processo. No primeiro caso, o sentido de ‘crise’ incorpora a dúvida sobre a própria continuidade da existência do instituto ou fenômeno; no segundo, denota que ele prossegue existindo, ainda que transformado. É nesse segundo que se deve considerar que o serviço público está em crise”.⁶⁴

⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 47.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Op. cit., p. 240.

BOBBIO⁶⁵ em seu dicionário de política, afirma que a crise é “o momento de ruptura no funcionamento de um sistema, (...) caracterizadas por três elementos: subaneidade (...), duração normalmente limitada (...), e pela sua incidência no sistema”. Aqui, uma primeira nota há de ser feita: o serviço público faz parte de um sistema social que exige continuidade e não admite ruptura conceitual abrupta, pois tanto poderia conduzir à sua inadmissível interrupção. Tem-se, ainda, que a crise no conceito de serviço público está longe de ter uma duração limitada, pois a imputação de uma crise ao conceito é permanente. Há de se sublinhar, também, que o sistema que compõe o serviço público não deflui de uma relação mecânica, mas de uma relação social, o que o torna mais complexo e menos suscetível à verificação e mensuração efetiva de uma crise. Voltando àquele dicionário, BOBBIO ressalta que “todo o sistema se funda num conjunto de relações mais ou menos estreitamente coligadas entre os vários componentes, de tal forma que a mudança num dos componentes do sistema gera mudanças em todos os outros componentes.” Adverte que é mais fácil identificar e avaliar tais mudanças nos sistemas mecânicos, o que não se sucede nos sistemas sociais. Segundo leciona, para que se avalie uma crise “sobre um sistema social, entretanto, é preciso, antes de mais nada, definir o estado de equilíbrio deste sistema. O sistema pode encontrar-se em equilíbrio estável, de tal maneira que tende a voltar à mesma posição, logo que passar a perturbação ou pode estar em equilíbrio instável, de tal maneira que tende a alcançar um novo tipo de equilíbrio após as perturbações e as crises por que passou.”

Em face das ditas sucessivas crises por que estaria a passar, tudo indica que o sistema social de que faz parte o serviço público assimila as perturbações que sofre e, rapidamente, volta a acomodar-se, retornando à sua posição de equilíbrio. Afinal, diga-se, não é o serviço público que está em vias de extinção. As sucessivas mudanças ideológicas de poder que estiveram à frente do Estado por todos esses longos anos é que foram, uma a uma, entrando em crise. A crise era e é das ideologias e não do serviço público como meio e instrumento do Estado para a realização de suas políticas públicas. Trata-se, portanto, da segunda das acepções propostas por ARAGÃO, uma

⁶⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 303.

evolução do conceito de serviço para acompanhar as mudanças no seio do próprio Estado.

GROTTI bem percebe que “o que houve foi o declínio da noção tradicional que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós liberal. Assim, a chamada crise refletia apenas a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, realizadas sob modos muito variados”.⁶⁶

O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello para serviço público, além de bem formulado, fornece os três elementos básicos que o compõem e dão ensejo às crises: “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.⁶⁷

Os três elementos básicos seriam: (i) a presença da figura do Estado como Administração Pública (subjeto); (ii) a sujeição a um regime de direito público (formal); e, (iii) a finalidade de atendimento de interesses da coletividade (material).

Ao analisar as crises em comparação a esses três elementos, COUZINET atesta que “o elemento formal é afastado na primeira, o elemento orgânico é afastado na segunda crise e há um esforço, uma tentativa de revisão de conceitos clássicos, de propor uma nova fórmula de serviço público: o serviço público ‘funcional’; enfim, na terceira crise, a noção de serviço público é despojada de uma só vez de seu caráter orgânico e de seu caráter formal”.⁶⁸

A despeito de haver escrito tal comentário há muitas décadas atrás, o próprio BANDEIRA DE MELLO⁶⁹ afasta essa possibilidade de crise no serviço público. A noção metajurídica, relacionada aos fatos, é passível de estar em crise (elementos materiais e

⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 650.

⁶⁸ *Apud* GROTTI, Dinorá A. Musetti. Op. cit., p. 56.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: Ed. RT, 1968, pp. 168-169.

orgânicos). A noção jurídica de serviço público só pode ser igual a um “regime jurídico” e “neste sentido, nunca esteve em crise e nem jamais poderia estar”.⁷⁰ (*Apud* GROTTI, Dinorá A. M., op. it., p. 60).

Além de haver quem pugne pela perda de valor jurídico do conceito de serviço público ou quem identifique o momento atual como de crise, há quem discorde diametralmente de tal acepção e contemple, numa visão mais otimista do serviço público, uma evolução de seu conceito. Dentre esses, ARIÑO ORTIZ⁷¹ propôs uma nova modelagem para o serviço público, onde o sistema atual, que tem por fechado pela forte regulação estatal, para um sistema aberto, onde preços, investimentos e concorrência são decididos com liberdade pelos particulares. De fato, seria inútil a tentativa de embalsamar o conceito de serviço público, tentando preservá-lo num momento da história onde se demonstre de todo inadequado. Porém, não parece que seu texto conduza a uma inexorável sentença de morte do serviço público, pela verificação de que houve um câmbio de ideologias, de política e de pressupostos econômicos, sociais e culturais, os quais seriam o berço daquele instituto. Como visto anteriormente, ARIÑO ORTIZ não diverge das opiniões esposadas por GROTTI e outros que têm a percepção da crise fora do âmbito do serviço público.

ARIÑO ORTIZ, em obra mais recente, após estudar o momento atual e a evolução do conceito de serviço público, traça notas definidoras de um conceito diante de suas considerações e da legislação analisada, afirmando-as como: “primeira, trata-se de uma atividade estatal, isto é, assumida em sua titularidade pelo Estado; segunda, trata-se de uma atividade destinada ao público, para a fruição dos cidadãos; terceira, trata-se de uma atividade de reconhecida necessidade indispensável para a vida social (o que é diferente de se dizer que seja uma atividade necessária para a vida do Estado: para a vida do Estado não é necessária); e quarta, trata-se de uma atividade cuja gestão não supõe o exercício de poderes soberanos”.⁷²

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apud* GROTTI, Dinorá A. M.. Op. cit., p. 60.

⁷¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Significado actual de la noción el Servicio Público. In: *El nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 23.

⁷² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit., p. 544. “Recapitulando las consideraciones hechas más arriba y a la vista de la tipificación legal que se recoge em nuestro ordenamiento pueden, quizá, deducirse hasta ahora las siguientes notas definitorias: primera, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida em su *titularidad por el Estado*; segunda, se trata de una actividad *destinada al público*, a la utilidad de los ciudadanos; tercera, se trata de una actividad de reconocida necesidad *indispensable para la vida social*”.

As notas definidoras traçadas pelo autor não parecem alterar a sua atual concepção nem decretar o seu fim. O fato assinalado na quarta nota, referente à soberania, serve tão-somente para distinguir os serviços públicos das funções públicas mais acima mencionadas.

ARIÑO ORTIZ também distingue o serviço público do que denomina por atividade de gestão econômica. Estas seriam o conjunto de ações do Estado, por intermédio de suas antigas empresas públicas em regime concorrencial, voltado à produção de bens para o mercado, tendo por fim mediato gerar empregos, o desenvolvimento regional, a garantia de abastecimento, a ruptura de monopólios, entre outros fins de interesse público. Assinala cinco diferenças entre as duas categorias: (i) na gestão econômica, o Estado não detém exclusividade regulatória nem o monopólio de fato, havendo similares entre os particulares; (ii) nas atividades de gestão falta regularidade e continuidade da prestação, que não se dá diretamente ao público destinatário, havendo, sim, um fornecimento de utilidades ao mercado, isto é, a interrupção da prestação desses bens ou serviços não é de grande relevo para a sociedade, enquanto a interrupção dos serviços públicos autênticos ocasionaria enormes transtornos à vida social; (iii) enquanto o usuário de serviço público tem direito subjetivo e, por conseguinte, pode exigir a sua prestação, na gestão econômica, não há direito algum aos consumidores; (iv) o serviço público exige, por vezes, que o Estado utilize de sua potestade e da proteção do direito público para a sua prestação, a qual é remunerada por tarifas, o que não se sucede nos demais, onde a proteção jurídica é de direito privado e os preços são privados; e, (v) aqui, não se trata bem de uma diferença, mas uma observação de que o fato de, por vezes, algumas das empresas estatais receber uma proteção maior ou diversa das de direito privado, por conta de normas de direito público que lhes são específicas, não denota um regime especial e diferenciador para elas, que justifique equiparar-se a gestão econômica ao serviço público.

Ao final dessas distinções, ARIÑO ORTIZ confere, com a precisão de sua pena, um conceito de serviço público, que ele diz “aproximado”, como “aquela atividade

(lo cual es distinto a decir que sea actividad necesaria para la vida del Estado: para la vida del Estado no es necesaria); y cuarta, se trata de una actividad cuya gestión *no supone el ejercicio de poderes soberanos.*” Tradução livre.

própria do Estado ou de outra Administração Pública, de prestação positiva, com a qual, mediante um procedimento de direito público, se assegura a execução regular e contínua, por organização pública ou por delegação, de um serviço técnico indispensável para a vida social”.⁷³

A crise atual, que não é propriamente do serviço público como visto anteriormente, decorre de fatores múltiplos como livre mercado, desestatização, privatização, globalização, entre outros que se podem constatar na atualidade. No entanto a raiz da crise e sua difusão podem ser identificadas no Direito norte-americano e no Direito Comunitário da União Européia. MEDAUAR registra essas raízes nas *public utilities*, assinalando significarem que “as atividades que atendem a necessidades públicas devem ser providas de modo igual ao de qualquer outra atividade econômica, ou seja, devem ser providas por empresas privadas. Mas estas empresas privadas sujeitam-se ao controle de agências federais ou de agências dos Estados-membros, para que se obtenha o resultado decorrente de uma conciliação entre o objetivo privado da maximização do lucro e o atendimento do interesse público, expresso no fornecimento de serviços adequados com tarifas moderadas. Tais atividades devem ser realizadas em regime de concorrência”.⁷⁴

Surgem, aqui, as agências reguladoras, realidade presente no Direito brasileiro há mais de um decênio. Surgem, exatamente, em função das privatizações e do afastamento do estado da prestação direta de certos serviços que, antes, cabiam-lhe, com exclusividade. BARROSO, de igual forma, salienta que tais privatizações tiraram do Estado o seu “lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as agências reguladoras”.⁷⁵

⁷³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit., p.p. 546-548. “Vistos estos primeros deslindes entre lo que se llaman funciones públicas o gestión económica y El concepto estricto de servicio público, vamos a dar de éste una definición aproximada, que podía ser ésta: servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”. Tradução livre.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 118.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *In* Revista Trimestral de Direito Público: São Paulo, n. 25, 1999 p. 77.

Evidencia-se, assim, a importância do estudo da evolução e da crise do serviço público para o estudo das agências reguladoras, que encontram nessa transcendência do Estado interventor para o regulador a sua razão de ser e de funcionar como instrumento fundamental para conferir nova estabilidade a esse sistema social abalado pela crise.

Os tratados da Comunidade Européia também aderiram a essa formulação, todavia, denominam por serviços de interesse econômico geral os serviços públicos. Referências também são feitas a serviço universal.

Como se pode observar, essa convergência entre duas doutrinas diversas – o serviço público de origem francesa e o sistema das “*public utilities*” do sistema norte-americano, permeado pelo princípio da livre empresa – há de gerar um abalo digno da movimentação de placas tectônicas.

No Brasil, várias atividades econômicas que outrora estavam nas mãos do Estado, isto é, como serviços públicos, e que se referiam aos setores de infra-estrutura, passaram às mãos (e não à titularidade) de particulares. Tanto implicou o nascimento de uma nova forma de regime de intervenção do Estado, que deixa seu lado interventor e diminui um pouco a sua ingerência na medida em que passa à condição de regulador. Essa decisão política leva muitos a acreditar que esse fato é bastante para denunciar que tais atividades, tais como o fornecimento de energia, gás e telefonia, não se consubstanciam em serviços públicos propriamente ditos, e propõem que essas prestações podem ser submetidas a regime de direito privado. Propõem nomenclaturas diversas como serviços públicos de interesse geral ou atividades econômicas de interesse geral. O fato é que parecem dar mais valor ao que tem menos valor e vice e versa, confundindo um simples recuo do Estado em prestar diretamente certos serviços, sem abrir mão de sua titularidade. De mais a mais, tais atividades prestacionais já foram objeto de comparação para fins de distinção com outras atividades econômicas sujeitas, essas sim, ao princípio da livre empresa.

A despeito de alguns autores, como Troncoso Reigada, compreenderem que o conceito de serviço público tem de ser revisto para atender à atual realidade legislativa, sob pena de sua manutenção contribuir para “distorcer a realidade e para o hiperformalismo dos sistemas jurídicos”, de forma a que o conceito de serviço público

poderia e deveria ser substituído por conceitos outros “como os de direitos fundamentais e da direção política e de polícia administrativa sobre as atividades econômicas, o que compreende as funções administrativas de regulação, autorização, supervisão e sanção no âmbito dos serviços de interesse econômico geral”.⁷⁶

Essas novas concepções, neologismos jurídicos – como “agências reguladoras” no direito brasileiro – e a inesperada convergência do sistema anglo-saxão para com o europeu, repercutiram em países dos mais diversos e levaram dúvida quanto a estar ou não em curso uma nova crise do conceito de serviço público. Ao que parece, muitas dessas novas idéias tem sua origem nos mais do que conhecidos interesses hegemônicos do mercado, que pretendem derrubar um novo muro que percebem como contrários a suas pretensões: o muro do serviço público, que impede um maior avanço da iniciativa privada sobre um espaço que ainda é reservados ao bem de todos e delimita o território entre o público e o privado, enfim, o serviço público fixa o limite final da liberdade de empresa ou da livre iniciativa.

Princípio consagrado em nossa Constituição, a liberdade de empresa possui três momentos de manifestação. Primeiro, a liberdade de entrar no mercado; segundo, o exercício da empresa propriamente dito; e, por fim, em terceiro lugar, a possibilidade de a empresa desistir de dar continuidade em sua atuação e de resolver deixar o mercado. Essas liberdades não são de exercício tão simples para as empresas que prestam serviços públicos. Estas últimas não poderiam, por exemplo, deixar o mercado e interromper suas atividades sob o argumento de a atividade ser pouco lucrativa ou de gerar prejuízos, pois ela não é prestada em função de seu potencial multiplicador do capital, mas em razão de uma necessidade coletiva permanente e fundamental ao cotidiano e ao bem-estar da sociedade. Tanto conduz à conclusão de que, ainda que se tenham os direitos fundamentais como princípios bastantes à ordenação e garantia dessas atividades em substituição ao conceito de serviço público, será o Estado, valendo-se do direito público, o responsável por reordenar a atividade e dar soluções

⁷⁶ TRONCOSO REIGADA, A. Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público. Revista Española de Derecho Constitucional, v. 57, p. 163, 1999, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 430-431.

que, ainda que baseadas em novas categorias jurídicas, terão conseqüências idênticas às de sempre.

No Brasil o entendimento de que o conceito de serviço público não mais interessa ao Direito público não prospera. A própria Constituição da República vincula a presença do Poder Público à sua prestação, consoante o disposto em seu art. 175. A Constituição estabeleceu mesmo a sua antítese jurídica, consubstanciada no exercício da atividade econômica, sujeita a princípios diversos e inaplicáveis ao serviço público como o da livre iniciativa. Há, ainda, serviços públicos previstos expressamente no texto da Constituição, como os previstos nos incisos X, XI e XII de seu art. 21. Como assinala BANDEIRA DE MELLO, de acordo com o tratamento conferido pela Constituição, os serviços públicos podem classificar-se em: “a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e, d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros”.⁷⁷

BACELLAR FILHO é contundente em afirmar como inadequada “a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo”. Segundo leciona, a Constituição fixou um regime jurídico próprio, “constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput da CF). Estes princípios devem ser entendidos como mandamentos de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública direta e as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que compõem a Administração Pública indireta), mas também pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público”.⁷⁸

Assim, as lições de Duguit mantêm a sua atualidade, eis que as atividades essenciais continuam a exigir a presença do Estado, de molde a que não estejam

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 667.

⁷⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões ..., op. cit., p. 52.

sujeitas à lei do mercado, sendo esta, inclusive, a conclusão final do acima mencionado artigo de Odete Medauar.⁷⁹

RUIZ⁸⁰ também se rende à atualidade das lições de Duguit, destacando que a sobrevivência do conceito de serviço público do mestre francês deve-se a dois aspectos: “sua clarividência para destacar as chaves imprescindíveis à articulação de uma intervenção pública em função de serviço público, e sua imprecisão na hora de determinar os modos – as técnicas – nas quais tal intervenção pública deve articular-se”. Mais adiante, o autor conclui que tal “imprecisão ou ambigüidade da noção primeiro de serviço público cunhada por DUGUIT se converte em virtude, permitindo-lhe seguir mantendo sua vigência até hoje, tal e como a doutrina soube fazer notar”.

Novamente, os fatos pressionam o Estado a novas concepções e, conseqüentemente, como visto precedentemente, essas novas concepções de Estado implicariam novas concepções de serviços públicos. Há, indiscutivelmente, uma tensão entre o desejo de um mercado cada vez mais aberto e o princípio assecuratório da universalidade dos serviços públicos. No Brasil, de destacar-se o escudo constitucional construído com a inclusão em seu texto da proteção aos direitos fundamentais e a estrita observação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que torna a luta mais árdua para essa lei de mercado.

Enfim, como conclui GROTTI em caráter mais genérico e pragmático, “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico”.⁸¹

Interessa notar que essa avaliação por vezes apocalíptica da crise é exagerada. Há mudanças? Sim, mas nada que seja capaz de atingir a base da categoria dos

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. Op. cit., 126.

⁸⁰ RUIZ, Matilde Carlón. Nuevas técnica para nuevos tiempos del servicio público al universal. In Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación. Directores: MACHADO, Santiago Muñoz e PARDO, José Esteve. Madrid: lustel, 2009, pp. 473 e 476. “(...) su clarividencia para destacar las claves imprescindibles para articular una intervención pública em función de servicio público y su imprecisión a la hora de determinar los modos – las técnicas – en las que tal intervención pública debe articularse.” (...) “la imprecisión o ambigüedad de la noción primigenia de serviço público acuñada por DUGUIT se convierte en virtud, permitiéndole seguir manteniendo su vigência aún hoy, tal y como la doctrina há sabido hacer notar.” Tradução livre.

⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 87.

serviços públicos e que tenha atingido qualquer pilar fundamental do Direito Administrativo.

Ávidos a sentenciar de morte o antigo conceito de serviço público e por fornecer as bases para um novo, a visão metafórica que alguns doutrinadores passam é a de que estão todos a bater numa porta, tentando entrar na casa e tanto aguardam para descobrir as novidades que lá esperam encontrar. O que não perceberam é que estão a bater pelo lado de dentro.

3. SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

Em trabalho intitulado por “*Serviço Público: um instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais*”⁸², Ana Cláudia Finger percebeu a posição de relevo desses direitos fundamentais na Constituição e cuidou do tema com extrema proficiência, conferindo ao serviço público uma acepção constitucional que reforça a necessidade de seu conceito e de sua presença no Direito. Assevera a autora que sua pesquisa assentou-se na “premissa de que os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado”.

Assim sendo, a partir da teoria dos direitos fundamentais, o serviço público pode ser conceituado como um método de realização, em concreto, da dimensão prestacional dos direitos fundamentais.

Nessa concepção, os direitos fundamentais não seriam, tão-somente, um meio de defesa da sociedade, que pode exigir do Estado tanto a sua proteção como também a sua promoção. A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 08.12.2000, contém um preceito garantidor do acesso de todos “*aos serviços de interesse econômico geral*” (art. 36).

A Constituição brasileira adotou como princípios máximos de nossa República, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa. Neste

⁸² FINGER, Ana Cláudia. In RDA 232, FGV, 2003, p. 60.

sentido, a Administração Pública, na prestação dos serviços públicos, deve irrestrita obediência a esses princípios fundamentais, como também deve ter em vista os princípios tradicionais que a doutrina considera como inerentes à categoria, em especial: “1) o dever inescusável do Estado em promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade (atualização e modernização, dentro das possibilidades econômicas); 4) princípio da universalidade; 5) princípio da universalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas; 10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação”.⁸³

Conforme o acima enunciado e já pugnado neste trabalho, BACELLAR FILHO também tem como imperativo “retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público cunhada por Léon Duguit – serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante –, (...) a fim de acentuar a *instrumentabilidade do serviço público* em relação aos direitos fundamentais, meio que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana”.⁸⁴

Há, pois, uma correlação entre os direitos fundamentais e os serviços públicos, podendo imputar-se àqueles a capacidade de exigir do Estado a sua atuação no escopo de viabilizar a todos o acesso às necessidades – ou utilidades essenciais, como se quer copiar do Direito norte-americano – e que sejam imprescindíveis à realização da dignidade humana, até porque, a Constituição assegurou a todos o direito fundamental ao serviço público adequado, ex vi do inciso IV do art. 175.

“E é nessa seara que se insere um dos temas mais intrigantes da dogmática constitucional atual: o papel que incumbe ao Poder Judiciário na concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais, mormente diante da notória incapacidade do Estado na prestação real dos serviços sociais básicos”.⁸⁵ Elevado à categoria de um Direito constitucional de todos, o serviço público só vem a ampliar os seus limites por meio

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., pp. 657-658.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit. pp.47-48, grifos do original.

⁸⁵ FINGER, Ana Cláudia. Op. cit., p. 61.

dessa nova concepção, tanto que o Judiciário vem emitindo decisões que lhe vão conferindo contornos apropriados na ausência da atividade estatal para esse fim.

Compete ao Estado desenvolver três atividades “para a prestação de serviços de massa – a planificação, a execução e o controle – que admitem algum tipo de intervenção estatal, e cuja existência, como foi exposto, caracteriza o regime serviço público”.⁸⁶

Cabe à Administração Pública o exercício dessas funções para que o serviço público passe “*do mito para a realidade*”, devendo fazê-lo diretamente ou por pessoas criadas para este fim, de forma a que realize suficientemente, por intermédio dos marcos regulatórios, a densificação do conteúdo do possível referentemente aos direitos fundamentais e de sua atuação pela promoção de serviços públicos adequados, sob pena de, em não ocupando o seu espaço legítimo, ser substituído pelo Judiciário no exercício dessa função, seja por provocação do Ministério Público ou de algum usuário ou associação de usuários.

De remarcar-se neste ponto o trabalho do Professor Juarez Freitas, que robustece sobremaneira a tese da possibilidade da intervenção do Judiciário tanto em ações administrativas que pequem tanto por “excessos de discricionariedade” quanto por omissão, pois, em ambos os casos, violado restaria o direito fundamental à boa administração pública. “De fato, o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão). Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais”.⁸⁷

A boa administração pública, que tem na eficiência mais do que um objetivo, um requisito para a legitimidade de seus atos, vista sob esse aspecto de direito fundamental, impõe uma imediata alteração na estrutura administrativa do Estado. Tal como organizado após o seu afastamento da prestação direta dos serviços públicos, o Estado não dispõe de meios regulatórios idôneos para realizar aquela boa

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mito e Realidade do Serviço Público*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 53, 2000, p. 144.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

administração que lhe é requerida. Necessita o Estado, pois, rever a sua estrutura e dar à luz novas instituições capazes de exercer um papel de competência técnica e com independência suficiente para exercer a função regulatória e emitir suas determinações com absoluta neutralidade. Assim, as agências reguladoras, na medida em que sejam aparelhadas para dispor daquelas qualidades, podem ser consideradas como um pressuposto da boa administração pública.

Neste último aspecto – ser um instrumento efetivo à boa administração pública –, as agências reguladoras podem vir a exercer papel fundamental para garantir aos cidadãos usuários dos serviços públicos o pleno atendimento de todos os princípios pertinentes aos serviços públicos. Para tanto, é necessário que sejam, mais do que simplesmente criadas, instituídas sob os mais sólidos imperativos teóricos da indiscutível capacidade técnica de seus dirigentes, da independência e da autonomia, além de serem dotadas de artefatos que, senão evitem, ao menos reprimam com vigor a captura da regulação seja pelo governo ou por partido político seja pelas empresas concessionárias.

CAPÍTULO III

DAS AGÊNCIAS REGULADORAS, ELEMENTOS ESSENCIAIS E CARACTERÍSTICAS

1. BREVE HISTÓRICO DA INTRODUÇÃO DAS AGÊNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO.

O Direito Administrativo, em crise ou não, quer queiram ou não, precisou fornecer as soluções para as mudanças sociopolíticas que se apresentaram em extrema velocidade nas décadas finais do século XX, sem falar no avanço tecnológico. As estruturas administrativas sobre as quais o Estado se estruturava já não mais atendiam às exigências de uma sociedade voltada para o mercado e de índole eminentemente informacional: a sociedade pós-moderna.

Esse momento atual não ostenta, simplesmente, uma sociedade baseada na informação, mas dá ensejo a uma economia informacional, traduzida na generalização da produção e de toda espécie de gestão fundamentada em conhecimentos e informações, que impactam e condicionam os processos econômicos em escala transnacional, impondo ao mundo, como um todo, permanentes transformações sociais, culturais e institucionais – incluídos, aqui, o próprio Estado e seus organismos internos. “É por isso que a economia é informacional, e não apenas baseada na informação, pois os atributos culturais e institucionais de todo o sistema social devem ser incluídos na implementação e difusão do novo paradigma tecnológico”.⁸⁸

Essa sociedade informacional a que se refere CASTELLS estava a exigir maior qualidade, segurança e atualidade tecnológica em todos os aspectos da vida, inclusive

⁸⁸ CASTELLS Manuel, A sociedade em rede, a era da informação: economia, sociedade e cultura, Vol. 1, Paz e Terra, São Paulo, 2008, p. 141.

em relação aos serviços públicos. Mais ainda, é necessário rapidez no atendimento desses anseios sociais. Correto ou não, o discurso corrente dava notícia de que o Estado não era capaz de prestar aqueles serviços com a eficiência desejada. Privatizar – não se irá discutir aqui se houve ou não, efetivamente uma privatização – era uma solução prática inexorável proposta pelo mercado, de fácil convencimento tanto dos usuários dos serviços quanto dos políticos àquela oportunidade.

A forma clássica de gestão e de decisões administrativas precisava ser substituída por outra capaz de atender àqueles anseios sociais e do mercado e de garantir segurança jurídica, permanência às políticas públicas e neutralidade. A modelagem ideal que à época se ofereceu, seriam os entes autônomos e independentes, aos quais o direito brasileiro houve por bem denominar por agências reguladoras.

Observe-se que o impacto dessas mudanças deu-se no âmago do Direito Administrativo: os serviços públicos. DUGUIT, ao tecer suas considerações sobre o Estado assinalou a enorme importância desses serviços públicos na existência do próprio Estado. Segundo suas palavras, “o Estado não é, como se pretendeu fazê-lo, e como durante algum tempo se acreditava que era, um poder de mando, uma soberania; é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlado pelos governantes”.⁸⁹ Sobreleva em importância o estudo dos serviços públicos e revela-se o motivo pelo qual a crise foi tão propalada e tão forte, capaz de conduzir alguns a falar em morte dos serviços públicos e, conseqüentemente, do Direito Administrativo.

A criação das agências foi uma resposta às mudanças, a prova de que aqueles anseios sociais haviam sido assimilados pelo Estado, ao menos em tese. O Estado, ao criar as agências, deu forma ao direito fundamental à boa administração e assegurou, a si próprio, uma forma aceitável de preservar a titularidade dos serviços públicos, propor e direcionar as políticas públicas e de intervir na prestação daqueles.

⁸⁹ DUGUIT, Léon. *Traité du Droit Constitutionnel*, vol I, Bocard, Paris, 3ªed., p. 85, *apud* RUIZ, Matilde Carlón. *Op. cit.*, p. 472. “*el Estado no es, como se há pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se há creído que era, um poder de mando, uma soberania; es uma cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes*”. Tradução livre.

Porém, a criação dessas agências precisa ser verificada na prática do dia-a-dia a fim de que se avalie se o modelo, tal como proposto e posto em operação, atende aos fins colimados.

As agências reguladoras no Brasil a despeito de haverem sido criadas seguindo a receita de moldes administrativos modernos, com previsão legal de sua autonomia e independência, nasceram sob um duplo dilema.

Sua criação, o primeiro daqueles dilemas, não se deu por motivos de pureza técnica ou de uma firme vontade governamental de situar-se na vanguarda administrativa, realizando uma opção de criar novos pólos de poder e dividi-lo para com esses. Seria ingênuo tanto imaginar. A chamada reforma administrativa brasileira foi forçada a aderir a certos modelos prontos e impostos pelo Fundo Monetário Internacional. O que era símbolo de modernidade, avanço e de maior democracia, com vistas à captação de recursos estrangeiros, nasceu sob a pecha de conveniência política e submissão a um sistema internacional hegemônico, com vistas à alienação das riquezas do país e de sua infra-estrutura, tanto que os setores primeiros a sentir a força dessa transformação reguladora foram o petróleo, as telecomunicações e a distribuição de energia.

O segundo dilema toca à autonomia e à independência propriamente ditas. Criadas por lei infra-constitucional e submetidas sempre ao Ministério correspondente, as agências federais viveram (e ainda vivem) um questionamento diário relativo à sua identidade de serem ou não partícipes da administração pública em nível de subordinação. Isto é, em princípio, a modernidade administrativa impunha-lhes uma posição de neutralidade, situando-as fora do Estado, mas, ao mesmo tempo, dele participando. Um paradoxo sem dúvida, um ser-ou-não-ser digno da dramaturgia de Shakespeare.

MOTTA, de arguta percepção e afiada dicção, tece severas críticas àqueles processos de privatização do governo federal, que, ao contrário de promovê-las no escopo de uma maior universalização dos serviços públicos, realizou-as com o fim de “obtenção de recursos para fazer frente aos compromissos com o FMI e ao pagamento dos juros das dívidas externa e interna. A lógica do processo regulatório, que é

elemento indispensável, se perdeu, e creio, jamais será encontrada, mantendo-se as coisas como estão”.⁹⁰

Trata-se de um dos quatro vícios de origem apontados pelo autor como deformadores do processo regulatório, que, loquaz, assinala em seguida que a alienação dessas empresas públicas deu-se pelo critério do maior preço ofertado à sua compra, nada exigindo com relação à tarifa, que deveria ter sido associada ao critério preço de compra para fins de atendimento ao princípio maior dos serviços públicos: o da universalidade.

O segundo vício apontado é concernente ao setor elétrico, pois, nesta hipótese, o governo brasileiro não teria previamente à delegação do serviço procedido à sua regulação, vindo a fazê-lo posteriormente à definição das empresas privadas vencedoras do certame, o que causou sérias e previsíveis dificuldades. Razão assiste àquele autor, pois, se o que se propõe com a criação de uma agência reguladora é uma maior estabilidade de regras e de segurança jurídica para o investidor, a não existência de normas próprias do setor no momento da privatização foi, certamente, danosa aos cofres públicos.

O terceiro vício consignado refere-se à avaliação das empresas e aos preços mínimos fixados. Por fim, o autor salienta, como quarto dos vícios de origem, a adoção de um modelo importado de direito estrangeiro não adaptável ao sistema jurídico brasileiro, conferindo como exemplo a questão do compartilhamento de estruturas, comum no direito norte-americano – da *essential facility doctrine* –, problema que veio a surgir no direito brasileiro apenas depois das privatizações, pois, até então, todas as redes de infra-estrutura pertenciam ao próprio Estado.

Esse último vício interessa de perto a esse trabalho, pois o que é questionado neste momento é a adequação ou não do modelo das agências reguladoras ao direito positivo brasileiro e o que se deveria fazer para promover tal adequação.

Outro aspecto que pode ser destacado numa análise crítica respeita aos termos utilizados pela Lei nº 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. O art. 1º fixou, em seus cinco incisos, os objetivos do PND, como sendo os de: (i)

⁹⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 164.

reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades **indevidamente** exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através do perfil e da redução da dívida pública líquida; (iii) permitir a retomada de investimento nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; e, (v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

A lei em comento inicia mal com o disposto logo inciso I de seu art. 1º ao afirmar que serão transferidas à iniciativa privada as atividades “indevidamente” exploradas pelo setor público. Ora, se o Estado possui, à guisa de ilustração, uma fábrica de lenços de papel ou uma indústria produtora de laticínios, é mais do que evidente que o advérbio de que se valeu a lei em comento – indevidamente – está mais do que correto. A questão, porém, é outra, pois dentre essas atividades econômicas que acabaram por ser desestatizadas, encontravam-se atividades que ostentavam características próprias das de um típico serviço público, como a energia elétrica e a telefonia, a despeito da opinião em sentido contrário de alguns.

A lei do PND confundiu serviços industriais que podiam e deveriam ser privatizados com os chamados serviços públicos que são de titularidade do Estado, consoante a norma do art. 175 da Constituição Federal. Inadmissível classificar essas atividades como de prestação indevida pelo Estado.

Ao que foi exposto criticamente, parece que, mais uma vez, na implantação das agências reguladoras, o papel, em sua tamanha humildade, cedeu à soberba e às dissimulações do legislador.

Sobreleva em interesse, porém, as bases teóricas da reforma do Estado brasileiro lançadas nessas humildes folhas de papel. Passado pouco mais de um decênio, é possível verificar-se se houve ou não congruência entre o discurso e a atuação governamental.

O governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso é o ponto de partida dessas transformações do Estado brasileiro. Em termos globais, o processo de reforma administrativa nacional acompanhou com atualidade as mudanças internacionais pretendidas pelo mercado: um Estado mínimo, o menor possível, de pouca interferência no âmbito da economia, que deveria estar aberta à livre iniciativa e à livre concorrência. Essa gana do mercado foi de certa forma contida em parte pela regulação, forma encontrada para que o Estado exercesse, senão o controle direto, uma espécie de governança por intermédio da implantação de uma atividade regulatória e fiscalizatória do setor privatizado. Governança significaria, assim, a capacidade do Estado de implementar de forma eficiente as suas políticas públicas.

Esse modelo de administração pública gerencial que se pretendia implantar traduzia-se como uma primeira tentativa de efetiva modernização da administração tida como ineficiente e burocrática que deitava suas raízes no primeiro governo de Getúlio Vargas. Como membro do Conselho de Reforma do Estado, instituído pelo Decreto nº 1.738/1995, o Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira⁹¹ propôs que tal reforma administrativa proporcionasse uma nova Administração Pública com as seguintes características:

1. Descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
2. Descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
3. Organização com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal;
4. Pressupostos de confiança limitada e não da desconfiança total;
5. Controle por resultados, *a posteriori*, em vez de controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
6. Administração voltada para o atendimento do cidadão, em vez de auto-referida.

⁹¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, ano 47, v. 120, nº 1, janeiro-abril/1996, Brasília, ENAP, apud NUNES, Edson de Oliveira; NOGUEIRA, André Magalhães; COSTA, Cátia Couto da; ANDRADE, Helenice, Vieira de; RIBEIRO, Leandro Molhano. Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007, p. 44.

Vê-se, pois, o claro propósito de se instituir uma Administração Pública: (i) não tão engessada pela burocracia de outrora, (ii) permeável aos interesses da sociedade como um todo, (iii) dotada de maior autonomia gerencial e de aplicação de recursos financeiros sujeitos a menores formalidades e entraves, (iv) policentrismo decisório, com distribuição de parcelas competenciais para o exercício das funções a outros centros desvinculados do poder central; (v) eficiente e transparente em todas as suas ações, condizente com a moderna teoria do resultados; (vi) dotada de expertise técnica, quadros de pessoal enxutos e profissionalizados; e (vii) destinada ao cidadão, poder-se-ia dizer, destinada ao pleno atendimento e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Aquele Conselho de Reforma do Estado concluiu que seria necessário terminar com o modelo burocrático e intervencionista, por intermédio de um processo que envolveria uma desregulação inicial, para, na seqüência, reduzirem-se o intervencionismo e a burocracia, e, ao final, proceder-se a uma nova regulação de espírito mais democrático e participativo.

Esse novo sistema regulatório brasileiro deveria seguir cinco princípios básicos, segundo o Conselho de Reforma do Estado⁹²:

1. Autonomia e independência decisória;
2. Ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
3. Celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
4. Participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiências públicas; e
5. Limitação da intervenção estatal na prestação e serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.

⁹² MARE. Construção do marco legal dos entes reguladores: recomendação de 31 de maio de 1996. Conselho de Reforma do Estado. Cadernos MARE de reforma do Estado, nº 8, Brasília: MARE, 1997.

Os princípios já permitem visualizar algumas das características atribuídas às atuais agências reguladoras. Todavia, o texto em apreço foi ainda mais didático e o Conselho de Reforma do Estado houve por bem assinalar, para o pleno atendimento desses princípios básicos, algumas recomendações em relação a esses entes reguladores que deveriam ser criados para que se desse forma à pretendida reestruturação administrativa.

Primeiramente, os entes reguladores deveriam ser constituídos sob a forma de autarquias. Essa natureza jurídica, além de favorecer a descentralização do poder, permitir-lhes-ia gozar de autonomia financeira, pois, se tanto não houvesse, tais entes poderiam ser asfixiados financeiramente pela Administração central controladora dos recursos, na medida em que poderia inviabilizar o satisfatório exercício de suas funções regulatórias ou subordiná-las a seus ditames. Ou seja, embora não se vislumbre um arrazoado expresso para essa autonomia financeira na sobredita Recomendação do Conselho, é evidente que se a mesma não fosse concedida ou restasse de alguma forma comprometida, a maior democratização pretendida ao sistema restaria ferida de morte.

Em segundo lugar, as agências deveriam ser dotadas de autonomia decisória, o que significava dizer serem entes independentes, dirigidos por um órgão colegiado formado por pessoas com dedicação exclusiva, de alta capacidade técnica, sem vinculação corporativa – portanto, neutras – e indicadas pelo Senado Federal, cuja permanência na gestão seria assegurada por um mandato a termo.

A Recomendação pugnava, ainda, por sistema regulatório do qual participassem todos os interessados, realização de audiências públicas, um sistema de recursos de tutela das decisões restrito aos aspectos de legalidade, dentre outras.

Coube ao Conselho de Reforma do Estado, portanto, lançar as bases do modelo regulatório brasileiro. As recomendações por ele realizadas coadunam-se com as bases doutrinárias referentes aos entes reguladores autônomos. Todo esse estudo e as atribuições do Conselho encerraram-se antes de as leis instituidoras das agências reguladoras entrarem em vigor.

De fato, o Conselho ofereceu uma gigantesca contribuição para a instalação do sistema regulatório brasileiro. Todavia, sua atividade deveria ter sido postergada no

tempo, de molde a que acompanhasse a instalação das agências reguladoras e o seu desempenho cotidiano para, na prática, corrigir as eventuais falhas do sistema. Ou seja, o processo iniciado não chegou ao fim. De mais a mais, aquele Conselho não previu a criação de uma normatização geral que fosse aplicável a todas as agências a serem criadas. Tanto implica falha grave a ser corrigida, pois o sistema, ao não dispor de um caráter uno e, ao contrário, ser múltiplo e variável, dificulta a implantação de uma governança pautada em bases unívocas e, por conseguinte, dificulta ou mesmo impossibilita uma coordenação dos setores regulados e qualquer espécie de supervisão da qualidade regulatória dos serviços prestados pelas agências.

Essas propostas do Conselho de Reforma do Estado em relação à implementação de um novo modelo de gestão regulatório para o Estado brasileiro estão bem resumidas na doutrina, especialmente nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “a descentralização autárquica, depois de um certo declínio, ressurgiu restaurada, como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle que demandam personalidade jurídica de direito público, com a flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, como se exporá, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária”.⁹³

Ultrapassada essa fase de diagnósticos da situação pertinente à prestação dos serviços públicos e da estrutura administrativa correspondente, com a sugestão de criação das agências, o direito brasileiro começou a criá-las, efetivamente.

Assim é que, em 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.427 instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, como autarquia em regime especial e levando em consideração aquela propostas do Conselho de Reforma do Estado. Apesar de observar a modelagem proposta, a ANEEL foi “vinculada” ao Ministério de Minas e Energia, como disposto logo no art. 1º da referida Lei. No mais, as políticas públicas remanesciam nas mãos do governo central, incumbindo à nova autarquia denominada

⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Op. cit., p. 147.

por “agência” a sua implementação, bem como o exercício da regulação e da fiscalização do setor de produção de energia.

Nessa mesma esteira também foram criadas, em 1997, a ANATEL e a ANP, ambas sob a forma de autarquias especiais e ambas “vinculadas” ao Ministério correspondente à sua área de atuação, conforme o disposto nas Leis de números 9.472 e 9.478, respectivamente. Ambas foram instituídas para regular e fiscalizar, a primeira, o setor de telecomunicações, e, a segunda, o de petróleo.

Mais adiante, outros setores também foram objeto de regulação por intermédio de agências, como os de: vigilância sanitária (ANVISA); saúde suplementar (ANS); águas (ANA); transportes terrestres (ANTT); transportes aquaviários (ANTAQ); cinema (ANCINE); e, aviação civil (ANAC).

Alguns Estados membros, o Distrito Federal e muitos Municípios também houveram por bem delegar seus serviços públicos a particulares e criar suas próprias agências reguladoras, disseminando o fenômeno pelo país.

Se o modelo apresentava-se como adequado pelo trabalho do Conselho de Reforma do Estado, as leis instituidoras das agências ou foram tímidas em relação ao processo de descentralização ou impendem interpretações restritivas quando se referem à “vinculação” das agências federais aos Ministérios da área correspondente. Essa vinculação também aparece nas agências estaduais e municipais. O grau de vinculação, numa perspectiva da prática regulatória em confronto com a prática burocrática e hierarquizada da administração central do governo, pode pôr em xeque absolutamente todo o sistema regulatório, ma medida em que se retira com uma mão o que aparentemente se havia dado com a outra: a autonomia administrativa e a financeira.

Essas considerações não são, atualmente, frias ou destituídas de fundamento. Três exemplos podem ser apresentados no sentido de demonstrar que o sistema jurídico não ofereceu garantias bastantes não só à autonomia das agências, como também à sua própria existência e continuidade de suas funções. O primeiro deles foi conferido pelo próprio governo que propôs e criou as agências reguladoras quando da última crise energética decorrente de problemas climáticos que deixaram os reservatórios de água impotentes à demanda por energia hidroelétrica. O governo

central tomou para si o controle da situação, esvaziou e fez tábua rasa das competências da ANEEL, comandando-a segundo as suas determinações.

O segundo exemplo de grande apelo midiático deu-se quando do terrível acidente com um avião da TAM companhias aéreas no aeroporto de Congonhas em São Paulo, no ano de 2007, oportunidade em que a aeronave não conseguiu parar totalmente até o final da pista, incendiando após chocar-se com o depósito de cargas da própria companhia aérea e levando a óbito todos os seus passageiros. O acidente teria sido causado em função de a pista ter sido liberada para pousos e decolagens sem que fossem resolvidos seus problemas de desnível e sem que fosse aplicado o “grooving” – ranhuras transversais cortadas na pista com a finalidade de aumentar o atrito–, o qual seria imprescindível para auxiliar o processo de frenagem das aeronaves em pistas como a do aeroporto de Congonhas. Os problemas daquele aeroporto são muito antigos e advêm de muitos anos. A ANAC, agência responsável pela regulação do setor, havia sido criada há pouco mais de um ano antes do acidente por intermédio da Lei nº 11.182, de 27.09.2005, e sua diretoria tomou posse no dia 20 de março de 2006. No entanto, o Ministério da Defesa, ao qual se encontra vinculada aquela agência, não poupou críticas à sua atuação e, publicamente, exigiu a exoneração de todos os seus membros, a despeito de os problemas apontados serem históricos. A atuação do Ministro não parou por aí, ele ainda afirmou ter a pessoa certa para assumir a presidência da ANAC, citou o seu nome e, mais adiante, após truculenta pressão do governo central para obter a exoneração dos diretores daquela agência, a mesma foi nomeada para o referido cargo. Tanto demonstra dois aspectos nefastos da regulação, além da pouca segurança jurídica que ostentam seus próprios mandatários: a possibilidade de uma agência ser utilizada como uma espécie de fusível governamental, para que a culpa não ultrapasse o limite da administração pública indireta; e, a nítida captura que o governo central pode exercer em relação a seus membros, em muitos casos, sem o menor temor de que sua influência seja pública e notória.

O terceiro exemplo vem do próprio Estado do Rio de Janeiro, onde um governo houve por bem criar a ASEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos, criada pela Lei estadual nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997 – e nomear os seus conselheiros, e, o

governo seguinte compreendeu que os cargos de direção da referida agência obedeciam ao regime de livre nomeação e exoneração do inciso II do art. 37, da Constituição Federal. A tentativa de exoneração dos membros da diretoria da agência gerou um mandado de segurança⁹⁴ impetrado contra o ato do Secretário de Estado titular da Pasta à qual a agência estadual encontrava-se vinculada. Três impetrantes desistiram do pedido e a segurança foi denegada em relação a um dos impetrantes. O certo é que, na hipótese, o chefe do executivo conseguiu o seu intento e nomeou nova diretoria. Mais à frente, essa mesma agência estadual ficou impedida de exercer as suas funções, pois, findo o prazo dos mandatos de seus novos diretores, outros não foram indicados pelo executivo, que, por vários meses deixou de exercer tal atribuição que lhe é privativa.

Todos os exemplos demonstram que ainda há uma prepotência do governo central em relação às agências reguladoras, que, em momentos onde a política prevalece sobre a razão, verifica-se o quão frágeis são as estruturas jurídicas que dão amparo a suas características de independência e autonomia administrativa e financeira, como também é relativo dois de seus objetivos que se pretendem ter como absolutos, quais sejam: a segurança jurídica e a perenidade das políticas públicas. Como pretender ofertar e assegurar, a investidores e usuários, segurança jurídica e continuidade de políticas públicas livres das condições de humor do governante da vez, se as próprias autoridades incumbidas da atividade regulatória não dispõem dessa mesma segurança e de certeza da continuidade no exercício de seu mandato?

Esses questionamentos derivam de constatações fáticas da distorção entre o discurso político que deu esteio à criação das agências e a prática regulatória, observada sob o ponto de vista de seu relacionamento com as autoridades do governo central. Deles podem ser trilhados dois caminhos. O primeiro para maldizer a regulação, verificar-se que nada mudou e pugnar-se seja pela volta ao regime anterior com o fim das agências por serem estas um fardo financeiro inútil para o Estado e para o serviço público seja pelo fim da presença do Estado na prestação de vários desses serviços; e, o segundo, numa proposta mais coerente e centrada, buscarem-se as falhas do arcabouço jurídico sobre o qual as agências foram erguidas, e, daí, trilhar-se o caminho

⁹⁴ Processo nº 0036134-61.1999.8.19.0000 (1999.004.01218) – TJRJ.

de fornecer as devidas correções àquelas falhas, de molde a estruturar um novo Estado regulador, de menor hierarquia entre as suas instituições, dotado de um maior policentrismo decisório, mais flexível, capaz de desempenhar um papel de neutralidade e garantidor de segurança jurídica e permanência das políticas públicas propostas à sociedade.

Trilhar esse segundo caminho é o objetivo deste trabalho, objetivo este do qual também comungava o Conselho de Reforma do Estado ao apresentar as suas recomendações para a reforma administrativa do Estado brasileiro. Trata-se de um projeto político-administrativo sério e bem elaborado, que propunha um novo modelo organizacional que abrangia não só os aspectos políticos, mas também o jurídico, o social e o econômico do modelo então vigente no país, com a efetiva passagem do Estado interventor para o Estado regulatório, dentro de uma perspectiva de descentralização do exercício do poder.

A finalidade das agências reguladoras no direito brasileiro pode e deve ir muito além do aspecto econômico e do político. A modelagem correta e bem estruturada dentro do sistema jurídico brasileiro servirá para implementar e garantir valores e princípios constitucionalmente consagrados, tais como a dignidade da pessoa humana, a impessoalidade e a universalização do serviço público.

2. ELEMENTOS ESSENCIAIS ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS: AS DIVERSAS ESPÉCIES DE AUTONOMIA E SEUS PRESSUPOSTOS.

Sem embargo do título oferecido a esta parte, a bem da verdade, a criação de uma agência reguladora ainda não segue uma receita jurídica de ingredientes postos e inafastáveis. Afinal, não há nenhuma legislação geral sobre a criação desses entes reguladores, nem mesmo a obrigatoriedade de se dar o nome de agência aos mesmos. Tampouco se afirme a necessidade de se criar uma autarquia de regime especial para que se tenha uma agência reguladora. Tanto que nada estaria a impedir a criação de um ente regulador dentro da própria administração direta.

A rigor, a denominação de agência reguladora é nova e ainda não designa uma categoria jurídica diferenciada no direito brasileiro. Talvez grande parte de sua fragilidade estrutural decorra desta dura constatação prática. O termo é bem compreendido em sede doutrinária, mas ainda não foi suficiente para provocar mudanças efetivas na cultura político-administrativa brasileira, como observado nos três exemplos anteriormente colacionados.

De igual forma, CUÉLLAR assinala esse descompasso entre a cultura política e os avanços doutrinários, afirmando que “a experiência brasileira demonstra, também, que a alteração legislativa não foi acompanhada pelo administrador. Ou seja: o administrador continua pensando e agindo como antes, olvidando os novos pressupostos e parâmetros que devem reger a atividade estatal e a própria regulação exercida por agências independentes”.⁹⁵

Portanto, os ditos elementos essenciais ainda não podem ser assim afirmados em relação às agências reguladoras, mas sim em relação aos entes administrativos dotados dessas características de autonomia administrativa e financeira, mandato para seus gestores, pessoal técnico especializado, entre outros.

Também não se pode dizer que a experiência dessa espécie de entes autônomos no direito brasileiro seja nova. Apesar de não ostentarem a qualificação de agências reguladoras, não se pode olvidar que órgãos como o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os Tribunais de Contas e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, são exemplos de organismos que gozam de regimes diferenciados para o provimento de seus cargos, além de disporem de uma ampla faixa de autonomia no desempenho de suas atribuições e de uma sujeição hierárquica inexistente ou reduzida.

MARÇAL FILHO, ao estudar essas entidades próximas das agências reguladoras, por exemplo, salienta que o Tribunal de Contas tem uma configuração igual à das agências reguladoras, explicitando que tal corte poderia ter sido denominada como agência ou por quarto poder que, tanto, não feriria a sua dignidade constitucional. Ao comparar as agências com o Tribunal de Contas, explica que “a utilização da expressão agência visa a acentuar a consagração, em nível constitucional,

⁹⁵ CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras. Op. cit., p. 139.

de uma estrutura organizacional dotada de autonomia, visando a propiciar o desempenho de funções estatais com proteção contra influências políticas, econômicas e sociais, sem vínculo de subordinação hierárquica e com garantias contra o exercício das competências inerentes aos demais Poderes”.⁹⁶

A afirmação de que o Tribunal de Contas poderia ter sido chamado de quarto poder ou de agência por conta de suas características e fins comporta a possibilidade de, *a fortiori*, concluir-se que as agências reguladoras poderiam estar previstas na própria Constituição como um ente dotado de autonomia, tal como o Tribunal de Contas que lhe é similar e que, a elas, poderia ser também atribuído o título de quarto poder ou, simplesmente, de poder. De outra parte, um organismo tão importante como o Banco Central, embora encontre alguma proteção constitucional, não recebeu tratamento tão cuidadoso quanto aquele conferido à Corte de Contas. Talvez o Banco Central esteja a demandar trato similar, mas, ainda que não o tenha recebido, é notório que a sua atuação tem sido dotada de autonomia e de nenhuma intervenção governamental.

A par dessa constatação concernente ao Banco Central, são conhecidas de todos os brasileiros as diversas intervenções havidas por governos anteriores na tentativa veraz de extirpar a inflação ou simular a sua contenção em anos de eleição. Recentemente, ao final do ano de 2009, foi amplamente noticiado pela imprensa a exoneração do presidente do Banco Central da Argentina Martín Redrado comandada por decreto da presidente daquele país, Cristina Kirchner, em função de “sua recusa em usar reservas monetárias para pagar dívidas soberanas”⁹⁷, conforme comandado pela chefia do executivo. O ato de força da exoneração, porém, foi destituído pelo Judiciário argentino, que retornou ao cargo o presidente exonerado. O fato, por si só e independentemente de seu desdobramento final, demonstra que os ocupantes dos cargos centrais de poder ainda não assimilaram essa nova cultura de descentralização e que maiores garantias às autoridades autônomas reguladoras não seriam demais, seriam um reforço muitíssimo bem-vindo a um aparato que precisa dispor de absoluta

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das agências reguladoras independentes. Op.cit., p. 331.

⁹⁷ http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL1438710-9356,00-KIRCHNER+EXONERA+PRESIDENTE+DO+BANCO+CENTRAL+ARGENTINO.html (consulta em 12 de janeiro de 2010).

estabilidade e de segurança jurídica para que possa ofertá-los de igual modo à sociedade e ao mercado.

Essa autonomia é o primeiro dos elementos que merecem estudo como necessários e imprescindíveis à estabilidade e à caracterização de uma agência como ente, de fato e de direito, independente das injunções dos demais poderes do Estado.

Autonomia ou independência é imprescindível a essa espécie da autoridade denominada por agência reguladora. Como bem adverte ORTIZ, “para que a regulação possa cumprir as funções anteriormente expostas, é condição indispensável ao estabelecimento de um novo tipo de autoridade regulatória dotada de independência e estabilidade, cuja função consiste em assegurar o bom funcionamento do mercado no setores privatizados”.⁹⁸

2.1 – AUTONOMIA:

Este primeiro elemento é fundamental e, por certo, o mais polêmico, mas é necessário compreendê-lo. Ao se afirmar que as agências reguladoras têm de ser independentes – compreendida, aqui, esta independência como equivalente à autonomia –, não se está a propor a criação de um Estado dentro do próprio Estado, gerando um duelo daqueles tradicionais criatura *versus* criador. Os titulares do poder, aqueles que não querem a sua fragmentação e posterior partilha, adotarão esse discurso na tentativa de manter as atuais condições do Estado e a maior amplitude dominial possível dos poderes a ele inerentes, desvirtuando os fins dos teóricos defensores e propulsores das mudanças. O embate constante é próprio do político, mas não é o propósito da academia dele participar. Cabe a esta última o estudo da atual estrutura administrativa, verificar a sua eficiência e a legitimidade de seus atos em face dos valores e princípios constitucionais vigentes, propondo as mudanças que entender

⁹⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Op. cit., p. 642. “Para que la regulación pueda cumplir las funciones anteriormente expuestas, es condición indispensable El establecimiento de un nuevo tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar El buen funcionamiento del mercado en los sectores privatizados”. Tradução livre.

recomendáveis ou imperativas à fiel concretização de um Estado Democrático de Direito.

Esse alegado temor de alguns políticos não se justifica, Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tecer considerações sobre a independência orgânica registra, antes de qualquer outro aspecto, que “não se confunde tal independência com uma liberdade conferida ao regulador para fazer o que bem entender com o setor regulado. Sua atividade há de ser condicionada i) pelos princípios e objetivos previstos na lei que o criou; ii) pelos princípios gerais que regem a Administração pública e em especial a atividade regulatória; iii) pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa) para o setor”.⁹⁹

Ao comentar sobre as autoridades independentes e o motivo de haver o legislador italiano optado por esse modelo regulatório, ROSSI assevera que “a instituição desses organismos representou para os poderes públicos, em tal senso, uma via de fuga em razão de novos problemas de impossível gestão por intermédio dos recursos das organizações tradicionais, consciente de que tais processos não poderiam ser governados de modo eficaz pelos aparatos administrativos existentes, mas por organismos desses separados, dotados de competência técnica, cuja independência garantisse uma atuação neutra”.¹⁰⁰

A autonomia ou independência surge como garantidora da neutralidade. Trata-se de uma independência que vai além, portanto, daquela histórica, genérica e comumente outorgada às autarquias, pois não se limita ao fato de as agências serem dotadas de personalidade jurídica própria. Isso é pouco e de todo insuficiente à pretendida neutralidade.

O conteúdo dessa autonomia consignada às agências reguladoras tem maior amplitude. Conforme ensina CASSESE, “a independência ou autonomia se diferencia pelo seu conteúdo, pelo qual é uma independência ou autonomia político-

⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes..* Op. cit., p. 73.

¹⁰⁰ ROSSI, Paolo. *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 21. “*L’istituzione di questi organismi há in tal senso rappresentato per i pubblici poteri una via di fuga rispetto a nuove problematiche non gestibili con il ricorso all’organizzazione tradizionale, nella consapevolezza che tali processi non potessero essere governati in modo efficace dagli apparati amministrativi esistenti, ma da organismi da questi separati, dotati di competenze tecniche, la cui indipendenza ne garantisce il ruolo neutrale*”. Tradução livre.

administrativa, uma normativa, uma organizativa, uma financeira e uma de balanço ou contábil”.¹⁰¹

Essa autonomia conferida às agências reguladoras tem que, acima de tudo e além de atender ao princípio da descentralização administrativa, buscar, neste sentido, uma maior funcionalização do poder e legitimidade dos atos da Administração Pública. Ao Estado, para ser democrático e de direito, não basta fixar um conjunto de princípios e valores, deve assegurá-los e disponibilizar ações administrativas que visem sua implementação. Além da funcionalização, a legitimidade da atuação administrativa é, atualmente, pela teoria dos resultados, verificada não só em relação aos procedimentos e suas formalidades, mas também em referência aos fins colimados e eficientemente atingidos na consecução das necessidades e benefícios esperados pelos cidadãos em razão dos direitos que lhes foram constitucionalmente garantidos.

MOREIRA NETO, citando o fenômeno das redes nas organizações políticas e administrativas registrado por CASSESE, observa que a instituição de organizações ou entes dotados de autonomia plena em conteúdo pela Administração Pública conduz a uma transformação da estrutura organizativa do Estado, que perde o seu caráter de hierarquia piramidal e passa a apresentar-se como uma “figura organizativa em rede, que vai sendo assumida pelo Poder Público contemporâneo, para acrescentar um importante dado funcional ao morfológico, que vem a ser a passagem da atuação de subordinação à atuação de colaboração, recordando que o eminente antropólogo Bronislaw Malinowski já identificava exitosos precedentes da figura organizativa em rede, caracterizada pela independência recíproca e pela concorrência de autoridades, tal como ocorreu na Alta Idade Média e na experiência do Império Colonial Inglês”.¹⁰²

Trata-se de uma tendência global voltada à crítica do Estado hierarquizado, com órgãos e funções adstritas a uma relação de subordinação bem definida, a ser substituído pelo Estado organizado em rede, dotado de centros diversos de comando e decisórios, que mantêm entre si uma relação de coordenação e colaboração, passíveis

¹⁰¹ CASSESE, Sabino. *Le basi Del Diritto Amministrativo*. Milão: Garzanti Libri, 2000, p. 183. “*L’indipendenza o autonomia si differenzia per il suo contenuto, per cui vi è una indipendenza ou autonomia político-amministrativa, una normativa, una organizzativa, una finanziaria, una di bilancio e contabile*”. Tradução livre.

¹⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*. Op. cit., p. 55.

de controle recíproco e social, cuja legitimação não mais se concentra no momento do resultado das urnas, mas no resultado obtido no cotidiano atendimento dos anseios e necessidades de todos os membros de uma sociedade pluralista e multicultural e não só os de sua maioria. “Assim colocada a questão, pode formular-se uma primeira conclusão no sentido de que uma organização estatal democrática exige e pressupõe instituições cuja composição e funcionamentos escape ao princípio da eletividade”.¹⁰³

A autonomia é, destarte, muito mais do que o pretense e polêmico embate político. É uma questão jurídico-administrativa de suma importância à caracterização do Estado Democrático de Direito. A autonomia é mais do que uma característica ou um elemento essencial às agências reguladoras, é mais do que o simplório e repetido dizer das leis criadoras de agências reguladoras no Brasil, que lhes atribuem autonomia, sem que o texto lançado no papel encontre ressonância nas atitudes práticas decorrentes da relação entre as agências e o governo central, que, em concreto, mantém a cultura da subordinação por ainda não haver concebido e elaborado em sua rotina administrativa essa mudança de rumo da representatividade pelo voto para a representatividade democrática de direito e participativa de todos os setores da sociedade.

A autonomia é o espírito que dá ao corpo das agências reguladoras a sua essência e razão de ser. Uma agência reguladora sem autonomia de direito e de fato é como um cérebro sem inteligência, é o simples mecânico sem os meios para exercer sua função, não passa, enfim, de um teatro legal e administrativo, incapaz de eficiência e de verdade em sua atuação.

Como visto, a autonomia das agências reguladoras pode ser tomada em relação ao governo central. Todavia, não só em relação a esse, podendo, também, sob o aspecto da função exercida, ser tomada em relação a outros poderes, como o legislativo. O conceito de autonomia é sempre relativo, quer dizer, a autonomia é aferida, sempre, em relação a alguém ou a alguma coisa, o que pressupõe a existência de funções privativas às agências reguladoras e de limites à revisão de seus atos por outros organismos, pois, caso contrário, autonomia não haverá.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? *In* Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Ed. Fórum, nº 2, abr-jun/2003, p. 282.

Toma-se aqui, de empréstimo, a tentativa conceitual de autonomia jurídica para as agências reguladoras laborada por Marçal Justen Filho que, com a propriedade que lhe é peculiar, considera “como autonomia o grau de dependência jurídica reconhecida pela ordem jurídica à agência no tocante aos vínculos estruturais e funcionais por ela mantidos com outras instituições integrantes da mesma ordem”.¹⁰⁴

Com base nesses vínculos, pode-se classificar a autonomia como autonomia orgânica e autonomia funcional.

2.1.1 – Autonomia orgânica:

A autonomia orgânica ou administrativa diz respeito à estabilidade, à neutralidade e a independência da agência em referência aos outros órgãos e poderes públicos, como também aos diversos atores do mercado.

Essa autonomia tem natureza conceitual negativa. Na verdade, ser a agência reguladora dotada de autonomia orgânica significa estar infensa a ingerências de qualquer outra esfera administrativa a fim de que possa exercer sua autonomia funcional em toda a sua plenitude. Trata-se mais de uma regra proibitiva às demais pessoas e poderes, uma negação da possibilidade de intervir na administração dos entes reguladores, do que propriamente uma afirmação de suas próprias competências. Vê-se, também, que as duas espécies de autonomia estão intimamente relacionadas de forma interdependente.

De toda a sorte, a fim de assegurar essa espécie de autonomia, algumas características tornaram-se imprescindíveis às agências, tais como: i) forma de nomeação e estabilidade dos dirigentes das agências; ii) continuidade da função regulatória associada à agência; e, iii) desvinculação da administração direta e impossibilidade de controle hierárquico de seus atos.

As agências reguladoras apresentam uma composição colegiada do órgão máximo incumbido de sua direção e da produção de atos regulatórios. A nomeação

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 399.

para esse órgão colegiado pressupõe, diferentemente das nomeações para cargos em comissão de livre nomeação e exoneração do inciso II do art. 37, da Constituição Federal, uma qualificação profissional e técnica suficiente para demonstrar que o indicado é capaz de exercer com proficiência as funções de regulação de um determinado setor. Não há qualquer sentido em nomear alguém por critérios outros, sejam de ordem política, de amizade ou de afinidade, uma vez que o que se espera da agência é uma expertise absoluta em relação aos temas objeto da regulação.

Essa peculiaridade em relação a outros cargos em comissão da Administração Pública associada à prévia aprovação pelo legislativo do nome das pessoas indicadas pela chefia do executivo, redundam na adoção de um regime de mandatos. Tanto se justifica no escopo de assegurar maiores garantias aos concessionários e aos usuários à continuidade da regulação do serviço público. Esses mandatos não são de todo irrevogáveis, mas implicam a impossibilidade de os dirigentes mandatários serem exonerados de seus cargos sem um motivo justificável.

Com vistas a evitar a captura da agência por um determinado governo ou que sua atuação seja pautada por alguma espécie de envolvimento político-partidário, é salutar que os mandatos sejam por termo fixo e não coincidentes, a fim de que a composição do colegiado dirigente não ser em sua inteireza vinculada, ainda que por gratidão e reconhecimento, a um determinado governo.

É possível, assim, atingir-se um certo grau de neutralidade e de imparcialidade da agência e de seus membros em relação aos demais atores do mercado e aos políticos da vez.

Além de assegurar a estabilidade dos dirigentes da agência, esse regime garante também a estabilidade e a continuidade do exercício da função regulatória pelas agências reguladoras. Isso é de suma importância à segurança jurídica tão reclamada, principalmente, pelas concessionárias em face das incertezas que são geradas pela sucessão democrática no exercício do poder central de governo, que, invariavelmente, alterava o rumo das políticas públicas em cento e oitenta graus, sem se preocupar com custos já realizados e com os potenciais danos que uma decisão dessa espécie poderia causar à prestação de um serviço público, tudo a ser suportado pelos usuários.

A atribuição de uma personalidade jurídica própria à agência parece inerente a essa busca pela desvinculação das agências reguladoras da administração direta. Tanto, porém, não basta. Necessário se faz, também, que as decisões das agências sejam soberanas, e, por conseguinte, não estarem sujeitas a qualquer tipo de revisão hierárquica.

A cultura hierárquica e piramidal da Administração Pública, como visto, está entranhada na cultura política e até na jurídica brasileira. Assim, o denominado recurso hierárquico impróprio sempre foi considerado e estipulado na legislação para servir como um último remédio com vistas à revisão da decisão de um órgão ou ente da administração indireta pelo governo central. A admissão dessa espécie de recurso em relação a decisões proferidas por agências reguladoras acarreta, literalmente, em última instância, o fim de uma pretendida administração em rede por um sistema de coordenação e o retorno à estrutura subordinada da estrutura piramidal.

Assim é que a Advocacia Geral da União, por intermédio do Parecer nº 051-AC¹⁰⁵, aprovado pelo Advogado-Geral da União em 13 de junho de 2006, em questionamento oriundo de decisão prolatada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, posicionou-se favoravelmente ao cabimento do recurso hierárquico impróprio em relação a algumas situações, tentando preservar a estrutura subordinativa estabelecida pelos artigos 19, 20, *caput* e parágrafo único; e pelos incisos e parágrafo único do art. 26, do Decreto-lei nº 200/67. Referidos dispositivos conferem ao Ministro de Estado competente o poder de supervisão sobre “todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta” (art. 19), sendo que tal “supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério” correspondente.

O Decreto-Lei nº 200/67 é mais incisivo ainda quando se refere à supervisão das pessoas que integram a administração indireta, explicitando, nos incisos de seu art. 26, que, em relação às mesmas, “a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: i) a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da

¹⁰⁵ Processo administrativo nº 50000.029371/2004-83, procedente do Ministério dos Transportes. Interessado: Tecon Salvador S/A. Assunto: Porto de Salvador. Operadores portuários. Cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados. Consulta ao sítio eletrônico: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalh...>

entidade; ii) a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; iii) a eficiência administrativa; e, iv) a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade”.

Aquele Parecer da AGU contém ampla pesquisa legislativa e doutrinária sobre o tema do cabimento ou não de recursos hierárquicos ao órgão da administração central ao qual se encontram aquelas agências reguladoras federais vinculadas. Neste sentido, verificou com razão que as leis trataram da matéria recursal de forma assistemática. A par de nenhuma das legislações prever a possibilidade de interposição do recurso hierárquico impróprio para o seu respectivo Ministério supervisor, conclui o Parecer que, “a princípio, porém, como dito até aqui, isso não impediria seu cabimento, porque decorreria tanto da supervisão ministerial quanto do direito constitucional de petição” (art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal).

A doutrina nele colacionada é interpretada de molde a que se torne favorável a algum tipo de intervenção ou de supervisão do Ministério a que se encontrar vinculada a agência reguladora.

Citada naquele Parecer, DI PIETRO¹⁰⁶ pronuncia-se sobre a independência das agências reguladoras, afirmando-a maior em relação ao “Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias (...), estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, (...) não podendo escapar à ‘direção superior da administração federal, prevista no art. 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo ...”.

A douta administrativista não parece ter sido peremptória no sentido de entender cabível qualquer espécie de revisão dos atos da agência reguladora, na medida em que foi criada como autarquia especial. Tanto a autonomia das agências como o controle dos Ministérios a que se encontram vinculadas podem ser exercidos validamente dentro dos limites estatuídos por cada uma das leis instituidoras das agências.

Outro autor dentre os mencionados, Edmir Netto de Araújo¹⁰⁷, assinala que essa autonomia – das agências – há de ser vista como relativa ainda que pertinente a

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 369.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 126.

aspectos gerenciais, orçamentários e financeiros. A partir daí, o autor formula diversas indagações, tais como: “poderia tal entidade admitir o pessoal que desejasse, sem realizar concurso público, desrespeitando nesse caso o próprio art. 37, inciso II, da Constituição Federal? (...) Poderia conceder ou permitir (art. 175 da CF) serviços públicos sem licitação? (...) Realmente, quando se fala em autonomia, não se pode ampliar esse conceito para equipara-lo à soberania, independência ou outros sentidos inadequados para caracterizar o regime jurídico das autarquias”.

Em primeiro lugar, não há autonomia ou soberania concedida a órgão do Estado ou a este mesmo capaz de permitir uma resposta positiva a qualquer uma das indagações formuladas por ARAÚJO. O descumprimento de quaisquer das normas sobreditas implica grave vício de inconstitucionalidade e conseqüente nulidade do ato praticado. O trecho utilizado não é próprio da autonomia, que, como visto, é mais um escudo a impedir ingerência na administração e na atuação regulatória da agência do que um conjunto de competências positivas, ainda por cima com o desvario de ilegalidade contido nos exemplos fornecidos. Ao que parece, essa doutrina não justifica a revisão dos atos das agências reguladoras pela via do recurso hierárquico, demonstra, sim, que, como todo e qualquer ente ou órgão da administração direta e indireta, as agências estão sujeitas a um controle externo da legalidade de seus atos.

De igual forma, a doutrina restante citada no Parecer em comento também não examina a possibilidade da interposição ou não de recurso hierárquico impróprio. Tanto é, tão-somente, subsumido pelo parecerista, que conclui pela impossibilidade de interposição desse recurso das “decisões finalísticas das agências reguladoras nos estritos limites de suas competências legais”. No entanto, o Parecer realiza uma distinção para o fim de admitir a interposição do recurso e garantir “aos Ministros de Estado e ao Presidente da República, respectivamente, a preservação de suas competências de supervisão e de direção superior da Administração como regra geral. (...) o uso de um de seus instrumentos usuais se mostra limitado aos Ministérios supervisores, a revisão hierárquica, que permanece adstrita à regularidade administrativa das agências (atividades meio) ou à preservação das competências próprias e dos demais órgãos e entidades do Estado por elas eventualmente usurpadas”.

A conclusão parece razoável e atenta a uma legislação administrativa antiga e de raízes ditatoriais, mais do que direcionada ao pleno atendimento dos quereres do centro de poder. Porém, se observada sob a perspectiva de uma Constituição humanista, consagradora do Estado Democrático de Direito, que erige uma Administração Pública instrumental, direcionada à concretização dos anseios, expectativas e direitos dos cidadãos, e não mais voltada a si própria como senhora absoluta e única capaz de tanger o “interesse público”, outra conclusão há de ser extraída. Como visto, o critério de aferição da legitimidade da atuação administrativa, atualmente, transcende à simples observância de atendimento a requisitos de legalidade e de formalidade. Sua aferição é finalística e pressupõe o manejo funcional da norma jurídica, de forma a que esta cumpra uma finalidade e atinja um determinado resultado.

Ao criar uma agência reguladora de determinado serviço público, o Estado anuncia aos interessados em prestá-lo e à sociedade em geral, ainda que implicitamente, estar delegando a execução do serviço a particulares e que está se submetendo à regulação por intermédio de uma autoridade dotada de autonomia suficiente ao desempenho de suas atribuições com neutralidade, imparcialidade. Na medida em que, seja por interpretação de dispositivo de lei preexistente ou por criação de norma infraconstitucional, o Estado promova qualquer tipo de ingerência capaz de alterar ou de influenciar as decisões do órgão regulador independente, resta óbvio que a confiança e a boa-fé do Concessionário contratante, assim como as dos usuários do serviço, foram traídas por uma mudança diametral de regras no curso do jogo democrático, em flagrante violação a princípios constitucionais, como os da moralidade, da eficiência e ao próprio Estado Democrático de Direito. Imagine-se que o Estado, sob a alegação de contingenciamento de verbas e por bloqueio de recursos orçamentários da agência, impeça a realização de concurso público para cargos efetivos e cujos provimentos são de extrema necessidade para o normal exercício de sua atividade regulatória. Esta atitude, que, remarque-se, atinge a uma atividade-meio e não a uma atividade regulatória propriamente dita, tal como a da admissibilidade do recurso hierárquico impróprio, estaria a desnaturar a agência reguladora como tal, pois só há agência onde houver autonomia em relação ao Poder Executivo. Por tais argumentos,

na medida em que as leis das agências só prevêem recursos de suas decisões para seus próprios órgãos internos, nada dispondo sobre o cabimento ou não de recurso hierárquico impróprio, tanto está a significar que a lei foi omissa para não conter palavras inúteis, uma vez que, em prevendo o recurso, estaria a admitir uma hierarquia para com a administração direta inexistente. Se houver hierarquia, não há agência reguladora na acepção técnica da expressão, pouco importando se se trata de atividade-meio ou de atividade-fim.

A crítica à posição daqueles que entendem cabível o recurso por ausente a sua vedação nas leis criadoras das agências federais parte, também, de ARAGÃO, que destaca pouco importar “se nesta ou naquela agência está ou não expressamente excluída a interposição de recurso hierárquico impróprio. Como já visto, não é a sua vedação que deve ser expressa, mas sim a sua admissão (*pas de tutelle sans texte*)”. O autor prossegue rechaçando os argumentos referentes a recursos ou intervenções que visem readequar a orientação das agências às políticas públicas fixadas pelo órgão central, como também rebate a necessidade de recurso hierárquico por conta do que impõe o art. 5º, LV, da CF, pois há, nas leis das agências, recursos internos que possibilitam à parte interessada o exercício de seu direito de defesa. Por fim, conclui que a simples “admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes”¹⁰⁸.

MARQUES NETO é peremptório no sentido de denegar a possibilidade de controle hierárquico das agências. “Se admitida essa espécie de controle, os órgãos da Administração direta poderiam interferir permanentemente na atividade do regulador, monitorando seus atos e, sempre que tomados em contrário à vontade política existente no núcleo do poder, desfariam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento. Assim, descabem no âmbito interno ao poder executivo, tanto a tutela dos atos praticados pelo regulador, quanto a sua revisão de ofício ou mediante recurso do interessado”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit., pp. 347-349.

¹⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras. Op. cit., p. 75.

ARIÑO ORTIZ, trilha igual caminho e conclui em breve e brilhante penada que, “como é óbvio, contra os atos de uma autoridade reguladora não deve haver recurso perante o ministro, pela simples razão de que este não é superior hierárquico daquela. Só cabe, em boa lógica, o recurso perante os tribunais ordinários”.¹¹⁰

A incompatibilidade desse controle e o descabimento dessa espécie recursal são tão óbvios ao regime das agências reguladoras, que CUÉLLAR a apresenta de forma direta e que se toma, aqui, por conclusão. Afirma que “as agências reguladoras têm competência para apreciar e desenvolver processos administrativos sem controle hierárquico e sem possibilidade de recursos administrativos para a Administração Central. (...) as decisões das agências reguladoras independentes têm como limite competencial (objetivo e subjetivo) os seus próprios órgãos de direção central. Contra suas decisões não cabe a interposição de controle tutelar (ou recursos administrativos impróprios)”.¹¹¹

Na era do Estado Democrático de Direito, o poder executivo deveria buscar adequar-se a essa nova cultura e, ao invés de tentar encontrar escusas legais para promover alguma espécie de intervenção e exercer alguma influência sobre as decisões das agências reguladoras por ele próprio criadas, deveria ser o primeiro a ter uma atitude exemplar de respeito ao regulador, garantindo e zelando pela independência desses organismos frente ao legislativo, ao tribunal de contas e aos regulados. Quando entendesse como ilegal alguma de suas medidas, o executivo ou quem se sentisse lesado em algum direito valer-se-ia do poder judiciário como instância apta a dirimir a questão.

A falta de uma legislação própria e geral das agências reguladoras disciplinadora e, por vezes, considerando-se o momento presente de transição cultural político-administrativa, explicitadora prejudica e tumultua o exercício autônomo da função regulatória pelas agências. Além de ainda encontrar-se em vigor uma legislação administrativa antiga e editada durante uma conjuntura de ditadura militar, aquela cultura política acaba por favorecer conclusões como a que admite a interposição de

¹¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Op. cit. p. 644. “Como es obvio, contra los actos de una autoridad reguladora no debe haber recurso ante el ministro, por la sencilla razón de que este no es superior jerárquico de aquélla. Sólo cabe, en buena lógica, el recurso ante los tribunales ordinarios. Tradução livre.

¹¹¹ CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras*. Op. cit., pp. 64-65.

recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas por agências reguladoras, bem assim a que admite aos membros da Advocacia Geral da União o exercício privativo, salvo exceções expressas na lei, da orientação jurídico-normativa da administração direta e indireta, incluídas aí as agências, podendo, inclusive, expedir pareceres que, se aprovados e publicados juntamente com o despacho presidencial – tanto se aplica, também, aos pareceres da Consultoria Geral da União –, terá observância obrigatória por todos os entes da administração federal, a despeito de serem dotados ou não de autonomia. Trata-se de uma significativa possibilidade de o poder executivo intervir na atividade administrativa, decisória e normativa das agências reguladoras, intervenção esta que encontra respaldo legal nos artigos 4º, X; 40, *caput* e §§ 1º e 2º; e, 41, da Lei complementar nº 73/1993.

Pelos motivos acima arregimentados, não parece bastante essa legislação infraconstitucional estabelecer essa forma de controle para que se o tenha como irrefutável, pois há princípios constitucionais que operam em sentido contrário à amplitude que se quer dar a essas normas. De mais a mais, neste caso da lei complementar que organiza a Advocacia geral da União como no do Decreto-Lei nº 200/67, as leis instituidoras das agências é-lhes posterior, fixando uma autonomia de características ímpares incompatível com o regime da tutela fixado pelas leis precitadas.

Quem sai esmaecida, mais uma vez, é a propalada segurança jurídica, além dos graves prejuízos à maior eficiência, captação de investimentos, maior universalização e qualidade dos serviços públicos, resultados perseguidos pela via da regulação, uma vez que uma pluralidade de recursos processuais de duvidoso e contestado cabimento retarda o andamento e a conclusão dos processos administrativos, gerando incertezas onde deveria haver absoluta certeza.

A autonomia orgânica, desde que observados esses pressupostos até aqui examinados, confere às agências uma independência “essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos

interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado”.

Isto é, para ser bem desempenhada e atingir seus objetivos com resultados voltados à eficiência, universalização, qualidade, remuneração justa e segurança dos serviços públicos, a regulação necessita de independência bastante, cujos pressupostos são a estabilidade dos reguladores mandatários e da existência e continuidade da agência, bem como a neutralidade de sua atuação.

Essa neutralidade precisa ser melhor estudada. Para tanto, é necessária alguma explicação prévia sobre o fenômeno da captura e um melhor exame da figura da estabilidade do regulador. A captura, em ocorrendo, compromete toda a estrutura regulatória. Todavia, não é a agência que é capturada, mas sim a pessoa do regulador que a representa. Captura nada mais é do que um vício, uma espécie de desvio de finalidade dos atos produzidos pela agência reguladora, que os promove em função do interesse de uma das partes envolvidas no processo de regulação, seja o governo sejam uma, algumas ou todas as empresas prestadoras do serviço público regulado.

“Para o Professor Littlechild, o expoente de uma teoria modernista de desenho regulatório, o que era necessário era um regime de máxima transparência e de um espaço mínimo para manipulações por detrás das cenas (...).¹¹² A comparação é lapidar. A captura é um elemento que se desenvolve por detrás das cortinas e não sobre o palco à vista da platéia. Como tal, há de ser combatida, sendo a transparência e a participação popular remédios de boa eficácia à redução desse mal.

A permeabilidade da agência à sociedade e aos regulados é, pois um traço distintivo das agências em relação aos demais órgãos da Administração Pública. O processo de atuação regulatório é dialético, impondo-se à Administração franquear à participação de todos os interessados nos procedimentos pertinentes ao serviço público por ela regulado. Trata-se de uma característica que é inerente às agências reguladoras.

Interessante observar que essa permeabilidade da agência ao controle dos usuários e sua necessária convivência e abertura aos regulados prestadores de

¹¹² MORAN, Michael. The British regulatory state. Op. cit., p. 107. “For Professor Littlechild, the exponent of a modernist theory of regulatory design, what was needed was a regime of maximum transparency and minimum room for behind the scenes manipulation, (...).” Tradução livre.

serviços públicos se, por um lado, proporciona e é fundamental à transparência de sua atuação, por outro lado, favorece a captura de servidores e de dirigentes da regulação. Assim, pode-se dizer que esta permeabilidade traz o risco da captura pelo interesse dos regulados. Porém, o risco da captura é inerente à própria regulação e não ao fato de ela se dar com abertura ao diálogo com o regulado”.¹¹³

A existência de um risco é natural e não deve ser motivo para a crítica de um sistema que, se pecar, pecará por suas qualidades. De fato, essa transparência decorrente da permeabilidade das agências reduz o potencial de risco que haveria caso se comportasse como qualquer outro órgão da Administração Pública. A transparência, soa óbvio, é um fator redutor do risco de captura.

A captura da agência reguladora, porém, não ocorre só por parte dos regulados. O próprio governo central, invariavelmente, produz atos que tendem a capturar suas agências. A primeira dessas modalidades de que se vale o governo central já foi observada anteriormente, quando da tentativa de intervenção na agência ou de revisão de seus atos pela via do recurso hierárquico impróprio. Esta espécie incidiria sobre o aparato da agência como um todo, mas não se pode afastar a possibilidade de captura governamental dos membros dirigentes da agência reguladora.

A pessoa do regulador necessita, pois, de uma proteção reforçada, além de ser mister à norma criadora da agência a imposição de impedimentos funcionais e políticos aos candidatos ao cargo de regulador.

Para ser indicado, nos atuais e falhos termos das legislações em vigor que tanto não coíbe – prevê a indicação do nome pelo Presidente da República e a sua aprovação pelo Senado Federal –, o interessado tem de ser conhecido do mundo político-partidário e, por conseguinte seu currículo pessoal haverá de registrar algum tipo de relacionamento desse tipo em momento anterior ao de sua indicação e nomeação. Pureza político-partidária dos dirigentes das agências reguladoras é utópica no atual sistema. Entretanto, isso só impõe à legislação a concessão de maiores garantias à permanência desses dirigentes em seus cargos, a fim de que não fiquem presos a qualquer vínculo pretérito, ainda que de gratidão, no momento de sua atuação como reguladores.

¹¹³ MARQUES NETO, Floriano. Agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 64.

O regulador há de manter-se neutro, também, ao contato permanente com usuários e regulados derivado daquela permeabilidade, até por conta da natureza de suas atribuições e a forma pela qual deve exercê-las. Em princípio, não é exercida uma relação de subordinação, onde o regulador se sobrepõe aos interessados. A atividade do regulador é de índole consensual, o que a confere inequívoco e maior caráter democrático, e permite uma melhor aceitação pelas partes interessadas de suas decisões. O regulador não busca propriamente compor uma lide como um juiz de direito, atua, isto sim, no escopo de manter a execução do serviço público dentro dos padrões de universalização, qualidade e segurança. Assim, se para tanto é necessário aumentar uma tarifa, ele o fará, não por ser este o interesse do regulado, mas em prol do serviço público, que de tanto necessita para a manutenção daqueles padrões. Observe-se que não há um conflito de interesses entre usuários e regulados a ser julgado. É evidente que, enquanto a empresa regulada intenta maiores lucros, os usuários desejam pagar menores tarifas. Ao ouvir essas partes divergentes, o regulador não deverá pautar sua decisão sobre as razões pessoais de uma ou de outra parte, mas sim nas razões do serviço. Desta sorte, caberia a essas partes interessadas, se chamadas a se pronunciar nos autos, declinar e demonstrar os motivos pelos quais os serviços podem ser prestados por um determinado valor de tarifa, maior ou menor, para o fim de atenderem àqueles requisitos de universalidade, qualidade e segurança.

Uma terceira parte poderia figurar nesse processo acima mencionado à guisa de exemplo e referente a um aumento de tarifa: o próprio governo central. Imagine-se que, por razões políticas ou eleitorais, aos governantes no poder não interessa a majoração tarifária. De certo, a captura política da agência poderia ser objeto de alguma espécie de atuação espúria da administração central. Mais uma vez, a neutralidade apresenta-se como o ponto de equilíbrio da atuação do regulador.

Vê-se, pois, que “em muitas ocasiões a independência do regulador é justamente a do árbitro que tem que estar alijado por igual, tanto do interesse de curto prazo da empresa (a conta de resultados anual), como do dos políticos (o resultado das próximas eleições)”.¹¹⁴

¹¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Op. cit., p. 648. “En muchas ocasiones la independencia del regulador es justamente la del árbitro que tiene que estar alejado por

Diferentemente de um juiz investido de poderes jurisdicionais, o regulador não impõe o interesse de uma parte ao da outra, mas sim o interesse do serviço público regulado sobre o interesse das partes envolvidas no processo regulatório. O mandato a termo fixo e longo é-lhe primordial à conquista dessa neutralidade. A não coincidência do período de cada um dos mandatos não é uma proteção ao regulador, mas aos regulados, usuários e ao próprio serviço.

O mandato dos reguladores encontra previsão em todas as leis instituidoras de agências reguladoras, e é disciplinado pelo art. 9º da Lei nº 9.986/2000, segundo o qual os conselheiros e diretores das agências só perderão o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. A par dessa normatização expressa, essa blindagem contra a livre exoneração encontra vozes dissonantes na doutrina acerca de sua validade, em função de encerrar uma forma de provimento de cargo em comissão diversa daquela prevista no inciso II do art. 37, da CF/88. Uma dessas vozes, das mais autorizadas do Direito Público brasileiro, é justamente a de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a garantia dos mandatos dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental em que foram nomeados. Encerrado tal período governamental, independente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo”.¹¹⁵

A prevalecer a tese acima esposada, o requisito da não coincidência dos períodos dos mandatos jamais ocorrerá e perde a sua finalidade de evitar a captura do órgão regulador.

Outra parte da doutrina assim não compreende. De fato, além de as agências reguladoras não receberem, até aqui, qualquer disciplina em sede constitucional, há expressa disposição desta a respeito do provimento de cargos em comissão. Todavia, trata-se de um dispositivo de estilo em nossa história constitucional, voltada, normalmente, ao preenchimento de cargos de administração onde só há um gestor da função de direção máxima, reproduzindo em escala inferior o sistema presidencialista previsto na Constituição. Nas agências, diferentemente, o regime é colegiado. Por outro

igual, tanto del interes a corto plazo de la empresa (la cuenta de resultados anual), como de los políticos (el resultado de las próximas elecciones). Tradução livre.

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Op. cit., p. 169.

lado, os princípios constitucionais em vigor propalam um Estado brasileiro mais democrático, não no sentido do atendimento dos anseios da maioria votante que conduziu determinado governo ao poder, mas constituído como instrumento apropriado para atender a todos os membros da sociedade, no dever de promover políticas de inclusão para as minorias. Nem sempre a gestão conduzida pelo eleito pela maioria é propícia para o exercício de funções que, ao invés de implicar uma expressão de poder, tenham um conteúdo técnico-social que esteja a exigir uma formação acadêmica específica e uma capacitação profissional diversa do carisma político que o conduzira à vitória eletiva.

Ao reconhecer um déficit democrático, JUSTEN FILHO considera que as agências reguladoras podem supri-lo desde que constituídas sob fortes bases democráticas. Um desses requisitos é o reconhecimento da validade desses mandatos no direito brasileiro. “Daí se segue que a ausência de eleição popular para os membros das agências reguladoras é irrelevante para o reconhecimento de algum déficit democrático. A natureza e a função das agências reguladoras tal como se passa quanto ao Judiciário, ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas e a grande parte da organização administrativa do Estado excluem análise dessa ordem”.¹¹⁶

Vê-se, portanto, que a legitimidade dos mandatos dos reguladores deve ser encontrada no âmbito da Constituição Federal, em seus princípios, em especial o Estado Democrático de Direito. Como toda inovação, resistências políticas e doutrinárias haverá, pois são parcelas de competência até há pouco geridas pela própria Administração e, portanto, por representantes oriundos e vitoriosos no processo eleitoral. A democracia, entretanto, exige mais. Insta, para atendê-la, considerarem-se algumas funções de gestão como apropriadas a uma avaliação de mérito absolutamente neutral em sentido político e descompromissadas para com promessas de campanha, acordos partidários e da vontade da maioria. A política pública perde os seus contornos de conveniência e oportunidade, e, no dever de atender a todos da sociedade, acede à dignidade da pessoa humana.

A continuidade das políticas públicas constitui-se em outra justificativa para a legitimidade dos mandatos mais longevos do que a duração de um governo, pois

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia. Op. cit., p. 283.

asseguraria que mudanças abruptas não haveria com essa medida de limitação de poder de escolha ao mandatário do poder central.

Como acentua JUSTEN FILHO, uma das vozes defensoras da legitimidade dos mandatos outorgados aos membros diretivos das agências reguladoras, “o desafio da democracia consiste, portanto, na produção de instrumentos destinados a evitar que a preponderância absoluta da vontade popular comprometa a realização de valores essenciais. A democracia pressupõe, em inúmeras situações, a limitação da vontade da maioria e a tutela dos interesses de minorias”.¹¹⁷

O alcance da neutralidade é, por conseguinte, árduo. Novamente, as agências reguladoras padecem de uma normatização específica e apropriada às suas peculiaridades que são muitas em face da prática administrativa brasileira. A legitimação de seus institutos vem exigindo um trabalho de fundamentação doutrinária de fôlego. Num Estado herdeiro das concepções de soberania popular oriundas da revolução francesa, reconhecedora dos mandatários eleitos, resta difícil reconhecer também os denominados poderes neutrais. Dir-se-ia que, na cultura político-jurídica brasileira, tais poderes são reconhecidos apenas ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, coincidentemente aqueles que têm previsão constitucional. Nada impediria que as agências passassem à condição de ente constitucional com força neutral que, naquela, lhe fosse assegurada.

Esses organismos possuem características em comum, que, conforme registra ARAGÃO, seriam as seguintes: “(1) caráter não eletivo do provimento dos seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica das suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação hierárquica aos poderes eletivos do Estado como forma de propiciar (4) o exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade manifestada por seus representantes”.¹¹⁸

Após verificar a necessária reinvenção do Direito Administrativo para atender a essa funcionalização do Direito posto à disposição da consecução de resultados

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, O Direito das agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 357.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit., p. 442.

eficientes e alinhado a princípios de “participação democrática, pluralismo, subsidiariedade, transnacionalização, sociocapitalismo, fiscalidade competitiva, despolitização, consensualidade e governabilidade”, donde figura a agência reguladora como um desses novos organismos de natureza funcional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no que tange à consecução da governabilidade, destaca que “cabará ao Estado se concentrar no campo das *decisões políticas*, que devam ser tratadas pelos métodos decisoriais que lhe são próprios, *despolitizando*, em consequência, todas as *decisões administrativas* a seu cargo, desde que possam ser mais eficientemente tomadas com métodos decisoriais lastreados predominantemente no manejo de subsídios técnicos, como é o caso emblemático dos bancos centrais e das agências reguladoras de toda natureza, razão pela qual esse órgãos e os seus similares devem ser cada vez mais *autônomos* e *distanciados* relativamente à vida política, marcada por preferências e caprichos partidários, quando não por interesses inconfessáveis”.¹¹⁹

De concluir-se, assim, que o desempenho eficiente e legítimo das atribuições cometidas às agências reguladoras pressupõe a autonomia orgânica, a estabilidade e a neutralidade de suas atuações, não só de direito como de fato. Apesar de haver uma concordância doutrinária, ainda que relativa, quanto à presença dessas garantias e de outras vistas acima que lhes dão supedâneo, essas agências padecem de uma normatização de nível constitucional para que não reste diluída a segurança jurídica proposta quando de suas criações e que é um dos desideratos da existência das mesmas.

2.1.2 – Autonomia funcional ou administrativa:

A autonomia funcional de uma agência reguladora respeita às funções internas que lhe são conferidas para exercer sua atividade regulatória e fiscalizatória de forma independente. Sem os instrumentos apropriados, se esses meios para o desempenho

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno. Op. cit., pp. 114-116.

de suas funções não forem disponibilizados à agência reguladora, os fins por ela desejados não poderão sequer ser perseguidos, quanto mais atingidos.

Esses instrumentos devem ser deferidos à agência quando de sua criação pelo poder central, como devem ser garantidos durante a execução de suas funções. Exemplo típico é o da criação de cargos públicos no quadro de pessoal das agências. Sua autonomia não permite que a própria agência apresente projeto de lei de sua iniciativa ao Legislativo com este fim. A iniciativa desse projeto de lei seria privativa da Chefia do executivo, consoante o disposto no art. 61, § 1º, II, “a”, da CF.

Na hipótese de a direção da agência reguladora detectar a necessidade de criar novos cargos, de provimento efetivo ou em comissão, deverá pleitear ao Executivo a sua criação, enviando, àquele, um anteprojeto de lei com suas pretensões, com as razões de o desempenho da função regulatória que lhe foi cometida necessitar de um número maior de servidores para a plena obtenção de resultados.

A hipótese é factível. O dimensionamento do quadro de pessoal de uma agência inicialmente levado a efeito pelo Executivo pode demonstrar-se insuficiente na prática ou, ainda, em razão de algum incremento do objeto da regulação, ficar defasado da realidade. Num caso ou noutro, caberia à agência comunicar ao Executivo que deveria encaminhar referido projeto de lei ao Legislativo para fim de sanar o problema. E se o Executivo não o fizesse?

A falta de uma previsão constitucional que ampare as autoridades reguladoras independentes deixa o problema sem uma solução prática imediata. Haveria uma omissão do Executivo que importaria a paralisação parcial ou total do sistema regulatório, tal como já se sucedeu quando da omissão do Executivo em indicar os dirigentes das agências.

Alguns entes autônomos, porém, detêm competência constitucional para a iniciativa privada dos projetos de lei que visem a criar ou extinguir cargos nos seus quadros. O Tribunal de Contas da União pode fazê-lo com fulcro no *caput* do art. 73, com a remissão que faz às competências assinaladas aos Tribunais nos incisos e alíneas do art. 96 (inciso II, “b”); enquanto o Ministério Público dispõe de igual competência, conforme o permite o § 2º do art. 127, todos da Constituição Federal.

Nesse aspecto, nomeação de dirigentes e criação e extinção de cargos dos seus próprios quadros, as agências reguladoras são extremamente dependentes da boa vontade e da deferência do Poder Executivo. Essa limitação de sua autonomia pode comprometer o desempenho de suas atribuições e produzir algum desvio de suas decisões em razão da pressão que o poder central pode sobre elas exercer.

2.1.2.1 – Autonomia de gestão dos próprios serviços.

A autonomia de gestão dos próprios serviços é uma espécie de autonomia administrativa. Diz respeito à possibilidade de as agências reguladoras organizarem os seus próprios serviços, definindo competências, setores e áreas de atuação, celebração de contratos e convênios entre outras medidas destinadas ao funcionamento cotidiano da agência. Todavia, conforme o exemplo acima conferido, essa autonomia sofre limitações, não só aquela apontada que encontra obstáculo na própria Constituição, como outros limites porventura fixados nas respectivas leis de criação.

2.1.2.2 – Autonomia de gestão orçamentária e financeira.

A Autonomia de gestão orçamentária e financeira tem limites comuns a todos os órgãos da Administração Pública, na medida em que devem fiel observância às normas e princípios de direito financeiro fixados pela Constituição Federal e pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os recursos das agências, entretanto, deveriam estar à disposição dessas para utilização quando e onde entendessem, desde que observada a normatização pertinente. Trata-se da autonomia financeira que lhes é consagrada por lei, sem que, no entanto, exista de fato na prática administrativa das diversas esferas de governo.

É tradição administrativa brasileira que todos os recursos recolhidos em favor de órgãos da administração direta ou indireta da União sejam encaminhados para o denominado “caixa único de governo”. A partir desse recolhimento, as entidades beneficiárias podem pedir ao órgão de controle do governo a liberação e remessa para suas contas-correntes a fim de que aqueles recursos lhes sejam disponibilizados. No caso das agências, o recolhimento desses valores deveria ocorrer direto em suas próprias contas em face sua autonomia. Entretanto, além disto não ocorrer, as agências ou qualquer outro órgão da administração que solicite determinada liberação de valor a seu favor terá de esperar pela análise do órgão de controle do governo central que poderá ou não liberar a verba, de conformidade com as normas de contingenciamento de orçamento expedidas pela chefia do Executivo.

A despeito de sua ilegalidade, em especial em relação às agências reguladoras, trata-se de uma praxe administrativa vetusta, jamais contestada perante o Judiciário. Essa prática pode levar, inclusive à nefasta captura da agência pelo poder central ou mesmo à impotência do órgão regulador.

Todos os valores recolhidos a uma determinada agência reguladora devem ser realizados em depósito bancário em seu nome e a seu favor. A medida do Executivo de determinar contingenciamentos é ilegal porquanto viola norma da lei instituidora da agência, desde que tenha sido prevista a sua autonomia financeira. Além disso, a descapitalização das agências impede ou reduz a eficiência de seu funcionamento, constituindo-se numa intervenção velada de todo indevida e incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito.

O simples fato de uma agência lograr êxito em dar continuidade a seus serviços, a despeito do contingenciamento de suas verbas, não tem o condão de tornar legal o que nasceu ilegal, não se constituindo em escusa plausível para deixar-se de exigir do executivo o integral repasse das verbas recolhidas em favor daquela.

Como bem conclui MOTTA, “uma agência reguladora, que venha a funcionar como *autoridade administrativa independente*, jamais poderia sofrer nenhuma restrição na execução de seu orçamento. Desse modo, necessário seria que a lei criadora viesse

a colocar obstáculos intransponíveis – verdadeiras proibições –, para evitar a ocorrência desses fatos”.¹²⁰

3. A EXPERTISE DA AGÊNCIA: PROFISSIONALIZAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DE SEU CORPO TÉCNICO E DE SUA ALTA DIREÇÃO.

A descentralização administrativa proposta pelo governo na década de noventa do século passado tem como perspectiva uma maior adequação da Administração Pública ao conceito de eficiência, com a busca de resultados mais próximos aos anseios e expectativas dos cidadãos.

A descentralização administrativa importa, necessariamente, autonomia do ente público, enquanto a eficiência impende profissionalização do agente público. Assim, descentralização e profissionalização estão intimamente relacionadas, pois o resultado eficiente prospectado pela primeira só haverá, na medida em que os servidores do órgão autônomo forem profissionais competentes. Isto é, a descentralização administrativa tem por fim a eficiência, cuja consecução requer profissionalização.

BACELLAR FILHO dedica capítulo próprio ao tema, dada a sua relevância perante o Direito Administrativo atual. Considera que “a *profissionalização da função pública* constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes, a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não num *status* atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados”.¹²¹

Mais do que em qualquer outra esfera, a descentralização promovida com a criação de uma agência reguladora busca extrema eficiência e demanda uma

¹²⁰ MOTTA, Paulo Roberto F.. Agências reguladoras. Op. cit. p. 102.

¹²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, Reflexões sobre Direito Administrativo. Op. cit., p. 33.

qualificação profissional de relevo para o exercício tanto das funções de regulador como das dos demais servidores técnicos do órgão. Neste diapasão, ARIÑO ORTIZ ensina que a configuração dos entes reguladores deve ser realmente uma autoridade administrativa independente, desvinculada do governo central, sendo que “seus membros devem ser selecionados com base em sua preparação e capacidade, não em atenção a suas relações com as forças políticas e a maior ou menor confiança que podem suscitar nos partidos”.¹²²

O Conselho de Reforma do Estado, ao recomendar a criação das agências reguladoras, procedeu a sugestões concernentes a uma triagem mais depurada de seus futuros integrantes. Além de sugerir que o comando da agência fosse exercido por um colegiado, o Conselho sugeriu, dentre outras, que o recrutamento dos dirigentes da autarquia se desse mediante critérios que atendessem exclusivamente ao mérito e à competência profissional, vedada a representação corporativa.

Mérito e competência profissional, portanto, deveriam nortear a escolha dos dirigentes. Qualquer outra opção não faria o menor sentido, uma vez que se pretendia criar órgãos técnicos, menos burocráticos, que dominassem o setor regulado. Esse domínio técnico do setor deve ser estendido aos demais servidores da agência, pois, do contrário, sem esse conjunto de expertises, a agência não estaria apta a exercer as suas funções primordiais de natureza normativa, de composição de conflitos entre empresas reguladas e usuários e de fiscalização.

A eficiência da regulação será diretamente proporcional ao maior grau de especialização e profissionalização do regulador e demais servidores da agência.

Na medida em que uma das finalidades da instituição de uma agência reguladora é a de facilitar o acompanhamento dos constantes avanços tecnológicos, essa profissionalização não pode ser tomada como uma fotografia estanque que retrata um determinado período no tempo. A profissionalização dos dirigentes e servidores de uma agência reguladora tem de ser constante no melhor sentido da *Paidéia* dos gregos (educação continuada).

¹²²ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Op. cit., p. 644. “Sus miembros deben ser seleccionados en base a su preparación y capacidad, no en atención a sus relaciones con las fuerzas políticas y a la mayor o menor confianza que puedan suscitar en los partidos”. Tradução livre.

Este por sinal é um dos objetivos assinalados, em 1997, por uma comissão responsável pelo anteprojeto de lei de serviços econômicos na Espanha, a qual recomenda “aumentar a profissionalização, a especialização e a continuidade no tempo dos reguladores, características, todas essas, necessárias para desenvolver uma regulação adequada em setores tão complexos como os anteriormente assinalados e que, com freqüência, desbordam as capacidades técnicas específicas que razoavelmente se pode exigir no âmbito da Administração geral”.¹²³

Em face de sua enorme relevância e de sua condição de pressuposto da eficiência, a profissionalização e a maior capacitação técnica devem ser melhor explicitadas e exigidas pela própria lei, e deveria ser efetivamente cobrada, quando da indicação de membros para alguma agência reguladora seja pelo Legislativo, pelo Tribunal de Contas e, principalmente, pelo Ministério Público.

¹²³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Op. cit., p. 642. “Aumentar la profesionalización, especialización y continuidad en el tiempo de los reguladores, características todas ellas necesarias para desarrollar una regulación adecuada em sectores tan complejos como los antes señalados y que, a menudo, desbordan las capacidades técnicas específicas que razonablemente se le pueden exigir a la Administración General”. Tradução livre.

CAPÍTULO IV

FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DE SUA ATIVIDADE

1. FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

O assunto a ser tratado neste item é dos mais instigantes, dada às múltiplas facetas das funções exercidas pelas agências reguladoras e as dúvidas sobre os limites de seu exercício ou mesmo de sua viabilidade jurídica. O exercício de funções por um determinado órgão pode ser visto, em síntese, como a concretização das competências que lhe são legalmente atribuídas. Numa Administração Pública onde prevalece, ao menos culturalmente, a visão hierárquica piramidal, a qualidade e a quantidade de competências atribuídas transformam-se num sistema métrico de poder. Isto é, a questão referente ao “poder” é mais sensível a políticos e administradores do que as razões que motivaram a outorga de um feixe de funções a determinado órgão e do que os fins, ainda que de maiores eficiência e interesse público.

Essa confusão entre poder e função remonta à clássica divisão tripartite de poderes, como ficou conhecida a proposta levada a público por Montesquieu no século XVIII, em seu clássico “O Espírito das Leis”. A bem da verdade, a tripartição dá-se não em relação ao poder estatal, que é uno, mas em relação às funções, que podem ser classificadas, assim, como executiva ou administrativa, legislativa e jurisdicional. Os três poderes engendrados para o exercício dessas funções não exercem uma delas em detrimento da outra. Fazem-no com precipuidade de uma em relação às demais. O Executivo exerce a função administrativa com preponderância sobre as funções legislativa e jurisdicional, mas não deixa de exercer parcelas dessas, tanto que detém competência jurisdicional para emitir decisões administrativas concernentes a seus servidores, empresas contratadas, podendo impor-lhes sanções várias. No campo legislativo, além de deter a iniciativa privativa para iniciar o processo legislativo

referentemente a uma gama extensa de matérias, o Executivo detém competência para a edição de decretos.

A visão política, no entanto, é a do poder na acepção hierárquica que a palavra traduz. Quando essa visão percebe que as agências reguladoras são criadas no seio do Poder Executivo, dotadas de grandes parcelas de competências administrativas, normativas e jurisdicionais, incluídas aí as funções fiscalizatória e sancionatória, a reação política acaba por ser adversa e tende a frear o exercício dessas competências ou, de conformidade com a sua percepção: desses poderes, por meio da utilização de instrumentos de subordinação e de controle, como o a admissão de recursos hierárquicos impróprios, contingenciamento orçamentário ou a omissão na nomeação de seus dirigentes, como já observado no capítulo anterior.

De fato, o regime regulatório surge não exatamente em substituição a um regime preexistente, mas sim dentro dele. À evidência, o ambiente político encontrado pelas recém-instituídas agências reguladoras era e ainda é aquele preestabelecido e estruturado sobre valores e princípios que lhes são hostis. Apesar de a introdução das agências reguladoras autônomas ter sido aceita por aquele antigo regime, os motivos que a tanto conduziram ou não foram de todo bem elaborados, compreendidos e aceitos ou foram divulgados em discursos destoantes das reais concepções políticas. O fato é que os exemplos destacados ao longo deste trabalho demonstram uma inequívoca tensão, em especial entre o efetivo papel das agências reguladoras e os objetivos políticos do governo central. HARRIS E MILKIS relacionam essa tensão para com aquela interpretação do princípio da separação dos poderes e esclarecem que “essa tensão institucional, todavia, só espelha a ambigüidade constitucional quanto ao escopo legítimo de governo e separação de poderes na política americana. Como resultado dessa tensão e ambigüidade, as mudanças nos regimes regulatórios sempre levantaram questões sobre governança e a organização do regime político mais amplo”.¹²⁴

¹²⁴ HARRIS, Richard, A.; MILKIS, Sidney M.. The politics of regulatory change: a tale of two agencies. New York: Oxford University Press, 1996, p. 29. “This institutional tension, however, only mirrors the constitutional ambiguity on the legitimate scope of government and separation of powers in American politics. As a result of this tension and ambiguity, changes in regulatory regimes have always raised questions about governance and the organization of the larger political regime”. Tradução livre.

Nesse mesmo sentido, a fim de encontrar as funções próprias de uma agência ideal, MOTTA, após advertir que não irá discutir nenhuma inconstitucionalidade perante o Texto vigente, parte “do pressuposto de que uma agência reguladora de *tipo ideal* deve exercer, em simultâneo, as funções normativa, administrativa e jurisdicional, tudo para que possa, tecnicamente, bem regular um serviço público privatizado”.¹²⁵

A corroborar com a tese da agência do tipo ideal, a exercer as três espécies de funções simultaneamente, e convictos de que por vezes é salutar e vantajoso o exercício conjunto dessas funções por determinados órgãos, não de todas as funções e de forma absoluta por um único órgão ditatorial, HARRIS e MILKIS examinam os “Federalist Papers”, ensaios dos “Pais Fundadores” (Founding Fathers) dos Estados Unidos da América, que eram publicados em jornais e defendiam princípios federalistas, e que, até hoje, são utilizados como fonte primária para a interpretação constitucional norte-americana. Neles, os autores encontram fundamento para sustentar ser positivo o exercício das três funções pelos órgãos de regulação. Assim, concluem que “não parece nada apropriado censurar a burocracia regulatória por exercer ostensivamente os poderes legislativo e jurisdicional, quando cada um dos três principais ramos de governo desempenha papéis significativos na performance das três funções de governo. Mais importante, apesar de os fundadores (dos Estados Unidos da América) perceberem virtudes distintas em cada ramo, eles claramente previram uma expressão de latitude no ‘misturar’ (exercer associado) desses ramos governamentais, ou departamentos, como eles os chamavam. Interpretando Montesquieu no que tange à separação de poderes, os Papéis Federalistas de nº 47 afirmam que “o sentido querido por Montesquieu ... ascende a não mais do que isso, que onde o poder (função) integral de um departamento (poder) é exercido pelas mesmas mãos, as quais possuem o poder (função) integral de outro departamento (poder), os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos”.¹²⁶

De concluir-se que o exercício simultâneo dessa tríade de funções pelas agências reguladoras, além de lhes ser inerente, não traz consigo qualquer vício de constitucionalidade, ao menos em princípio. A lei que institui uma agência reguladora é

¹²⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Op. cit., p. 100.

¹²⁶ HARRIS, Richard, A.; MILKIS, Sidney M.. The politics of regulatory change. Op. cit., p. 30.

que pode incorrer nesse vício na hipótese, ao proceder ao elenco de competências de uma agência, atribuir-lhe funções consignadas em sede constitucional a outras entidades ou excluí-las de alguma espécie de controle externo também previsto na Constituição. À guisa de exemplificação, a lei criadora da agência não poderia autorizar seus dirigentes a conceder aumentos salariais para seu quadro e pessoal, independentemente de lei; como também não poderia excluir os atos administrativos de gestão da agência do alcance dos controles exercidos pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público.

Outras hipóteses de inconstitucionalidade derivariam da atuação em concreto da direção da agência, cujos reguladores poderiam transpor as fronteiras legais de suas competências, invadindo competência atribuída a outro órgão ou mesmo poder da federação. Há questões dúbias como a da Resolução RDC 44/2009, da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que, além de regulamentar a exposição de medicamentos ao alcance dos consumidores nas gôndolas das farmácias, proibiu-as de comercializar bebidas, alimentos e outros serviços. A ABRAFARMA – Associação Brasileira de Rede de Farmácias e Drogarias havia obtido uma liminar suspendendo os efeitos da sobredita resolução. Entretanto, a liminar foi cassada no dia 17 de fevereiro de 2010 pelo Desembargador Daniel Paes Ribeiro do Tribunal Regional Federal da primeira Região, e os efeitos da Resolução foram restaurados.

Na medida em que a ANVISA proíbe a comercialização de bebidas, serviços e alimentos pelas farmácias, estaria ela extrapolando seus limites competenciais e emitindo norma de natureza comercial, distante de seus objetivos institucionais? Por certo, a competência para editar normas de direito comercial é privativa da União Federal (art. 22, I, da CF), mas o tipo de comércio preponderante e que designa um estabelecimento como farmácia é outro, podendo haver, portanto razões consideráveis para que a agência reguladora do setor proíba o seu exercício em conjunto com aqueles outros.

A resolução dos limites das funções das agências não é simples. Nesse mesmo caso, os dados socioeconômicos também podem vir a ser levados em consideração.

Segundo a mídia eletrônica consultada¹²⁷, a venda dos produtos e serviços proibida pela ANVISA corresponde a quase um terço do total de vendas. A medida da agência, ao menos potencialmente, poderá gerar receitas menores para suportar as atuais estruturas comerciais das farmácias, com a conseqüente redução de empregos e impactos na arrecadação tributária. Entraria, neste ponto, um debate acerca da legitimidade da atuação da agência em relação ao resultado eficiente ou não. Comprometida com uma expertise, em princípio, incontestável, teria a agência, previamente à sua resolução, estudado os impactos que a medida iria ocasionar à economia e à sociedade? A ausência dessas respostas tem conduzido muitos a desfechar críticas vorazes às agências reguladoras, além de exigir seja prevista em lei a criação de uma análise de impacto regulatório – AIR, a fim de verificar a relação custo/benefício da regulação, o que será visto mais adiante.

A solução para a hipótese acima não será objeto de exame mais detido no presente contexto. O exemplo, reitere-se, teve o escopo de demonstrar a complexidade do estudo das funções das agências reguladoras, que, em pequenas medidas, podem trazer à baila grandes discussões jurídicas.

Por fim, adotou-se a denominação de função em lugar do que a doutrina tem preferido denominar por poder, exatamente para reduzir o aspecto de “poder” atribuído às agências reguladoras e que terminam por produzir concepções equivocadas sobre esses novos entes autônomos do direito brasileiro.

ARAGÃO, expoente doutrinário do tema aqui proposto, por exemplo, utiliza-se do vocábulo poder, mas não menciona dentre eles o administrativo. Segundo afirma, “as agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos e de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva”.¹²⁸

¹²⁷ Sítio eletrônico de R7 Notícias: <http://noticias.r7.com/saude/noticias/suspensao-de-liminar-proibe-venda-livre-de-alimentos-e-remedios-em-26-estados-20100218.html>. Consulta em 18 de fevereiro de 2010.

¹²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit. p. 369.

1.1 – FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.

A função administrativa das agências reguladoras decorre, como lógica, da autonomia administrativa estudada anteriormente. A capacidade para se auto-organizar e auto-gerir é essencial para a regulação e seu desejável exercício neutro e imparcial. Sem administração não há regulação.

Portanto, a função administrativa da agência é destinada à gestão coordenada de seu conjunto de servidores, seus instrumentos patrimoniais e seus recursos com o objetivo de prestar a sua atividade-fim, que é a regulação.

A função de administrar pode até mesmo ter ligação direta com o processo de regulação. Relembre-se que, dentre as recomendações do Conselho de Reforma do Estado, estava a de “vedação de decisões fundadas exclusivamente em informações trazidas pelos interessados e a faculdade do ente regulador contratar de fontes independentes o fornecimento de informações técnicas no Brasil e no exterior, assim como de consultoria externa, a critério do colegiado”. Assim, o órgão regulador, incumbido da gestão da agência pode, durante o curso de um processo regulatório, suspendê-lo para proceder a uma licitação – ou dispensá-la ou a ter por inexigível, conforme o caso – para fins de contratação de uma consultoria externa. A decisão é de natureza regulatória, mas a contratação tem natureza administrativa.

A auto-administração da agência não compõe, destarte, o processo regulatório em si. “Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações”.¹²⁹ Nesta última afirmação vê-se que a função normativa e a jurisdicional são aquelas verdadeiramente inerentes a uma regulação de verdade.

O exercício dessa função pode, porém e como visto no capítulo referente à autonomia, sofrer ingerências indevidas por via indireta. Neste sentido, referiu-se à praxe administrativa de instituir um “caixa único” do ente federado. Exemplificando, no âmbito federal, há o que se denomina por “Conta Única do Tesouro Nacional” e,

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit., p. 24.

consoante o disposto no art. 98 da Lei nº 10.707, de 30/07/2003 (LDO para 2004), a arrecadação de todas as receitas realizadas pelos órgãos, fundos, autarquias, fundações e demais entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, passaram a ser realizadas na sobredita conta única. Ou seja, a receita das agências reguladoras federais que se denominassem por “taxa”, ainda que não ostente essa natureza jurídica, passou a ser depositada em favor da União e não da agência titular da receita. As tentativas de se alterar a redação desse dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias restam, sempre, frustradas, pois, ainda que acrescido pelo Congresso Nacional um dispositivo que diga que “não serão objeto de limitação de empenho” as receitas das agências reguladoras, como houve na tramitação da LDO de 2006, o presidente da República, simplesmente, veta o referido dispositivo. Àquela oportunidade, as razões apostas ao veto declararam que “qualquer exclusão de dotações orçamentárias do cálculo da base contingenciável traz grandes dificuldades para o gerenciamento das finanças públicas no tocante ao alcance da meta de resultado primário, notadamente em função da significativa participação das despesas obrigatórias no conjunto das despesas primárias. Além disso, à medida que se reduzem, nessa base, as despesas discricionárias do Poder Executivo, aumenta proporcionalmente a participação dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União na limitação de empenho, o que poderá prejudicar o desempenho de suas funções, uma vez que, de forma geral, suas dotações destinam-se ao custeio de ações administrativas”.

Releva notar que, num momento inicial, a Presidência da República trata as agências reguladoras como propriedade sua, tanto que pode destinar suas receitas ao atendimento de prioridades suas, do governo central. Ao final, a respeitabilidade deferida aos demais Poderes e ao Ministério Público é exortada pelo Executivo, que só enxerga como importantes e significativas as funções realizadas por esses órgãos. Só essas funções são passíveis de ser prejudicadas em desempenho devido ao contingenciamento. As demais, ou podem ser prejudicadas ou pouco interessam. Seria uma deferência ou a impossibilidade de realizar os contingenciamentos *manu militari* em relação a esses órgãos?

Afinal, só foram objeto dessa deferência os órgãos que têm assento constitucional, com autonomia ali assegurada e mais, poder de iniciativa aos projetos de lei de seus interesses.

Cabe aqui, ainda, uma dificuldade constitucional a ser resolvida, pois, em sendo considerada receita fiscal, as taxas arrecadadas pelas agências reguladoras para o exercício de sua função administrativa estão sujeitas ao princípio da unidade orçamentária e vinculadas ao orçamento fiscal, que é uno, ex vi do inciso I do § 5º, do art. 165, da CF.

Além dessa dificuldade, o Poder Executivo estabelece, por via de decreto, o contingenciamento de verbas dos Ministérios e das entidades a eles vinculadas, fixando limites máximos de empenho da ordem de 40% (quarenta por cento), usualmente, não admitindo liberar as agências do mesmo, conforme visto nas razões de veto transcritas acima. Com a receita das agências depositadas em conta única de sua titularidade, é simples ao Executivo efetuar limitações à atuação administrativa das agências, retendo os valores originários de suas receitas, contingenciando-os e transferindo-os ao atendimento de prioridades fixadas por ele próprio na qualidade de poder central.

A solução para todos esses empecilhos ao exercício autônomo e independente da função regulatória não encontra remédio em leis infraconstitucionais, ou seja, não seria um projeto de lei geral das agências que os resolveria. Longe disso, pois somente alterações constitucionais poderiam dar amparo às pretensões de independência das agências.

Essa pretensão não é uma mera vaidade, pois há de se constatar que função administrativa exercida de forma autônoma e eficiente é um pressuposto indelével à boa regulação, e, sem boa regulação, não há serviço público desestatizado de boa qualidade.

1.2 – FUNÇÃO NORMATIVA.

A função normativa é, sem dúvidas, a mais intrigante e mais bem estudada por toda a doutrina.

Em capítulo precedente traçou-se a ligação do estudo das agências reguladoras para com o Direito Econômico. Viu-se que as normas desse ramo são orientadas à regulação de situações de extrema dinamicidade, que estão não só a exigir uma atuação legislativa célere, mas também dotada de conhecimentos técnicos, jurídicos e econômicos capazes de revelar um todo complexo e de buscar uma solução compatível para com essa complexidade socioeconômica. À evidência, a pluralidade encontrada num parlamento não é indicada ao trato da hipótese, seja pela falta de domínio técnico-científico seja pela morosidade que um processo legislativo haveria de impor ao debate, trâmite e resolução da questão, que, invariavelmente, seria intempestiva.

O Direito Econômico merece estudo à parte, exatamente porque suas normas acabam por introduzir uma nova lógica ao Direito Administrativo, o qual, até recentemente, era pensado como um sistema autopoietico, onde todos os princípios e normas necessários à solução de seus questionamentos poderiam ser encontrados internamente, em seu próprio sistema.

Há um problema prático a ser solucionado pela ciência jurídica, que tem de buscar meios de acelerar a produção normativa para que esta atinja seu escopo prático perante a sociedade e o mercado e não os encontra em seu órgão natural de produção: o Poder Legislativo.

Uma vez que se referiu a sistema, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann¹³⁰ vem à mente como fonte inspiradora de uma solução. Tomando-se a sua idéia de máquinas triviais e de máquinas não-triviais, onde as primeiras, quando alimentadas pelo elemento inicial do processo, dá início a operações internas – que não admite injunções externas – que dão origem a uma solução final preestabelecida e já esperada, como haveriam de querer os positivistas, até porque a busca de uma pureza jurídica como querida por Kelsen estaria a exigir um sistema fechado. As máquinas não-trivias engendram um sistema diverso, considerado como sistema aberto e pouco confiável, uma vez que, apesar de alimentadas por elementos iniciais de processo que

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; e, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). Porto Alegre: Ed. Da Universidade, 1997, p. 51.

guardam identidade entre si, podem gerar soluções diversas umas das outras, na medida em que as informações, que têm como referenciais à prolação de uma decisão adequada, são apropriadas durante o processo de conhecimento, de análise da situação fática proposta em contraste com uma série de variáveis socioeconômicas.

Numa primeira abordagem, portanto, há de se concluir por um entendimento do direito como um sistema aberto, tanto no que tange às normas de Direito Econômico como em relação à interpretação das normas constitucionais e aos demais ramos, como aquele mais adequado ao atual momento de nossa sociedade. Não se está a propor aqui uma anarquia desenfreada, mas também não se pode subtrair todos os instrumentos à Administração Pública para que possa cumprir os seus misteres perante a sociedade. De aderir-se, nesse sentido, à lição de CASSAGNE, que, após verificar as constantes mutações dinâmicas da realidade econômica, bem resumiu o problema e a solução acima propostos em relação à Administração Pública, a qual passa “a enfrentar, com freqüência, fatos de difícil apreensão jurídica, heterogêneos e complexos e que a exigência de celeridade muitas vezes imposta pela conjuntura obriga a uma flexibilidade na sua atuação que supera todo o formalismo”. CASSAGNE, mais adiante, adverte acerca dessa flexibilização de formalismos e de seus limites, pois “a flexibilidade da atuação da Administração e o seu informalismo não devem levar ao desconhecimento das garantias e direitos do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição e dos princípios gerais do Direito”.¹³¹

De igual assentir e pressentindo uma redução constante do privilégio do Legislativo para a edição de normas legais em razão da diversificação e da flexibilização da função administrativa, MOREIRA NETO identifica a tendência em admitir-se, atualmente, “fontes autônomas intraestatais, não só pelo crescente prestígio das decisões normativas das entidades menores, quanto pelo surgimento e reconhecimento de novas fontes de direito não-estatal”.¹³²

O que se tem de levar em conta é o fato de que as agências reguladoras foram criadas no intuito exato de se promover uma descentralização não só administrativa,

¹³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1995, pp. 203-204. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Op. cit., p. 91.

¹³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Op. cit., p. 117.

mas também uma descentralização legislativa no que concerne à edição de normas técnicas, o que implica dizer e concluir que o exercício da função normativa é-lhes inerente, querido e desejado pelo direito pátrio e pelos Poderes Executivo e Legislativo responsáveis pela criação desses organismos independentes. O que se questiona é se esse mesmo direito já fornece o instrumental necessário à adoção, sem questionamentos, do exercício de função normativa por entes autônomos e independentes vinculados ao Executivo.

Observe-se que tais entes foram criados dotados de autonomia administrativa. Esta autonomia é vista por MOTTA como uma garantia para o desempenho adequado e neutro de suas atribuições. Baseado em lições de Nina Ranieri, MOTTA evoca a autonomia como uma limitação que a Constituição impõe a si própria, significando “regular com normas próprias situações propositalmente não alcançadas pela lei, com a finalidade de garantir e proteger certos interesses. Na lição de Nina Ranieri, ‘a autonomia, seja pública ou privada, tem por escopo satisfazer da melhor forma os interesses para os quais é concedida. O Estado, ao fazê-lo por auto-limitação, reconhece e adota em seu sistema jurídico o direito próprio produzido pelo ente autônomo, declarando-o tão obrigatório quanto suas próprias leis”.¹³³

Há uma tendência doutrinária à aceitação da constitucionalidade do exercício a função normativa pelas agências reguladoras, ainda que tal competência não seja originária. Para MACHADO, “a posição doutrinária mais generalizada e segura assinala que as indicadas comissões e agências não têm poder regulamentar originário. (...) Outros poderes normativos derivados da Constituição podem ser entendidas como implícitas em favor de outras administrações, por exemplo quando se reconhece a sua autonomia”.¹³⁴

ROSSI menciona a função normativa e a reconhece, acentuando que “a função de produção normativa confiada à Autoridade permite, de fato, aos órgãos constitucionais de assumirem decisões mais conformes ao interesse geral, já que o

¹³³ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, pp. 168-169.

¹³⁴ MACHADO, Santiago Muñoz. *Derecho de la regulación económica*. Op. cit., p. 151. “La posición doctrinal más generalizada y segura señala que las indicadas comisiones e agencias no tienen potestad reglamentaria originaria. (...) Otras potestades normativas derivadas de la Constitución pueden entenderse implícitas en favor de otras administraciones, por ejemplo cuando se reconoce su autonomía”. Tradução livre.

regulador opera sob uma veste dúplice de organismo qualificado e experto e de meio de conexão entre o poder público e os interesses difusos da comunidade social”.¹³⁵

No Brasil, CUÉLLAR pugna pela inerência desse poder normativo às agências reguladoras, citando, na doutrina portuguesa, o Professor Vital Moreira. Examinado as lei das agências, aquela autora constata que os mesmos “prevêem, implícita ou explicitamente, a competência normativa destas entidades”.¹³⁶

Afastada a possibilidade de a função normativa ser exercida sob a forma de delegação, NEVES compreende que “a melhor solução para tal questionamento é o enquadramento da atribuição da função normativa às agências como uma deslegalização. Seria a mudança da sede normativa de determinadas matérias – da sede legislativa para outra sede normativa”.¹³⁷

Com refinado vigor, MARQUES NETO sustenta a função normativa como possibilitada pela lei às agências reguladoras cuja relação “com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes aspectos e sob controle do judiciário e do próprio legislativo) ampla margem de atuação. Atuação esta que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na Lei para serem implementados no setor regulador”.¹³⁸

Posições não tão afirmativas, porém, há no meio doutrinário. DI PIETRO não aceita com passividade essa competência normativa das agências, criticando a quantidade assustadora de normas por elas editadas, e consigna que, valendo-se do exemplo dos próprios Ministérios, que não se pode admitir no Executivo o estabelecimento de “normas inovadoras na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, punições, porque isso é privativo do legislador, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade previsto nos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição; além disso, o

¹³⁵ ROSSI, Paolo. Le Autorità di regolazione dei servizi di interessi economico generale. Op. cit., p. 161. “La funzione di promozione normative affidata all’Autorità permette, infatti, agli organi costituzionali di assumere decisioni più conformi all’interesse generale, giacché il regolatore opera nella duplice veste di organismo qualificato ed esperto e di mezzo di raccordo tra Il potere pubblico e gli interessi diffusi della comunità sociale”. Tradução livre.

¹³⁶ CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras. Op. cit., p. 57.

¹³⁷ NEVES, Rodrigo Santos. Função normativa e agências reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 122.

¹³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 108, nota de rodapé n. 87.

Congresso Nacional é titular exclusivo da competência da União para 'dispor sobre todas as matérias de competência da União', nos expressos termos do art. 48 da Constituição. Referidos órgãos administrativos também não podem regulamentar leis, porque isso é competência privativa do chefe do Poder Executivo".¹³⁹

JUSTEN FILHO elabora longas razões para contestar diversos dos argumentos propostos para justificar o poder normativo das agências. Rechaça de imediato o fato de haver lugar no direito brasileiro para o poder regulamentar geral do direito francês, aderindo ao posicionamento doutrinário de que não há fonte originária do direito além da lei. Afasta a deslegalização, suscita a inaplicabilidade das soluções encontradas no direito comparado ao direito brasileiro e discorda: da inerência do poder normativo à autonomia dos órgãos reguladores; da adoção da teoria dos sistemas e de outras propostas doutrinárias. Ao final de sua apreciação, assevera serem antigas e tradicionais as razões que permitem a edição de "normativas" por entes reguladores. Para ele, "as agências reguladoras dependem de lei para sua instituição, mas também para seu funcionamento. Os poderes a ela atribuídos deverão estar previstos em lei. A atuação normativa que se lhes pode preservar é aquela de complementar as normas legislativas, desenvolvendo os princípios, o espírito e o conteúdo das normas legais".¹⁴⁰

Ponderado, BACELLAR FILHO recomenda cautela no estudo do tema e afirma, em lições que merecem ser integralmente transcritas, revelar-se "bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que vêem na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos normativos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares a pessoas jurídicas que integram a Administração Pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação dos poderes, erigido à cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, III, da CF). (...) Concordamos com aqueles que defendem a idéia de que a natureza da competência legislativa das agências reguladoras no Brasil não retrata e nem importa em delegação de poderes legislativos. A própria concepção constitucional do ato de delegar (outorga excepcional e

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão. Franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 208.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Op. cit. pp. 483-522.

temporária) não seria compatível com a natureza jurídica das agências reguladoras”.¹⁴¹
Tem-se tal ensinamento como referência.

As considerações alicerçadas por Bacellar Filho denotam o descompasso entre o ímpeto dos que propuseram a descentralização administrativa pela via da criação das agências reguladoras e o repertório de princípios e normas constitucionais e ordinárias disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que se adote uma posição ufanista em relação às agências e dos benefícios que elas podem carrear para a Administração Pública e o sistema jurídico como um todo, há de serem reconhecidas as dificuldades que o direito posto impõe e que, por vezes, não se pode todas suplantar. No direito, assim como na vida, o ideal nem sempre é amigo do viável. Criar uma agência reguladora, conferir-lhe autonomia e determinar-lhe o exercício de função regulatória pressupõe sim o exercício de função normativa, a qual não encontraria impeditivo genérico no princípio da separação de poderes, como visto, mas sim em outras normas limitadoras do exercício dessa função, tal como as suscitadas acima por Romeu Felipe Bacellar Filho.

Uma regulação aceita por toda a doutrina conferiria maior segurança jurídica a todos os envolvidos no setor regulado, mas tanto importaria mudanças constitucionais. Ganhos haveria não só no aspecto socioeconômico, mas o sistema jurídico brasileiro tornar-se-ia mais coerente e consentâneo à realidade social, e, por conseguinte, mais inteligente, como propõe TEUBNER ao afirmar que “a solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho ‘mais inteligente’; ou seja, o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos dos sistemas envolventes”.¹⁴²

O que a doutrina tenta superar é a existência do chamado déficit democrático, que, dentro da concepção inspiradora dos textos legais brasileiros, existe em relação às agências reguladoras, senão abertamente, velado no controle da conduta e de atos tidos como de “excesso” por essas agências. Como verificado anteriormente, o membro

¹⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Op. cit., pp. 53-54.

¹⁴² TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1989, p. 162.

de Poder Legislativo e do Executivo ainda não se acostumou a uma nova realidade de enxugamento de seus poderes mediante a distribuição entre outros órgãos da Administração, que, embora dotados de autonomia, não possuem dirigentes eleitos pelo povo, o que lhes conduz a questionar a sua falta de representatividade pela ausência de mandato popular.

Nesse aspecto, salienta MOTTA, “a questão a ser verificada é se a edição de normas por órgãos e entidades cujos componentes não foram escolhidos por sufrágio possui legitimidade em um Estado Democrático de Direito onde todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido”.¹⁴³ O suprimento desse déficit já foi discutido anteriormente, ao menos em parte, pois viu-se que há outros sistemas, como os de mérito, para se atender à democracia e que lhes são muito mais apropriados do que o sufrágio universal com a imposição da lei da maioria, e que, por sinal, são utilizados por algumas instituições de nosso Estado, como os Tribunais Superiores constitucionais e os Tribunais de Contas. Especificamente em relação às agências reguladoras, deve ser acrescido o fato de o processo de regulação seguir critérios de participação ativa da população e das empresas interessadas, com influência muito maior do que aquela decorrente do voto, cujo controle e acompanhamento do parlamentar extinguem-se logo após a sua diplomação.

Tais aspectos, porém, ao que tudo indica, a doutrina está apta a superar e o tem feito brilhantemente.

A despeito de todo o debate e das dúvidas ou “certezas incongruentes” doutrinárias a respeito da função normativa das agências reguladoras, bem como da profusão de normas por elas expedidas, é interessante perceber que demandas questionando a constitucionalidade formal relativa ao exercício da função normativa por órgão do Executivo não chegaram aos Tribunais. Aliás, as empresas reguladas, comumente, cumprem as normas criadas e impostas pelas agências reguladoras sem questioná-las e, quando o fazem, suscitam motivos outros, inclusive de constitucionalidade material, sem, no entanto, imiscuírem-se no tema da constitucionalidade da competência que lhes foi atribuída por lei infraconstitucional.

¹⁴³ MOTTA, Fabrício. Função normativa da administração pública. Op. cit., p. 249.

Há uma espécie de aceitação tácita dos regulados, que parecem preferir esse sistema regulatório ao retorno a uma intervenção mais contundente por parte do Estado. De certo, por razões de complacência ou não, constitucionais ou não, essas normas advindas dos órgãos reguladores estão ingressando cotidianamente do sistema jurídico brasileiro, tornando, cada dia mais arriscado, a concretização jurisprudencial de sua inconstitucionalidade formal. Visto o sistema jurídico como uma tapeçaria fina, esses pequenos e delicados fios que as agências neles teceram com as normas que editaram, se puxados, deixaram uma vazia considerável à vista, o qual, dificilmente, será ou seria suprido pelo legislador ordinário.

Mais do que encontrar uma solução para essa questão, o propósito desse trabalho é o de identificar fragilidades no regime regulatório brasileiro e o de verificar se as agências, em sua concepção teórica doutrinária, já encontraram uma identidade definitiva no direito positivo brasileiro. O estudo da função normativa confere uma resposta negativa a essa indagação, demonstrando que essa necessita ser tratada com maior detalhamento na própria Constituição, cabendo neste momento aos juristas a máxima cautela em suas conclusões. O tema merece maior estudo e, aqui, não há espaço bastante a seu adequado desenvolvimento e à sua relevância.

1.3 – FUNÇÃO JURISDICIONAL.

De imediato, sublinhe-se, que não se pretende defender qualquer contrariedade ao art. 5º, XXXV, da CF, cujo teor permite ao Judiciário a possibilidade de julgar ou rever a decisão de qualquer processo decidido em sede administrativa. Esse dispositivo não exclui, como nenhum outro o faz, a possibilidade de parcela de função jurisdicional ser executada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A atribuição desse tipo de função às agências reguladoras dá-se por motivos peculiares. O próprio Executivo dispõe de organismos próprios para emitir decisões administrativas respeitantes a faltas funcionais de seus servidores e a procedimentos tributários (Conselhos de Contribuintes), por exemplo. Assim, em princípio, não seria

necessária a criação de uma agência reguladora para o exercício dessa função, que repita-se, não é exercida em caráter terminativo, uma vez que estará, sempre, sujeita ao controle do Judiciário.

ARIÑO ORTIZ ensina que “regular – nos diz a Real Academia – consiste em ‘medir, ajustar, ordenar algo conforme uma regra que preside o funcionamento de uma realidade’”.¹⁴⁴ O autor remete-se à definição da Academia do que vem a ser “regular”, porque considera que uma “autoridade reguladora” deve sê-lo “de verdade”. Em seguida, ele considera como fundamental o exercício de “funções arbitrais entre os distintos agentes do mercado” a esses entes reguladores.

De concluir-se, mais uma vez, que o exercício dessa jurisdição (no sentido de *juris dicere*) é necessária à configuração de uma autoridade reguladora em sua essência, sendo este o primeiro dos motivos decorrentes de sua peculiar natureza.

Na definição trazida por ARIÑO ORTIZ, a atividade regulatória tem que promover o “funcionamento de uma realidade”. Essa realidade é o momento presente do serviço público ou de alguma atividade econômica, que não podem sofrer solução de continuidade e devem ser ajustadas e ordenadas em momento imediatamente posterior à constatação de sua falta de qualidade, desequilíbrio econômico, problemas de segurança, entre outros. À decisão exige-se contemporaneidade e adequação técnica. Para tal, a jurisdição tem de ser exercida com máxima celeridade e ser proferida ou auxiliada por técnicos gabaritados. Ou seja, os excessos de formalidades e a falta de técnicos disponíveis no Judiciário aconselham a criação de uma corte administrativa específica, que possa romper com formalismos excessivos e seja apta a fornecer um julgamento neutro e permeado por critérios técnicos no trato das matérias específicas em que detém especialização. Mais uma peculiaridade se apresenta para justificar a atribuição dessa função especificamente às agências reguladoras.

ARAGÃO, com perspicácia, detecta uma dimensão diversa da função julgadora exercida pelas agências em relação da exercida pelo Poder Judiciário, pois esta última é “voltada para o passado, tendo ao revés um marcante caráter prospectivo de realização das políticas públicas cuja implementação lhes incumbe. E

¹⁴⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público. Op. cit., p. 643. “Regular – nos dice la Real Academia – consiste en medir, ajustar, ordenar conforme a una regla que preside el funcionamiento de na realidad”. Tradução livre.

conseqüentemente, mais do que visar a composição de determinado conflito inter partes, objetiva precipuamente a composição de latentes conflitos inter subsetoriais (ex.: entre determinadas categorias de consumidores, entre consumidores e concessionárias, entre estas e o Estado, etc)".¹⁴⁵

Em verdade, a atuação da agência como um todo não tem uma relação imediata para com o interesse de uma das partes do processo administrativo. A agência reguladora tem suas atenções voltadas ao serviço público regulado, tutelando interesses plurais objetivos, como universalização, qualidade com aprimoramento tecnológico e segurança dos serviços, concorrência justa, entre outras. Não figuram, dentre os interesses tutelados pela agência, interesses subjetivos de uma concessionária ou de usuários determinados. Esses interesses podem vir a ser contemplados de forma mediata, pela simples coincidência de algum deles para com aqueles interesses objetivos anteriormente mencionados.

É evidente que um interessado pode trazer – e provavelmente o fará – à apreciação da agência algum interesse pessoal com vistas a ser tutelado. Nesta hipótese, tecnicamente, caberá à agência traduzir este interesse individualizado para o serviço público regulado em si e contrastá-lo com os princípios e normas que este norteiam. Melhor explicando, imagine-se que uma associação de mulheres usuárias de transportes ferroviários apresente um pleito no escopo de ter um vagão reservado exclusivamente a elas, uma vez que a concessionária não tem meios de evitar e fiscalizar com eficácia assédios e violência mais contundentes por ela sofridos nos trens. O interesse é de um grupo determinado de usuárias, mas a reserva de um carro da composição ferroviária para usuários do sexo feminino resolveria um problema, por vezes cultural, de difícil solução e traria mais conforto, qualidade e segurança ao serviço público de transportes ferroviários. Pronto! Aí está a tradução que se há de fazer para que a agência possa tratar do interesse não em seus aspectos subjetivos, como um juiz de direito o faria, mas com a objetividade inerente à função regulatória.

Em resposta a uma reflexão feita acima, no início do trato do presente tema, sobre a possibilidade de o próprio Executivo exercer essa função por órgãos próprios, após o estudo dessas distinções iniciais, buscar uma resposta mais adequada: a falta

¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit., p. 319.

de alteridade. Na medida em que as agências tratam de interesses objetivos, podendo, inclusive desatender o interesse do Poder Concedente que a criou, julgando contra suas pretensões, sua autonomia e independência qualificam-na como órgão julgante imparcial. JUSTEN FILHO explica que, “nesse cenário, o Estado desempenhará atribuição julgadora em situação de alteridade. Será possível aludir-se à imparcialidade na acepção acima referida, em que o órgão julgador não acumula a função de julgar com a condição de titular de um dos interesses em conflito”.¹⁴⁶

A autonomia apresenta-se como pressuposto inarredável ao exercício dessa função jurisdicional, como também a independência e a imparcialidade dos diretores da agência amparados por mandato a termo fixo são garantias que se equiparam àquelas conferidas aos membros da Magistratura. Isso faz pensar numa evolução dessa função para, no futuro, imaginar-se a criação de cortes administrativas com poderes jurisdicionais conclusivos no direito brasileiro, que, hoje, constitui-se em monopólio incontestável do Judiciário.

Outra distinção interessante da jurisdição administrativa regulatória- expressão aqui proposta para definir essa função – para a jurisdição do Poder Judiciário diz respeito ao velho brocardo latino *ne procedat iudex ex officio* que, se é uma verdade para a atuação do Judiciário, que precisa ser provocado a prestar suas funções, não se aplica em relação às agências reguladoras, que têm o dever de regular o serviço permanentemente. Isto é, os próprios dirigentes da agência, na função de julgadores, podem dar início a um processo administrativo regulatório, independentemente da provocação de uma parte interessada. Poder-se-ia atualizar aquele brocardo para que contemple a “jurisdição administrativa regulatória”: *regulatio procedat ex officio*.

Mais do que julgar uma “causa” e dar provimento à pretensão deduzida em sede administrativa por uma parte – e não é este o objetivo da jurisdição administrativa regulatória – a agência reguladora prospecta uma decisão com vistas à consensualidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que “pela via da consensualidade, o Estado obtém respostas mais eficientes, mais rápidas, de menores custos e, é claro,

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 553.

mais legitimadas, para satisfazer a seus deveres legais com a sociedade com a atração de incentivos.”¹⁴⁷

Conforme a doutrina jurídica hoje prevalecente, o Estado Democrático de Direito tem como um dos elementos aptos a robustecê-lo a busca pela decisão de consenso. A função de regulador não é da de se impor sobre concessionárias e usuários, propondo soluções adequadas apenas a suas concepções pessoais ou exclusivamente técnicas. Segundo ARAGÃO, “o Estado Democrático de Direito faz com que a regulação estatal desça do pedestal, tornando-se ‘humana demasiadamente humana’. A regulação deve ser apta a produzir mudanças efetivas e concretas na realidade. Entre uma medida ideal, mas que só vai concretizar-se satisfatoriamente nas páginas do Diário Oficial, e outra, também legítima, menos gravosa, mas que, produzida em concertação com os interessados, tenha maiores chances de se efetivar, alcançando mais eficientemente as finalidades públicas colimadas, a Administração deverá, sem dúvidas, optar pela última”.¹⁴⁸

A administração consensual não põe à mesa de negociação o interesse público em si. O que se pretende com as decisões administrativas pela via consensual é não só levar ao debate público dos meios de consecução do interesse público, mas também permitir sejam desvelados todos os seus contornos, tornando-o mais palpável à Administração Pública e mais participativo às empresas e aos cidadãos, que têm uma oportunidade de pronunciar-se previamente à fixação de uma política pública. A adoção da consensualidade tem, portanto e ao menos em tese, os meios para resultados mais adequados e de maior eficiência.

As audiências públicas promovidas pelas agências reguladoras são um bom exemplo de prevenção de litígios e de administração consensual, todavia, para atenderem seus objetivos, essas audiências devem ter o cuidado de permitir ao público interessado a perfeita compreensão do que se discute, a qual, muitas vezes, resta camuflada por uma linguagem técnica exagerada, que elitiza referida audiência pública, impede a participação ativa dos interessados, e macula a decisão a ser dali extraída por carência de legitimidade.

¹⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio á obra: Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 1997, pp. 3-4.

¹⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit., p. 113.

O exemplo da audiência pública fornece mais uma distinção entre a jurisdição administrativa regulatória e a do Poder Judiciário, enquanto neste existem as chamadas condições da ação e, dentre elas, a legitimação das partes para figurar na lide é objeto de exame prévio à admissibilidade para o legítimo exercício do direito de ação, naquela, a regulatória, a legitimidade a ser apurada é a da própria decisão da agência reguladora.

Em conclusão ao tema consensualidade, MOREIRA NETO consigna ensinamentos brilhantes, acentuando que “um Estado de juridicidade plena – de legalidade, de legitimidade e de licitude – um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, devendo refletir-se em sua atuação, de modo que as ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável”.¹⁴⁹

No que tange à arbitragem e as agências reguladoras, duas observações devem ser levadas em conta. A primeira delas no sentido de que as próprias agências, no exercício de busca da precitada consensualidade deve e pode funcionar como corte arbitral. A segunda refere-se a uma tendência, ao ver deste trabalho, um tanto arriscada à desnaturação da concepção das agências como entes autônomos, neutros e imparciais.

A Lei nº 8.987/95, que disciplina as concessões e as permissões de serviços públicos, sugeria decisões consensuais ao estabelecer como cláusula essencial ao contrato (inciso XV de seu art. 23) as relativas “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, o que levava alguns a entender como permitida e sugerida a arbitragem. O art. 23 A, introduzido pela Lei nº 11.196/2005, no entanto, vai além e é explícito neste sentido ao estabelecer que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Ora, se a agência é tida como um terceiro imparcial e de que não é parte no processo regulatório, se é um ente especializado no setor objeto da regulação como

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Op. cit., p. 349.

não há nenhum outro no mercado, se ela é dotada de autonomia e foi criada para o exercício de uma função jurisdicional prévia à judicial, com vistas à busca de consensualidade e de consecução mais adequada do interesse público, qual seria o sentido de levar-se o Estado e o concessionário a uma arbitragem privada? Trata-se de solução de todo contraproducente e que caminha na contramão do Estado regulador, talvez, numa tentativa mais ousada do mercado em ter um Estado totalmente ausente da atividade econômica e sujeito a cortes igualmente privadas.

De outro lado, dizer-se que a agência reguladora pode vir a ser parte neste processo de arbitragem privada é ainda mais estranho, pois, se não é parte no contrato, se não defende um interesse próprio e se dispõe de competência jurisdicional e se essa é inerente à sua própria função, a sua sujeição a uma corte de arbitragem privada significa a desnaturação do órgão regulador como tal.

A função sancionatória, como consequência da função jurisdicional é a esta relacionada e corresponde a uma fase de execução do comando jurisdicional exarado pela própria agência reguladora. Assim, a aplicação de sanções pelo órgão regulador não deixa de ser uma continuidade do exercício da função jurisdicional.

A ausência de um tratamento constitucional do exercício dessa função como visto impede sua maior amplitude. A seriedade, a qualidade técnica e os resultados profícuos eventualmente obtidos pelas agências reguladoras no exercício dessas funções, a ser aferido nos anos que se seguirão, poderão permitir o surgimento de cortes administrativas com competência jurisdicional tal como a, atualmente, monopolizada pelo Judiciário. A possibilidade de criação dessas cortes especializadas em nível administrativo demonstraria um amadurecimento da sociedade brasileira e de seu meio político.

Do exposto, pode-se conceituar essa jurisdição administrativa regulatória como aquela desempenhada pelas agências reguladoras, sujeita à revisão judicial, com celeridade, contemporaneidade, precisão técnica, informalidade e flexibilidade para a consecução do interesse público em caráter prospectivo, podendo atuar por provocação ou de ofício, de forma preponderantemente consensual e com resultados sujeitos à aferição de sua legitimidade.

1.4 – FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA.

MORAN¹⁵⁰, examinando, historicamente, as mudanças havidas na Grã-Bretanha na década de setenta do século XX, afirma que ela liderou uma espécie de redefinição de fronteiras entre o público e o privado, por intermédio da liberalização e da privatização. De outra parte, o autor observa que, naquela década, havia mudanças propostas para a própria organização do governo, usualmente denominada por “Nova Gestão Pública”. A liberalização, a privatização e a reforma da gestão do setor público foram as três maiores bandeiras da revolução britânica. A imagem das agências reguladoras está, segundo Moran, intimamente relacionada à da passagem do Estado que se valia de seu governo para um Estado de governança. Consoante ensina, “nos campos das políticas tão diversas como as de regulação de um banco central, regulação de ambientes físicos, regulação de segurança dos alimentos e regulação da saúde e da segurança no trabalho, os governos começam a criar agências livres do controle dos partidos políticos num esforço de guiar as políticas públicas por intermédio de imperativos tecnocratas preferencialmente sobre aquelas decorrentes dos partidos, políticas majoritárias”. Extrai daí, Moran, o sentido dessas mudanças como sendo o de duas imagens poderosas e interligadas: as imagens da governança e a de um novo tipo de estado, qual seja, o estado regulador.

A atividade fiscalizatória vem, normalmente, associada à atividade regulatória, parecendo não estar incluída nesta última. Essa atividade já vinha sendo exercida pelo Executivo há muito tempo.

Confunde-se, muitas das vezes, com o exercício do poder de polícia. Nesse aspecto, ARAGÃO tratou do problema com proficiência, salientando que “o fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência (a) seja reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder

¹⁵⁰ MORAN, Michael. *The british regulatory state: high modernism and hyper-innovation*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 2-12. “In policy fields as diverse as central banking, regulation of the physical environment, regulation of food safety, regulation of health and safety at work, governments began to set agencies free from partisan political control in an effort to guide policy by technocratic imperatives rather than by the outcomes of partisan, majoritarian politics”. (p. 12- tradução livre)

Concedente, (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássico ou econômico”.¹⁵¹

A consensualidade pugnada em sede decisória também pode ser aplicada na etapa fiscalizatória. Angus Smith foi um conhecido regulador inglês do século XIX. Ao realizar uma atividade de inspeção, ele resumia dois estilos possíveis, “um como um oponente que de tudo suspeita, desejoso de encontrar o mal e pronto para impor o pior disso. O outro é aquele de um conselheiro amigável, que trata aqueles a quem visita como cavalheiros, desejoso de fazer o certo”.¹⁵²

A fiscalização é uma atividade sensível, capaz de expor negativamente o órgão administrativo responsável por sua execução, eis que sujeita a fraquezas humanas como a corrupção. Em larga escala, quando há a necessidade de um número grande de fiscais, a sua execução por terceiros deve ser levada em consideração para que não se arrisque todo um sistema regulatório, por vezes eficaz, em função do ato falho de um servidor subalterno.

Todavia, é mister que a agência reguladora tenha controle da fiscalização e a desempenhe de forma efetiva para que possa, de fato, promover os ajustes necessários ao serviço, ou seja, a fiscalização não precisa, necessariamente, ser uma atividade direcionada à imposição de sanções, mas, também, voltada ao aprimoramento do serviço público. MORAN, mais uma vez, evoca uma “tradição fixada por Angus Smith: pragmático, flexível, indulgente em casos difíceis e rigoroso quando o rigor era justificável”. O autor segue, mostrando que, ainda em 1970, na Grã-Bretanha, propunha-se um sistema fundado nessas tradições, que, parece, se seguidas com ética estrita, são mais conformes aos atuais princípios administrativos da flexibilidade e da consensualidade. Assim, assinala que aquele sistema tinha por método de conduta dos

¹⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras. Op. cit., p. 317.

¹⁵² MORAN, Michael. The british regulatory state: high modernism and hyper-innovation. Op. cit., p. 44. After a decade of working the Act, Angus Smith summarized his style of enforcement as follows (...): There are two modes of inspection, one is by a suspicious opponent, desirous of finding evil, and ready to make the most of it. The other is that of a friendly adviser, who treats those whom he visits as gentlemen desirous of doing right”. Tradução livre.

inspetores: “prevenção é melhor do que constatação, persuasão é melhor do que coerção, conselho amigável é melhor do que a mão pesada da lei”.¹⁵³

Adequada ao moderno modelo regulatório, destituída de seu usual constrangimento e truculência, a fiscalização proativa é essencial à manutenção da qualidade e, principalmente, à segurança e ao aprimoramento do serviço público.

2. CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

O tema controle das agências reguladoras é dos mais sensíveis aos reguladores. Aparentemente, encerra em si próprio uma antinomia, afinal, busca-se estabelecer meios de controle de uma entidade dotada de autonomia e independência. Supostamente, controle não deveria haver onde independência houvesse. Não é bem assim. A legitimidade democrática das agências, com suas características tão peculiares, só pode ser pensada na medida em que seus atos normativos e decisórios sejam absolutamente motivados e transparentes, admitam ampla participação popular e das empresas interessadas e atendam aos princípios e normas constitucionais pertinentes. Numa Constituição denominada por cidadã, como a brasileira de 1988, um órgão público dotado de autonomia só alcançará legitimidade se for erigido sobre tais princípios para poder receber, igualmente, a alcunha de agência reguladora cidadã.

Essa legitimidade tem por conteúdo no atual pós-modernismo democrático, além da antiga investidura legítima, o legítimo exercício do poder e o resultado legítimo. Após enunciar esses conteúdos da legitimidade, MOREIRA NETO verifica seu impacto sobre o conceito de democracia, lecionando que “para tornar efetiva essa tríplice legitimação estatal referida a seus agentes, o próprio conceito de democracia se transformaria, passando de uma acepção nada mais que formal a uma acepção material, com a

¹⁵³ MORAN, Michael. Idem, p. 63. “(...) the tradition set by Angus Smith: pragmatic, flexible, forbearing in difficult cases, strict where strictness was justified. (...) Prevention rather than detection, persuasion rather than coercion, friendly advice rather than the heavy hand of the law – these are characteristic ways in which enforcement inspectors behave”. Tradução livre.

introdução de três robustos princípios, aos poucos explícita ou implicitamente constitucionalizados: o da participação, o da eficiência e o do controle (...).¹⁵⁴

A democracia não reside numa independência constituída numa carta-branca à atuação desses novos entes reguladores, mas sim na sua humilde submissão aos sistemas de controle.

O primeiro desses há de ser um controle preventivo e revisional interno, realizado por órgãos internos das próprias agências.

O controle externo seria aquele realizado pelo Executivo, pelo Legislativo, pela sociedade, pelo ministério Público e pelo Tribunal de Contas.

Todos são fundamentais á legitimidade das agências e, ao contrário de subtrair, agregam e reconhecem a autonomia desses órgãos reguladores. De ver-se, pois, como cada um deles deve ser executado e quais os seus limites.

2.1 – CONTROLE INTERNO: OUVIDORIA, CONTROLE FINANCEIRO E PROCURADORIA-GERAL DA AGÊNCIA.

A própria agência reguladora deve instituir meios internos de controle. O primeiro dele consistente nas providências administrativas inerentes mesmo às funções dos dirigentes da agência. Por serem pessoas dotadas de alto grau de conhecimento, como é de se pressupor pelas funções técnico-científicas para as quais foram nomeados, esses dirigentes são diferentes de outros da Administração Pública cujo critério de nomeação não atendeu a requisitos de notoriedade e especialização. Seu esclarecimento confere-lhes maior responsabilidade em suas ações.

Outro órgão interno ao qual se cometem funções de controle é o da ouvidoria. A figura do Ouvidor equivale à do Ombudsman, instituída na Suécia no ano de 1809, como uma via pela qual o cidadão se comunicava com o Estado, postulando direitos, fazendo sugestões e reivindicando seus direitos.

¹⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Op. cit, p. 21.

JUSTEN FILHO entende a figura do que denomina por “defensor da comunidade” (ombudsman), como de imperiosa adoção dentro do organograma da agência reguladora, com “competências de fiscalização interna e garantida a autonomia contra injunções provenientes da própria entidade. (...) Será a via de comunicação com a comunidade. Deverá estar disponível permanentemente para receber queixas e reclamações contra as ações e omissões da agência e dos setores regulados”.¹⁵⁵

Além do controle, a figura do ouvidor consagra também o princípio da participação, que maior legitimidade democrática confere à agência reguladora.

Esse ouvidor, porém, há de ser dotado de garantias similares às dos dirigentes da agência, pois o cumprimento de sua missão exige neutralidade e, para tanto, sua autonomia em relação aos dirigentes e permanência na função devem ser garantidos.

A extensão da função do ouvidor é bem enunciada em conceito do Professor Caio Tácito que o afirma como “um Comissário Parlamentar, escolhido pelo Poder Legislativo, com atribuições especiais de acompanhar e fiscalizar a regularidade da administração civil ou militar, apreciando queixas que lhe sejam encaminhadas ou realizando inspeções espontâneas dos serviços públicos. Os seus poderes são limitados, não exercendo competências anulatórias, nem disciplinar ou criminal, mas segundo o depoimento dos autores, a sua advertência ou a iniciativa de processos penais contribui expressivamente para a contenção dos abusos do poder administrativo”.¹⁵⁶

A literatura restringe-se à figura do ouvidor como órgão de controle interno. Todavia, num órgão gerido por um colegiado especializado, de múltiplas atividades, que gere recursos próprios e demanda alto grau de desenvolvimento jurídico, tudo indica que o órgão de controle das agências reguladoras deveria ser dotado de maior consistência.

Com relação a seus gastos, considerando a sua autonomia administrativa, que implicaria poder realizar suas próprias despesas sem o prévio consentimento do órgão de controle central do Estado, exercendo necessariamente o controle e a competência para gerar a sua folha de pagamentos, por exemplo, a agência reguladora deveria estar

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 587.

¹⁵⁶ TÁCITO, Caio. *Apud* LEITE, Celso Barroso. Ombudsman: corregedor administrativo. Rio de Janeiro: Zahar Ed., p. 26.

controlada por um órgão interno de controle, o qual haveria de gozar de autonomia e da garantia de não poder ser exonerado sem motivação de incompetência técnica.

No âmbito jurídico, a agência deveria ter nomeado para seus quadros um procurador-geral, com iguais garantias funcionais, que pudesse emitir pareceres jurídicos prévios sobre os processos regulatórios e formasse com aqueles outros dois órgãos previamente mencionados uma tríade função de controle.

Não se confunda essa procuradoria-geral da agência com a procuradoria do ente público que a criou. É até possível que cargo dessa procuradoria seja exercido por um membro, por exemplo, da Advocacia Geral da União. Todavia, o mesmo deveria ser cedido àquele órgão e atuar na qualidade de seu procurador, pois, na hipótese de atuar como procurador do ente federado titular do serviço, estará a exercer uma espécie de controle hierárquico indevido no corpo da agência reguladora.

Esse tríplice controle exercido pela ouvidoria, pela procuradoria-geral da agência e pelo órgão de controle interno, asseguraria à agência uma reputação mais ilibada e ofereceria a seus dirigentes uma segurança maior contra eventuais desvios que poderiam ocorrer nesses setores caso fossem passíveis de manipulação externa e de captura.

2.2 – CONTROLE EXTERNO.

O controle externo a ser estudado a partir desse instante, relaciona-se àquele exercido por organismos estranhos ao aparato regulatório, isto é, aquele efetuado pela sociedade, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pelo Tribunal de Contas, pelo Ministério Público.

Impende verificar-se a sua viabilidade e a sua extensão, o que se fará a seguir.

2.2.1 – Controle social.

A participação mais efetiva do cidadão na administração da coisa pública, sem dúvida, confere maior caráter democrático à implantação de políticas públicas e à sua gestão. A Administração torna-se capaz de resultados mais efetivos relacionados ao interesse público e sua atuação ascende em inequívoca legitimidade.

Como bem registra LEHFELD, “em um Estado Democrático de Direito, a lei, resultado legítimo da vontade do povo, como primeira forma de controle formal social, não mais se mostra suficiente para atender às necessidades e aspirações da sociedade. Esse diálogo com o Estado deve ser ampliado, com a lapidação de outros canais de comunicação. A finalidade desse alargamento da articulação entre sociedade e Estado não se reduz à tutela dos direitos dos administrados, mas também na própria formulação de políticas públicas com ampla participação de vários segmentos sociais”.¹⁵⁷

Esse canal de comunicação foi ampliado pela própria Constituição Federal, que, consoante o disposto nos incisos XXXIII e XXXIV, de seu art. 5º, admitiu tanto o direito de informação como o direito de petição para que o cidadão pudesse exigir o primeiro e realizar uma comunicação por intermédio do segundo perante os diversos órgãos da Administração Pública.

Cuida-se de uma regra geral de garantias constitucionais, porém, aplicáveis às agências reguladoras que têm o dever de proporcioná-los aos interessados, quando a tanto forem instadas.

Além dessas formas genéricas de participação, as leis criadoras das diversas agências reguladoras prevêm a realização de audiências públicas e de consultas ao público.

Essa participação, entretanto, só não pode vir a ser ofuscada por meios oblíquos de afastamento do público leigo. Como visto precedentemente, a linguagem técnica dos editais e utilizada no momento da audiência ou da consulta devem ser devidamente traduzidas ao interessado leigo para sua total compreensão, sob pena de o ato de

¹⁵⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. Controle das agências reguladoras. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 291.

publicidade legalmente exigido ser considerado nulo por não ter atingido os fins desejados e, por conseguinte, ser destituído de legitimidade.

Uma das exigências dos cidadãos às agências é a da existência efetiva do ouvidor, que, conforme assinalado, é o canal de comunicação adequado entre o órgão regulador e o cidadão.

2.2.2 – Controle pelo Poder Executivo.

No Brasil, essa passagem para o Estado regulador foi expressa no próprio Plano Diretor da Reforma do Estado capitaneado pelo ex-Ministro da Administração e Reforma do Estado Bresser Pereira, que previa uma redefinição do papel do Estado, subtraindo de suas funções a de responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela produção de bens e serviços por seu próprio intermédio. Concluía, que, “deste modo, o Estado reduz o seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor ou promotor destes”.

O controle das agências reguladoras pelo Poder Executivo é o único que, ao que parece, não deve ser prestigiado pela lei e pela doutrina com o fervor deferido aos demais, sob pena de subverter-se a lógica regulatória. Afinal, a idéia de criação da agência é a de estabelecer uma pessoa dotada de autonomia, exatamente, em relação àquele que a criou. Do contrário, como poderia uma agência reguladora funcionar como fiel da balança entre aquele Poder concedente e as empresas reguladas? A imparcialidade requerida para essa atuação estaria inexoravelmente rompida.

Diferentemente do controle, o dever de informar ao Executivo a respeito da implantação de suas políticas públicas é inerente à regulação. Trata-se de uma espécie de controle a ser admitido, pois, diferentemente dos demais pretendidos pelo Poder Executivo, este não implica qualquer ingerência na atividade regulatória. Acaso o Executivo verifique que os reguladores não estão cumprindo a sua missão ou se estão desviando das políticas públicas outorgadas à sua execução, poderá o mesmo adotar os procedimentos legais cabíveis para o afastamento daqueles reguladores.

Essa hipótese não configura um controle ostensivo do executivo sobre a agência, mas traduziria uma idéia de supervisão de seus próprios interesses, que é aceita, inclusive, por MACHADO, que a admite com fulcro na teoria da unidade do Executivo. “O Presidente tem poderes de nomeação das autoridades das agências, e também ostenta um poder de supervisão sobre estas últimas, cujo alcance é uma questão continuamente debatida”.¹⁵⁸

SUNDFELD considera que “alguma espécie de ligação entre o Executivo e a agência é imposta pela Constituição Brasileira, pois tem de haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas (CF, art. 84, II, e 87, parágrafo único, I). O Presidente da República e os Ministros têm de realizar a supervisão dos diferentes órgãos e dos entes da Administração Indireta, os quais, portanto, não podem funcionar como se fossem ‘Estados independentes’, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir”.¹⁵⁹

Essa intervenção, porém, ainda que viável em tese, não pode redundar em prejuízo à atividade regulatória. Outros meios, ainda que indiretos, mas invasivos da competência e, portanto, violadores da autonomia imprescindível às agências reguladoras vêm sendo tentados pela chefia do Executivo, tais como a sujeição da consultoria jurídica desses órgãos à Procuradoria Geral vinculada ao Executivo ou a celebração de contratos de gestão, além do já estudado contingenciamento orçamentário. Estes últimos parecem produzir uma impressão contrária, pois, em tese, são instrumentos passíveis de ampliar a autonomia dos órgãos públicos que os celebrarem na forma do § 8º do art. 37, da CF. Todavia, sua celebração, ao que tudo indica, é inútil em relação a órgãos que já nascem legalmente dotados de autonomia e que, portanto, não necessitam de sua ampliação. O efeito do contrato de gestão em relação às agências reguladoras é exatamente o contrário do que é pretendido pelo instrumento, pois, como a autonomia conquistada contratualmente fica sujeita à

¹⁵⁸ MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e Instrumentos de la regulación económica. Op. cit., p. 147. “El Presidente tiene poderes de nombramiento de las autoridades de las agencias, y también ostenta un poder de supervisión sobre estas últimas, cuyo alcance es una cuestión continuamente debatida”. Tradução livre.

¹⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e regulação estatal. In Direito Administrativo Econômico. Carlos Ari Sundfeld (Org). São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, pp. 26-27.

verificação de desempenho e da consecução de metas, o controle administrativo do órgão acaba por ser possibilitado ao Executivo. Desta forma, este instrumento não é adequado às agências reguladoras, eis que dele não necessitam para fins de conquista, ampliação ou manutenção de sua autonomia.

Em sentido contrário à viabilidade do controle pela via do contrato de gestão, SOUTO, compreende que “os Ministérios e Secretarias exercem sobre os órgãos de sua estrutura administrativa um controle interno, utilizando-se da hierarquia (controle por subordinação) e sobre as pessoas da Administração Indireta (controle externo e por vinculação) um controle finalístico (supervisão ou tutela), podendo ser instrumentalizado em contrato de gestão. A este último ficam sujeitas as agências reguladoras, já que, como dito, a independência não afasta a incidência da norma constitucional que as submete à direção superior do chefe do Poder Executivo”.¹⁶⁰

De toda a sorte, o Executivo exerce forte influência, pois a indicação dos membros das agências, invariavelmente, lhe compete. O que se não pode admitir é a continuidade dessa influência após a indicação.

Não se irá, aqui, tecer maiores considerações sobre o tema que merece estudo científico à parte. No mais, a interação entre a agência e o Executivo foi objeto de extenso estudo ao se tratar da autonomia desses entes reguladores.

2.2.3 – Controle pelo Poder Legislativo.

Novamente, na qualidade de Poder, cabe inicialmente ao Legislativo, como ao Executivo, reconhecer a autonomia da agência e respeitar a sua atuação sem interferências, a não ser que se suceda alguma das hipóteses legalmente previstas para a aplicação de uma dura medida de intervenção.

Nada impede que a legislação preveja a indicação alternada de membros pelo Legislativo e pelo Executivo, como também é certo que os nomes indicados por este

¹⁶⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, p. 347.

último poder têm de ser previamente aprovados por aquele poder para que possam vir a ser posteriormente nomeados.

Essa competência já se constitui numa modalidade de intervenção prévia, pois o Legislativo pode formar um juízo de valor prévio sobre a formação política do candidato indicado e, com base nela, aprovar ou não a indicação.

Uma grave modalidade de intervenção do Legislativo reside na possibilidade de um de seus membros apresentar projeto de lei que tenha por objeto matéria essencialmente técnica já normatizada pela própria agência no exercício de sua função normativa. O projeto de lei pode até reproduzir os termos da resolução normativa do órgão regulador, mas, idêntico ou contrário em termos, significa uma forma de intervenção indireta, uma vez que engessa um comando de natureza técnica que poderia ser revisto pela agência em situação posterior, além de, eventualmente, ampliar o seu alcance subjetivo, eis que a decisão da agência pode ser direcionada a uma empresa concessionária, enquanto a lei é dotada, sempre, de comandos genéricos. Esse tipo de atuação, se houver, deve ser reprimido pelos Tribunais, pois não se trata de mera questão de hierarquia entre lei e ato normativo de um órgão da Administração Pública, mas sim de um simulacro travestido de lei, uma intervenção e uma usurpação de competência indevida.

Aliás, a criação da agência reguladora advém, dentre outros motivos, do reconhecimento pelo próprio Poder Legislativo de suas dificuldades e limitações em editar leis que envolvam conhecimentos técnicos ou científicos elaborados. SOUTO bem adverte que “O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos a editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento do mercado tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a freqüente necessidade de movimentação do Poder Legislativo”.¹⁶¹

¹⁶¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 46

Não se pode olvidar a competência do Legislativo para, na forma do inciso X do art. 49, da CF, “fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

O controle há de ser compreendido em termos, como aquele atribuído ao Executivo. Não pode, é claro, alterar ou conduzir processos regulatórios. Todavia, ao Legislativo são outorgados poderes de supervisão muito relevantes, não podendo a agência exonerar-se de prestar toda e qualquer informação solicitada, inclusive as de caráter técnico-científico e os motivos que a conduziram a adotar uma dentre várias opções técnicas viáveis. JUSTEN FILHO é taxativo neste sentido e a ele assiste razão ao afirmar que “o controle parlamentar pode versar de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvada a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas”.¹⁶²

De recordar-se que o Poder Legislativo dispõe de um instrumento poderoso de pressão e de intervenção nas agências reguladoras: as comissões parlamentares de inquérito. Importa que o uso dessas CPI's seja feita em estrita observância ao que dispõe o § 3º do art. 58, da CF, pois o abuso de sua abertura com a convocação de membros da agência reguladora e a utilização de poderes de investigação próprios de autoridade judicial pode ocasionar graves danos à confiabilidade do sistema político brasileiro como um todo e, principalmente, no sistema regulatório com o afastamento e perda de investimentos, nacionais ou estrangeiros, em prejuízo da economia, do serviço público e do cidadão brasileiro.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Op. cit., p. 588.

2.2.4 – Controle pelo Poder Judiciário.

Essa modalidade de controle, o exercido pelo Judiciário, difere dos demais em grau de importância para as conclusões deste trabalho. Conquanto o controle exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo possam ultrapassar limites que implicariam desnaturaçãõ da agência reguladora pela fluidez e fragilidade de sua autonomia, aquele exercido pelo Judiciário não importa qualquer consequência do gênero. Este controle pode ser devido ou não, razoável ou não, porém, todos aqueles situados em território brasileiro, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, embora detentores de autonomia e independência para gerir seus próprios interesses e desígnios, estão sujeitos a sofrer limitações a suas pretensões em razão de uma decisão judicial que tanto lhes haja imposto um determinado tribunal.

A agência autônoma surge ao mesmo tempo em que advém uma tendência do Judiciário a quebrar a outrora solidez impenetrável do mérito do ato administrativo. O fenômeno é identificado por MOREIRA NETO que assinala que “essa expansão do controle, assim ampliado para se tornar também prospectivo, tanto em sede política, quanto em sede jurídica, registra notável empenho no aprofundamento cada vez mais intenso dos judiciários no controle das políticas públicas, nele compreendida a da eficiência e a da economicidade de sua formulação, de sua execução e, sobretudo, da legitimidade de seus resultados, abrangendo, assim, todo seu espectro temporal e todos os seus desdobramentos prováveis”.¹⁶³

Essa possibilidade de melhor investigar e decidir sobre as políticas públicas permite ao Judiciário uma capacidade de ingerência na Administração Pública nunca antes havida no direito brasileiro. Assim, em princípio, as decisões das agências, ainda que de natureza técnico-científica e ainda que tenham sido proferidas em processo administrativo regulatório, podem ser objeto de exame e revisão pelo Poder Judiciário, cabe a este, como será visto, reconhecer a agência como instituição e respeitar, a seu

¹⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Op. cit., p.142.

alvedrio, limites éticos para não fazer tábua rasa de decisões administrativas proferidas com rigor técnico e cuidado jurídico.

Esse questionamento quanto à extensão do controle judicial foi amplamente discutido no direito norte-americano. GUERRA observa, “como dito, pelo *judicial review* estadunidense, resta claro que o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores”.¹⁶⁴ Tanto lá como cá, o problema de fundo é o mesmo, pois o Judiciário norte-americano detém poderes bastantes a mudar o inteiro teor da decisão administrativa. Destarte, interessa saber como o impasse foi resolvido pelos vizinhos do hemisfério norte.

BARROSO constrói advertência próxima à acima laborada, enunciando, de forma lapidar, que, “no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismos”.¹⁶⁵

Essa autocontenção do Judiciário citada por BARROSO faz-se presente de forma razoável na decisão proferida por tribunal norte-americano no caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* [467 US 837 (1984), citada anteriormente por GUERRA.

Essa decisão é didática. Em síntese, o tribunal decidiu que o Judiciário deve ser deferente para com as decisões proferidas pelas agências reguladoras que o tenham sido feitas com base numa interpretação das normas e tenham chegado a um resultado possível e razoável. Isto é, se o procedimento administrativo obedeceu rigorosamente ao princípio do devido processo legal, assegurado o amplo direito de defesa das partes e se a decisão proferida não cometeu alguma espécie de erro crasso de direito material

¹⁶⁴ GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 329.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In revista de Direito Administrativo, n. 229, Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 2002, p. 306.

ou de avaliação técnica, não há por que se deva alterá-la em homenagem ao conhecimento técnico-científico ostentado por aquelas agências.

De outra parte, a mesma decisão tratou também, com acuidade, das soluções prolatadas pela agência que tenham decorrido não da aplicação de critérios técnico-científicos, mas da mera interpretação, ou seja, as que tomam por base e fundamento a vontade da lei, para o que as agências, a toda prova, não dispõem de expertise.

MACHADO bem sintetiza essa diferenciação ao observar que os tribunais são deferentes para com as agências reguladoras no pleno exercício de sua função regulatória. Porém, não o são quando se vêm diante da hipótese de decisões decorrentes de mera interpretação da lei, que sejam plainly erroneous or inconsistent with the regulation, conforme decidido no caso *Bowles v. Seminole Rock & San Co.* 325 US 410 (1945). Conclui MACHADO, em longa abordagem, que “a jurisprudência do Tribunal Supremo considerou a relevância das decisões de caráter político, que identifica como aquelas que as agências determinam se uma regulação é necessária ou desejável e, em tal caso, que nível e forma de regulação é o apropriado. Por exemplo, quando a agência de meio ambiente decide o nível de poluição que se pode permitir aos emissores, está se adotando uma decisão política. Quando a mesma agência decide se tem autoridade para ocupar-se de um tema, por exemplo, a regulação da poluição por fumo de tabaco nos estabelecimentos, está adotando decisões de interpretação das normas, Sem embargo, quando decide o nível de ventilação que tem que ser requerido quando se permite fumar, retorna a uma decisão do tipo político. Quando se trata de uma *policy decision*, a jurisprudência aplica o *arbitrary and capricious test*, que exige às agências que sua decisão esteja baseada na consideração de fatores relevantes, sem incorrer num erro claro de avaliação e utilizando um standard legal correto”.¹⁶⁶

¹⁶⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e Instrumentos jurídicos de la regulación económica. Op. cit., pp. 164-165. “la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha planteado extensamente el problema de las decisiones de carater politico, que identifica como aquellas que lãs agencias determinan si una regulaci3n es necesaria o deseable y en tal caso que nivel y forma de regulaci3n es el apropiado. Por ejemplo, cuando la Agencia Del Medio Ambiente decide el nivel de poluci3n que se puede permitir a los emissores est3 adoptando una decisi3n pol3tica. Cuando la misma Agencia decide si tiene autoridad para ocuparse de um tema, por ejemplo, la regulaci3n de la poluci3n por humo de tabaco em los establecimientos, est3 adoptando decisiones de interpretaci3n de lãs normas. Sin embargo, cuando decide El nivel de ventilaci3n que tiene que ser requaerido cuando se permite fumar, est3 volviendo a una decisi3n de tipo pol3tico. Cuando se trata de uma ‘policy decision’ la jurisprudencia aplica el ‘arbitrary

2.2.5 – O Controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas.

Apesar de reunidas num único item, essas espécies de controle são bem distintas, a despeito de ambas essas instituições constituírem-se em organismos constitucionais dotados de autonomia, sem que tanto as tenha erigido à condição de Poder. Essa a similitude vislumbrada entre as mesmas.

Releva notar que a atuação do Ministério Público a partir da Carta de 1988 é de uma latitude ímpar no direito brasileiro. A instituição ascendeu em importância na vida do cidadão brasileiro a partir do momento em que se lhe deram instrumentos de atuação garantidos pela própria Constituição Federal. Isso poderia redundar na conclusão equivocada de que uma instituição só é efetiva a partir do momento em que ascende à condição de ente constitucional. À evidência, tal fato permite a uma instituição crescer em importância. Porém, é a sua respeitabilidade e a sua atuação ética com a obtenção de resultados que demonstrará o quão efetiva ela é como instituição, compondo a base e sustentando os pilares da sociedade brasileira.

O instrumento fundamental de que se valeram tanto Ministério Público como os Tribunais de Contas para uma atuação mais efetiva foi a autonomia. Esta, sim, o grande diferencial que, usado de forma ética e voltado aos fins públicos inerentes a cada qual, permitiram àquelas instituições exercer seus misteres públicos com proficiência.

As agências reguladoras também têm seus misteres públicos, também necessitam consolidar-se como instituição, mas, há de se reconhecer, seu pequeno tempo de existência perante o direito positivo brasileiro ainda não as solidificaram perante essa sociedade, que nelas ainda não identificaram o caráter institucional já conquistado ao longo dos anos pelo Ministério Público e pelas Cortes de Contas.

and capricious test', que exige a las agencias que su decisión este basada em la 'consideración de factores relevantes' sin incurrir em um claro error de valoración y utilizando um estándar legal correcto".
Tradução livre.

Outra similitude entre essas espécies de controle é o seu caráter irresistível. O Ministério Público exerce-o com fulcro em comandos constitucionais imperativos contra os quais a oposição é descabida. O art. 129 da CF, por exemplo, permite-lhe requisitar informações a qualquer autoridade, abrir inquérito civil e propor a ação civil pública.

Ainda que dispusessem de autonomia em sede constitucional, as agências reguladoras não teriam como resistir ao controle do *Parquet*.

O controle exercido pelos Tribunais de Contas tem sido objeto de debates, diversamente do que se opera em relação ao Ministério Público.

ARAGÃO assinala que “o problema se coloca, não no controle das atividades-meio, que geram despesas ao Erário, mas sim no controle das atividades-fim das agências reguladoras, mormente das de serviço público. Em outras palavras, podem os Tribunais de Contas controlar os atos de regulação que as agências expedem sobre os respectivos setores regulados? Mais específica e exemplificativamente, podem controlar a autorização de aumento da tarifa ou do re-equilíbrio econômico-financeiro de determinada concessão? Podem controlar uma fiscalização ineficiente sobre as concessionárias?”¹⁶⁷

O texto transcrito permite antever a plêiade de dúvidas que se põem e se propõem à discussão. Genericamente, o que se quer saber é se a regulação propriamente dita admite alguma espécie de fiscalização qualitativa ou se isso importaria uma regulação da regulação, transformando os Conselheiros das Cortes de Contas em reguladores dos reguladores ou numa espécie de instância revisora de suas decisões.

O próprio ARAGÃO responde positivamente àquelas indagações que formulara, assertando que “o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários se serviços públicos se refletem sobre o Erário”.¹⁶⁸

Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso proferiu parecer no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, analisando os limites do controle do Tribunal de Contas daquele Estado em relação á agência reguladora estadual. Em

¹⁶⁷ ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Op. cit., p. 340.

¹⁶⁸ ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Idem ibidem*.

conclusão, assentou que “não cabe, todavia, ao Tribunal de Contas: (a) exercer fiscalização que não tenha natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora de serviços públicos para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo com sua atividade fim. Por tais razões, a requisição de informações e documentos sobre matérias afeitas à legítima esfera de autonomia administrativa da ASEP-RJ tipifica comportamento sem lastro constitucional e legal”.¹⁶⁹

As conclusões são peremptórias e apresentam a interpretação de um dos maiores constitucionalistas do país sobre os limites das atribuições do Tribunal de Contas contidas no art. 70 da CF. Este dispositivo fixa a natureza da função fiscalizatória desse tribunal como sendo de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Além disso, estabelece os parâmetros que devem ser considerados pelo Tribunal de Contas no exercício dessas funções, quais sejam, legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Na seqüência, o art. 71 da CF delimita as matérias próprias e pertinentes à fiscalização dos Tribunais de Contas, elencando-as em *numerus clausus*.

São esses dispositivos que devem ser objeto de interpretação e avaliação a fim de que se fixe a competência ou não dos Tribunais de Contas para a fiscalização das atividades fim das agências reguladoras, uma vez que dúvidas não recaem sobre a possibilidade de fazê-lo em relação às atividades meio.

Para ZYMLER “não deve o Tribunal de Contas substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população”.¹⁷⁰

O controle do Tribunal de Contas, assim, não incidiria sobre o processo regulatório em si, mas sobre a regularidade de seu trâmite, sua celeridade e a proficuidade de seu resultado em relação ao serviço público, verificando as possíveis

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 05/98-LRB, do Gabinete do Procurador-Geral do Estado, exarado em 10/12/1998, nos autos do Processo administrativo nº E-14/35468/98.

¹⁷⁰ ZYMLER, Benjamim. O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In Revista Fórum Administrativo, nº 11, 2002, p. 3.

falhas na regulação, sejam derivadas da ação ou omissão dos agentes reguladores, sejam decorrentes de atos ilícitos ou de abuso de poder ou que denunciem fiscalização ausente ou deficiente, que redundem em prejuízo ao Erário ou ao serviço público.

Há de se ter cautela, porém, ao classificar determinado ato ou omissão como falha regulatória. Marcos Juruena Villela Souto, ao examinar a elaboração de editais e de contratos, chama a atenção para peculiaridades referentes à elaboração de ambos, pois “as ações da Administração não podem deixar de considerar circunstâncias e conclusões existentes no mercado, que podem e devem ser corrigidas, sendo o edital e o contrato instrumentos regulatórios para tanto”.¹⁷¹

A atuação da Administração Pública é balizada por princípios como os da eficiência, razoabilidade, economicidade, entre vários outros. Entretanto, a atividade regulatória expressa especificidades não só técnicas ou científicas, mas também circunstanciais em face de uma realidade dinâmica. A fiscalização e a avaliação de soluções adrede tomadas, em função daquelas circunstâncias, têm de levar em conta o princípio da realidade.

As reflexões do Poder Judiciário norte-americano parecem, aqui, mais uma vez aplicáveis e deveriam ser tidas como referenciais pelos Tribunais de Contas pátrios no controle dos atos das agências reguladoras. Comedimento e autocontenção na fiscalização de suas atividades fim são fundamentais para a fixação de parâmetros legítimos de controle.

¹⁷¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 19.

CAPÍTULO V

CONCLUSÃO: UM OLHAR PARA O FUTURO

1. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E A AUSÊNCIA DO CAPITAL SOCIAL POLÍTICO.

“A cultura é a mãe, as instituições são os filhos”.¹⁷²

Permita-se um breve espaço à sociologia neste momento. Como previamente advertido na introdução, o estudo do acolhimento das agências reguladoras no Brasil e o exame de uma natureza jurídica que lhes fosse apropriada no direito positivo brasileiro é de índole interdisciplinar.

A contundente frase do sociólogo Daniel Etounga-Manguelle é citada por HARRISON ao cuidar especificamente do tema da relação entre a cultura e as instituições. Cita, como exemplo concreto, a mudança na cultura política na Itália da década de 70, quando lá se promoveu uma descentralização política e administrativa, causando maior grau de confiança, moderação e tolerância da população, em especial na região sul daquele país. O sociólogo quer demonstrar que as mudanças institucionais de curto prazo são, geralmente, impelidas pela política, isto é, pela mudança na cultura política.

Associar-se, pois, a consolidação das agências reguladoras como instituições ilibadas, idôneas e de incontestável expertise regulatória, com uma cultura política permeada por iguais características não é nenhum absurdo. Ao contrário, uma agência reguladora dotada daquelas qualidades só será possível no ambiente político propício.

¹⁷² ETOUNGA-MANGUELLE, Daniel. Apud HARRISON, Lawrence E.. Por que a Cultura é importante. *In* A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p. 30.

Esse ambiente político favorável às agências reguladoras só é possível se o país dispuser de um capital social maduro e construído sobre valores corretos como a honestidade e a confiança. FUKUYAMA ensina que “a confiança age como lubrificante, levando qualquer grupo ou organização a funcionar com mais eficiência”¹⁷³. É a eficiência, sem dúvida, o que se espera obter dos serviços públicos, por intermédio da regulação das agências. É essa espécie de resultado que, como visto à sociedade, conduz ao resultado que legitimará a atuação dos entes reguladores autônomos.

HARRISON¹⁷⁴ prossegue suas observações e lança um olhar sobre o então presente da cultura política latino americana e dá como exemplos a insinuação do Presidente da Argentina Carlos Menem em querer permanecer no poder, usufruindo de um terceiro mandato consecutivo, a par de tanto contrariar a Constituição e princípios democráticos comezinhos; na Venezuela, adverte o autor sobre o viés antidemocrático do recém-eleito, após duas tentativas de golpe de Estado por ele perpetradas, Presidente Hugo Chávez e de seu provável escopo de perpetuar-se no poder (o autor parece ter antecipado o futuro, hoje conhecido).

No Brasil, partidários do Presidente Luís Inácio Lula da Silva também insinuaram que seu governo era tão bom, que se deveria pensar em permitir um terceiro mandato consecutivo. O próprio Presidente manifestou-se contrariamente, o que demonstra algum amadurecimento político no comando do governo brasileiro.

Apesar da evolução do ordenamento jurídico dos países latino americanos, que avançaram em termos democráticos e destronaram diversos regimes ditatoriais na década de 80, a conclusão referente a esse capital social político de duvidosa concepção democrática e ainda presente na América latina, foi de forma lapidar e

¹⁷³ FUKUYAMA, Francis. Capital social. In A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p.155. O sociólogo define capital social “*como um conjunto de valores ou normas informais partilhados por membros de um grupo que lhes permite cooperar entre si. Se esperam que outros se comportem confiável e honestamente, os membros do grupo acabarão confiando uns nos outros. (...) Partilhar valores e normas não produz, por si só, capital social, porque os valores podem ser os valores errados*” (p. 155).

¹⁷⁴ HARRISON, Lawrence E.. Por que a Cultura é importante. In A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p. 31.

arguta resumido numa frase do sociólogo guatemalteco Bernardo Arévalo: “Temos o *hardware* da democracia e o *software* do autoritarismo”¹⁷⁵.

Na análise prospectiva da atuação das agências reguladoras, visando observar se essas dispõem do instrumental humano e legal para atuar como verdadeiros entes reguladores autônomos, sem estar adstritas a intervenções do governo, é curial verificar se a natureza jurídica que lhes foi atribuída é-lhes suficiente e se a interação entre seus membros e os políticos no comando do poder central revela-se efetivamente isenta de casuísmos partidários. Ou seja, está-se a verificar se as agências dispõem do hardware – disciplina jurídica adequada à consecução de seus fins – e do software – ambiente cultural político favorável.

A importância da cultura é elevada máxime em face de um ordenamento jurídico fundado em normas e princípios do Estado Democrático de Direito. A imponência desse ordenamento jurídico não deve ser um espetáculo lançado ao papel para a construção de um humanismo de origamis flácidos, prontos a adotar a forma e o tamanho da conveniência político-econômica do momento. LANDES, em artigo intitulado “Quase toda a diferença está na cultura”, enaltece Max Weber, atribuindo-lhe razão quanto a esse aspecto e aquele inicia, dizendo que “se a história do desenvolvimento econômico nos ensina alguma coisa é que toda a diferença está na cultura”.¹⁷⁶

Essa abordagem sociológica da cultura e de sua relação com o capital social, seja do cidadão seja do político, serve a uma reflexão para que se possa questionar, num trabalho acurado de pesquisa voltado a este fim específico, se a cultura política brasileira está pronta não só para promover a descentralização administrativa pela via legal, mas também, em termos pragmáticos, respeitar a autonomia e a independência desses entes sem tentativas de influência ou intervenção.

Observe-se que o governo brasileiro que ascendeu ao poder em 2003 sucedeu ao anterior que havia criado as agências reguladoras. Pela primeira vez na história de nossa Administração Pública federal, um Presidente recém-eleito não dispunha de poderes para modificar o comando de autarquias incumbidas da implantação do que lhe

¹⁷⁵ ARÉVALO, Bernardo. Citado no jornal guatemalteco *La Prensa Libre*, 14 de dezembro de 1999. *Apud* HARRISON, Lawrence E.. Por que a Cultura é importante. *In* A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. Op. cit., p. 32.

¹⁷⁶ LANDES, David. Quase toda a diferença está na cultura. *In* A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. Op. cit., p. 40.

era mais caro: as políticas públicas. Ao contrário, essas autarquias estavam lá para salvaguardar políticas públicas propostas e iniciadas em governo anterior. A reação imediata foi a apresentação de um projeto de lei geral das agências reguladoras (PL nº 3.337/03, que tentava submetê-las às rédeas do novo governo. Dito projeto de lei não foi aprovado até a presente data, já tendo sofrido algumas dezenas de modificações que lhe alterou o conteúdo por completo, encontrando-se em trâmite perante o Congresso Nacional um substitutivo totalmente diverso do original, muitíssimo mais adequado à concepção do que vem a ser uma agência reguladora, embora não apresente uma solução de todo compatível para a efetivação de uma descentralização administrativa com a criação de entes ou autoridades independentes.

Seria singelo imaginar-se uma reação contra as agências advinda tão-somente da chamada esquerda, considerando-se os entes reguladores como uma obra capitalista do neoliberalismo. As reações políticas partem também da direita. Simples, parece, a explicação para esses reclamos ideológicos tão díspares em relação às agências: parcela importante do poder tida como perdida pelos que se consideram únicos titulares legítimos a seu exercício, aqueles consagrados pelo sufrágio. Como sentencia MOREIRA NETO, “o poder tem suas próprias leis, algumas inexoráveis e, dentre elas, está a tendência à concentração e à ocupação de espaços”.¹⁷⁷

Conforme historia MILKIS¹⁷⁸, nos Estados Unidos, num simpósio de política regulatória realizado em 1975, o então governador e futuro Presidente norte-americano, Ronald Reagan emitiu pronunciamento afirmando que “nós (a sociedade norte-americana) somos a sociedade mais regulada que essa (aquela) nação jamais viu, e que nós (eles) estamos pagando não somente na moeda do império, mas também numa grande perda de liberdade que nenhum de nós (norte-americanos) podia perceber. Nós (norte-americanos) nos distanciamos por demais do sistema originado

¹⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In Políticas públicas: possibilidades e limites. Cristiana Fortini; Júlio César dos Santos Esteves; e, Maria Tereza Fonseca Dias (Org.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 50.

¹⁷⁸ MILKIS, Harris. The politics of regulatory changes. Op. cit., p. 12. “We are the most regulated society this nation has ever seen, and we are paying for it not only in the coin of the realm, but also in the greater loss of freedom than any of us realize. We have moved a great distance from the system that originated in this country, a system based on the ultimate in individual freedom consistent with an orderly society”. Tradução livre.

neste país (EUA), um sistema baseado na máxima liberdade individual consistente com uma sociedade ordeira”.

O que está em jogo no debate das agências reguladoras é o poder. O poder não é fiel a uma ideologia política, todas o têm como uma conquista inerente ao sucesso no pleito eleitoral. A regulação por autoridades independentes é criação do direito. Explica-se, assim, aquela tensão referida na introdução do presente entre poder e direito. A formação de um capital social político é essencial para a redução daquela tensão. Esta é uma primeira conclusão a ser extraída. Para tanto, o direito precisa impor suas regras e agir como um forte propulsor de mudanças culturais.

Os próprios juristas, por vezes, precisam estar mais abertos às mudanças, bem compreendê-las e aceitá-las. Porém, o próprio direito administrativo ainda é permeado de concepções culturais político-administrativas arraigadas em princípios anacrônicos. JUSTEN FILHO percebe esse anacronismo e leciona que “o conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo”.¹⁷⁹

A conclusão acima é corroborada pelo discurso do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso quando da instalação do Conselho de Reforma do Estado, mediante a publicação do Decreto nº 1.738, de 08.12.1995, discurso este que pode ser tido como motivação da criação do Conselho e da reforma administrativa da qual redundaram as agências reguladoras. Naquele discurso, o então chefe do Executivo federal, elencou as mudanças que decorreriam da pretendida reforma: “primeiro, na cultura. Há uma cultura política baseada numa noção de Estado e de sociedade que já não corresponde mais à prática da população brasileira. E hoje, em cada momento da gestão pública, nós temos de pensar nesta transformação que estamos empreendendo,

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Op. cit., p. 67.

em como organizar os vínculos entre a sociedade e o Estado e entre o Governo e as formas estatais. (...) Eu tenho citado, com muita frequência (...), Manuel Castells, que qualificou as organizações não-governamentais de “neo-governamentais”. E isso é importante. Nisso não vai uma ironia. Vai o reconhecimento de que o Governo, hoje, não se exerce isolado das formas de organização da sociedade, mesmo aqueles que não sejam representativas formais, tais como os partidos políticos”.

Ao final de seu discurso, Fernando Henrique Cardoso conclui, vinculando a sociologia às mudanças jurídicas e políticas propostas, salientando que a tarefa era imensa e de gigantes, “uma tarefa que tem que ser inspirada por Weber, mas não pode parar nele”.

2. NATUREZA AUTÁRQUICA COMO A MELHOR IDENTIDADE OU A RESERVA DO POSSÍVEL.

A proposta do Conselho de Reforma do Estado surgiu, assim, baseada numa atualização do modelo de gestão administrativa brasileiro, com evidentes finalidades econômicas e desenvolvimentistas. A introdução das agências reguladoras foi sugerida com vistas a, por exemplo, atrair investimentos estrangeiros, fomentar o desenvolvimento tecnológico e o desenvolvimento econômico. O instituto das agências foi importado do direito estrangeiro, introduzido sem maiores reflexões práticas e sem levar em consideração a cultura social, econômica e, principalmente, política do país. De outra parte, para dar-se corpo a essas agências reguladoras importadas, o legislador pátrio valeu-se da forma das autarquias, tão bem conhecidas e utilizadas para a constituição de sistemas de previdência e saúde públicos, assistência social, universidades públicas e outros, sempre voltados aos chamados direitos sociais.

A natureza jurídica de autarquia especial foi então disseminada e todas as agências reguladoras de todas as esferas de governo guiaram-se pelo marco regulatório federal. Uma ousada tentativa de buscar aqueles objetivos de desenvolvimento econômico, valendo-se de um propulsor culturalmente conhecido dos

políticos e do direito como uma *longa manus* do Executivo para a consecução de fins sociais. Mal comparando, ao importar as agências reguladoras e conferir-lhes natureza jurídica autárquica, o direito brasileiro importou um motor de Ferrari último tipo e instalou-o na carroçaria de um carro popular produzido no país. A conclusão inexorável é a de que ou motor de Ferrari não será utilizado em todas as suas potencialidades ou o carro popular sofrerá um grave acidente. É o que se teme em relação às agências reguladoras, que podem se constituir num excelente instrumento de desenvolvimento socioeconômico, desde que todas as suas potencialidades possam ser usufruídas na medida em que galguem autonomia efetiva e expertise técnica verdadeira, como também podem desaparecer do cenário administrativo brasileiro pela pouca ou nenhuma proficuidade de sua produção e de seus altos custos de manutenção, como uma das centenas de autarquias do país, se continuarem a atuar, como atuam, como uma *longa manus* do governo central.

A simples visão das autarquias como uma extensão dos braços do Estado está a desaconselhar a adoção dessa natureza jurídica para as agências reguladoras, pois, ou são independentes ou são um “membro” e compõem o corpo estatal.

A regulação precisa mudar. A reflexão induz à necessidade de dar-se mais um passo para, como dito no discurso presidencial anteriormente citado, provocar-se a mudança da cultura política vigente no Brasil. A opção por revestir a forma autárquica, ao que parece e a que se entende da evolução da cultura política ali pugnada, não foi algo definitivo e imutável, tido como a melhor solução por aqueles que propuseram a criação das agências reguladoras. Aparenta, sim, ter sido adotada como a reserva do possível, aquilo que seria politicamente aceito naquele estágio político do Brasil.

3. AS PROPOSTAS PARA A MODERNIZAÇÃO E O REFORÇO DA ESTRUTURA ORGÂNICA.

A regulação foi pensada não como uma estrutura, um bloco monolítico, capaz de fornecer normas e princípios que fossem comuns a todos os setores. A única previsão

genérica sobre a condição de regulador do Estado brasileiro encontra-se no art. 174 da CF, em sua redação originária. Mais tarde, a Emenda Constitucional nº 9/95 previu a criação de órgãos reguladores de serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e de exploração de petróleo (art. 177, § 2º, III). As demais agências reguladoras foram criadas, uma a uma, por leis diversas, como também o foram, sem maiores formalidades ou critérios, diversas agências estaduais e municipais. A falta de uma estrutura regulatória enfraquece a regulação. O simples fato de haver previsão constitucional específica para a criação de dois entes reguladores, apenas, conduz a dúvidas e debates doutrinários sobre, por exemplo, a condição de autonomia de agências outras que não aquelas cuja criação foi prevista em sede constitucional.

Propostas têm surgido para o aperfeiçoamento da regulação. A primeira conclusão que se extrairia é a de criação de uma estrutura regulatória que desse amparo a todas as agências reguladoras, se possível, incluindo aquelas criadas por Estados membros e Municípios.

GARDELLA observa que esses aperfeiçoamentos sugeridos à regulação têm base nas recomendações da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. “Entre as receitas apontadas, destacam-se a potenciação da responsabilidade, a transparência, a legitimação democrática, o conhecimento experto, a efetividade e a eficiência dos instrumentos de regulação, assim como, entre outros, a introdução de mecanismos de avaliação da qualidade das normas”.¹⁸⁰ Essas recomendações datam de 2005 e reproduzem as características das agências reguladoras e seus fins. De novidade, estão os mecanismos de avaliação regulatória.

Um desses mecanismos de avaliação é a denominada Análise de Impacto Regulatório – AIR. Esse é o controle proposto pela OCDE, entendendo-se por AIR, uma forma de se expressar a relação custo/benefício de um ato normativo ou de uma decisão regulatória, tornando-a mais eficiente, eficaz, transparente, participativa e responsável, de molde a que sirvam como uma evidência empírica que sirva de suporte às decisões de política pública.

¹⁸⁰ GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta I. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. In Regulación económica, Santiago Muñoz Machado; e José Esteve Pardo (Org.). Op. cit., p. 362. Tradução livre.

O governo brasileiro vem demonstrando grande interesse em aplicá-lo na regulação, sob argumentos de que melhor se atenda o bem-estar dos usuários, com maior universalização dos serviços públicos e ampliação da concorrência. Em tese, o AIR fortaleceria uma governança regulatória, mas há dúvidas a respeito.

As críticas ao AIR procedem. Sem embargo de os elogios lançados ao instituto serem voltados à eficiência e a benefícios para os usuários, os critérios de avaliação são meramente econômicos. Convenha-se, a regulação apóia-se num conjunto de valores que transcendem as considerações econômicas. Os parâmetros de avaliação fixados em método exclusivamente ordenado pela economia está longe de ser adequado ao serviço público, cujos parâmetros de avaliação têm de passar, necessariamente, por indicadores sociais subjetivos e, portanto, que figurariam como eternas incógnitas numa equação econômica insolúvel.

Nos Estados Unidos da América, o AIR foi instituído pelo Decreto federal nº 12291, de 1981, assinado pelo Presidente Ronald Reagan, que, já em 1975, fazia discursos contra a regulação. Interessante verificar que, o governo brasileiro atual também era contrário às agências reguladoras e, de repente, apresenta o AIR como uma panacéia para um sistema regulatório favorável aos usuários. O que parece, é que se trata de mais uma forma de intervenção que se perpetrará nas agências reguladoras independentes. Quanto àquele decreto americano, seus objetivos declarados foram: “reduzir o ônus da regulação, incrementar a confiabilidade das agências, proporcionar uma supervisão mais efetiva da Presidência da República sobre o processo regulatório, e assegurar justificativas melhor arrazoadas para regular”.¹⁸¹

À evidência, o AIR é mais uma forma de controle sobre as agências reguladoras. Não se pode falar de uma estrutura regulatória mais sólida por conta de uma eventual introdução do AIR em nosso direito. A estrutura mais sólida adviria do reforço da autonomia das agências. Aliás, criar esse instrumento de avaliação antes de se proceder àquele reforço constitui-se num ato covarde tendente à crítica ao sistema da

¹⁸¹ BALDWIN, Robert; e CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. New York: Oxford University Press, 1999, pp.86-87. “The stated objectives of Order 12291 were to reduce the burden of regulation, to increase agency accountability, to provide for more effective presidential oversight of the regulatory process, and to ensure better-reasoned justifications for regulating”. Tradução livre.

regulação, que, sem apresentar verdadeiras agências reguladoras autônomas no direito brasileiro, estará fadado, por antecipação, a avaliações negativas.

A Secretaria de Estado de Acompanhamento Econômico – SEAE tem divulgado opções para o reforço do sistema regulatório condizentes com a natureza das agências reguladoras independentes. Assim, oferece as seguintes opções:

1. consolidação da autonomia e do estatuto das autoridades reguladoras brasileiras;
2. fortalecer a estrutura estratégica para o planejamento e tomadas de decisão nos setores regulados;
3. fortalecer os mecanismos de prestação de contas sociais sem prejudicar a autonomia das autoridades;
4. sistematizar a cooperação com autoridades de defesa da concorrência;
5. melhorar os mecanismos de coordenação em setores específicos;
6. maior fortalecimento dos mecanismos de coordenação em vários níveis para fortalecer a segurança e o desempenho;
7. fortalecer alguns dos poderes das reguladoras brasileiras; e
8. considerar as mudanças institucionais e legais para modernizar processos de recursos, talvez designando juízes especializados e estruturas recursais.

A SEAE propõe, ainda, princípios de boa governança regulatória, que, segundo a *Review of Regulatory Governance in South East Europe* (OCDE, 2003), “é o desenvolvimento sistemático e a implantação de políticas gerais sobre como o governo utiliza seus poderes regulatórios”, se consubstanciaram nos seguintes itens:

1. **Accountability:** o governo é capaz de mostrar em que medida suas ações e decisões são consistentes com objetivos claramente definidos e legitimados.
2. **Transparência:** as ações, decisões e o próprio processo decisório governamental estão abertos a um nível apropriado de escrutínio por outras partes do governo, da sociedade civil, e em algumas ocasiões por governos e instituições estrangeiras.

3. Eficiência / Efetividade: o governo busca produzir serviços públicos de qualidade, ao menor custo, e zela para que o desempenho esteja de acordo com as intenções originais dos formuladores da política.
4. Responsividade: o governo tem a capacidade e a flexibilidade para responder rapidamente às mudanças sociais, levando em conta as expectativas da sociedade civil para identificar o interesse público geral, e disposto a reexaminar criticamente o papel do governo.
5. Visão de futuro: o governo é capaz de antecipar problemas futuros baseado em dados correntes e tendências, e de elaborar políticas que levem em conta custos futuros e mudanças antecipadas (de ordem demográfica, econômica e ambiental, por exemplo).
6. Império da lei: o governo aplica isonomicamente e de modo transparente as leis, regulações e códigos.

Essas mudanças propostas, porém, não são identificáveis nem no Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras (PL 3337/2004), nem na Proposta de Emenda Constitucional nº 81/2003. Esta última, em seu art. 1º, acresce o art. 174-A, à Constituição Federal, incorrendo em erro técnico ao sujeitar todas as agências reguladoras federais ao regime autárquico especial, o que significa um engessamento de sua natureza jurídica, uma imposição de técnica administrativa ao Executivo sem precedente na história constitucional brasileira.

De concluir-se, assim, que as mudanças em andamento não são das mais alvissareiras em matéria de constituição de entes reguladores verdadeiramente autônomos. De positivo, resta o discurso – e não as atitudes – no sentido da necessidade de criação de uma estrutura regulatória una, que conferisse maior estabilidade e previsibilidade à regulação e, por conseqüência, maior segurança jurídica. JUSTEN FILHO parece nutrir expectativa neste mesmo sentido ao sublinhar que “pode estimar-se que, com a evolução do tempo, as características das agências reguladoras independentes se tornem mais estáveis e uniformes. Se tal vier a ocorrer,

será o caso de reconhecer o surgimento de uma manifestação subjetiva estatal dotada de identidade suficiente para sua qualificação científica autônoma. Em tal cenário, a agência reguladora independente passará a ser algo mais (ou diferente) do que uma autarquia especial”.¹⁸²

Ou seja, para que as agências reguladoras logrem maior estabilidade, sua identidade há de ser alterada, pois a verdadeira independência não se coaduna com a natureza autárquica especial.

4. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE PERANTE O DIREITO BRASILEIRO.

As mudanças sofridas pelo Estado, inclusive pelo brasileiro, em sua passagem para a condição de regulador, parecem indicar a impossibilidade de um retorno a seu estágio precedente. Ao contrário, há uma tendência global à sua expansão regulatória. O quanto mais o Estado avança nesse sentido, mais a sua atuação limita-se ao balanceamento de um sistema. MORAN compara o regulador a um sistema mecânico, como um sistema de arrefecimento ou de aquecimento central, promovendo os ajustes necessários. Menciona, ainda, uma metáfora oferecida pelo livro de maior popularidade sobre administração pública da década de 90 na Inglaterra: “a metáfora de um novo tipo de Estado que se concentra preferencialmente em direcionar do que em remar – em produzir decisões estratégicas sobre a direção do governo preferencialmente do que entregar serviços”¹⁸³.

Isso implica, antes de mais nada, em evolução cultural política e na conseqüente despolitização de interesses públicos estudada por MOREIRA NETO, a qual ele define como sendo “a eliminação do conteúdo político supérfluo na tomada de decisões

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agência reguladoras independentes. Op. cit., p. 344.

¹⁸³ MORAN, Michael. The British regulatory state. Op. cit., p. 5. “That new image of a state steering and balancing social and economic systems is exactly captured in the famous metaphor offered in the most influential public management handbook of the 1990s: the metaphor of a new kind of state that concentrates on ‘steering’ rather than ‘rowing’ – on making strategic decisions about the direction of government rather than on delivering services”. Tradução livre.

administrativas relacionadas à satisfação de interesses públicos, que possam ser vantajosamente cometidas a órgãos técnicos ou comunitários”.¹⁸⁴

A despolitização só advirá de uma maior fragmentação do poder, iniciada pelo próprio Montesquieu que o repartiu em três funções básicas. As políticas públicas, embora a expressão ostente o vocábulo “política”, não devem estar jungidas à variação de humor de um governo central eleito e, possivelmente, despreparado tecnicamente para a sua condução. A estrutura administrativa deve estabelecer um regime protetor e assecuratório, não só de sua continuidade, como de sua permanente adequação às necessidades dos cidadãos. O governo central há de sofrer um controle em suas pretensões políticas em relação aos serviços públicos, um ente capaz e livre para responder-lhe positiva ou negativamente, de conformidade com critérios técnicos, sem que os gestores desse ente, a despeito de uma resposta negativa, possam sofrer sanções por parte daquele. A diluição do poder auxilia no enfraquecimento de uns e no fortalecimento de outros órgãos e, deste princípio, parte a idéia de agência reguladora.

JUSTEN FILHO diz que “outra questão reside na sempre apontada aptidão da agência a promover o fracionamento e a limitação do poder político. O princípio fundamental da organização política consiste na fragmentação de competências, de modo a gerar um sistema de freios e contrapesos. A redução das competências e a ampliação das estruturas orgânicas estatais é fórmula essencial para evitar a prepotência das escolhas governativas”.¹⁸⁵

Com todo esse potencial, manter a agência revestida como autarquia de regime especial é impô-la uma camisa de força e reduzir todas as potencialidades dos órgãos reguladores autônomos.

Como organismos jovens no direito brasileiro, as agências reguladoras ainda se encontram em sua primeira geração, mas já cumprem o seu papel, ainda que parcialmente.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto percebeu esse processo de fragmentação nas lições de GIANINI, e comenta que “esse admirável prenúncio do processo que o grande mestre peninsular denominou de desagregação da organização do Estado, logo se

¹⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 612.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agência reguladoras independentes. Op. cit., p. 368.

robusteceria com sua iminente aceleração. Efetivamente, em menos de duas décadas de publicada essa impressionante afirmação, haviam proliferado, além de todas as expectativas, inúmeras entidades e órgãos constitucionalmente independentes, administrativamente independentes e até dotados de atividades normativas independentes, confirmando a prenunciada transformação do Estado contemporâneo, em todas as latitudes e quadrantes, de uma tradicional, definida e limitada partição de “*poderes*” *funcionais*, típica de uma organização uniclasse ou biclasse, voltada ao atendimento de estamentos dominantes, para tornar-se um inovador, variado e ilimitado *mosaico de funções*, próprias de uma organização nitidamente pluriclasse e, por isso, vocacionada ao atendimento de uma *sociedade pluralista*”.¹⁸⁶

Interessa por demais essa acepção de órgão constitucional independente, pois como visto em vários momentos deste trabalho, as agências reguladoras padecem de graves dificuldades em exercer a sua autonomia. Garantias fixadas em lei ou em decretos do Executivo é como se fossem um acordo de cavalheiros. Na prática, prevalece o clientelismo e o respeito à autonomia desses órgãos cai a níveis abissais. Tanto só funcionaria numa sociedade que dispusesse de um capital social político de fato e de um amadurecimento institucional significativo.

Pelos desdobramentos havidos nos últimos anos na história político-administrativa brasileira, o que se viu foi, sem dúvida, o amadurecimento de nossas instituições, mas o embate pelo poder, ainda que velado, produziu suas vítimas no âmbito das agências reguladoras, cujos membros devem ser elementos de proa e não portar-se, por vezes, como uma minoria entrincheirada, na minúscula tentativa de preservar o que lhe restou de território.

A descentralização administrativa efetiva com a previsão constitucional não só da regulação, mas também dos entes reguladores autônomos, dotados das características, funções e garantias aqui estudadas, tal como se sucede ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, seria a solução definitiva e única capaz de tornar efetiva e real a regulação no direito brasileiro. Ou seja, como diz JUSTEN FILHO, “o universo institucional passaria a contar com entes (denominados “*órgãos reguladores*”) com

¹⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Moderno. Op. cit. p. 54.

dignidade semelhante a outros seres constitucionais, aos quais a lei poderia atribuir competências extremamente extensas. Essa concepção pode desaguar no reconhecimento, inclusive, de competências legiferantes e jurisdicionais às duas agências previstas constitucionalmente”.¹⁸⁷

Aliás, a insegurança jurídica, que hoje ameaça as funções normativa e jurisdicional das agências exercidas sob a sombra dos limites não tão nítidos de sua constitucionalidade, seria reduzida sobremaneira. Uma próxima evolução institucional poderia, inclusive, propor alçar as agências ou algum órgão de coordenação regulatória à condição de um corte administrativa inédita no direito brasileiro. Trata-se de mais um passo e de uma maior fragmentação de poder, que implicaria, sempre, mudanças em nosso texto constitucional.

Após esse primeiro estágio, é necessário dar-se um passo adiante na evolução do sistema regulatório, propondo-se uma nova estrutura, mais consistente e una, buscando-se uma nova identidade perante o direito positivo para as agências reguladoras, uma identidade condizente com sua condição de “ministério público do serviço público”. Este estudo não pretende esgotar todos os temas nem encontrar a panacéia definitiva. É uma pequena tentativa em contribuir para o aprimoramento desse sistema em benefício da coisa pública, do interesse público, e que se pode concluir, tal como assinala BACELLAR FILHO, citando John Dewey, “mostra-se como um dever do jurista buscar novos instrumentos de efetivação deste ideal que, embora antigo, incita ao abandono das trilhas batidas e rotineiras por onde tendem a enveredar, guiadas pelo pesado e rígido braço do hábito, todas as formas de atividade humana, sem exclusão da investigação intelectual e científica”.¹⁸⁸

Foi inspirado nessa perspectiva sublinhada por BACELLAR FILHO, a de buscar novos instrumentos, novas soluções, dissociadas e descompromissadas com as tradições da administração pública brasileira de centralização e estruturação piramidal do poder, que se procedeu ao presente estudo, que, ainda inspirado naquela perspectiva, impende continuidade.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. Op. cit., p. 393.

¹⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In Políticas públicas possibilidades e limites. Op. cit., p. 362.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **A aparente autonomia das agências reguladoras**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

ARÉVALO, Bernardo. Citado no jornal guatemalteco *La Prensa Libre*, 14 de dezembro de 1999. *Apud* HARRISON, Lawrence E.. **Por que a Cultura é importante**. In *A cultura importa: os valores que definem o progresso humano*

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comaris editorial, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Significado actual de la noción el Servicio Público**. In: *El nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997

BACELLAR FILHO, R.F.; BLANCHET, L.A.; TRYBUS, D.; RIBAS, P.A.; CASTRO, R.P.A. **Serviços Públicos - Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública no Brasil. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, 12:9-17, abr/jun. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Ed. RT, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado**. In Revista Trimestral de Direito Público: São Paulo, n. 25.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. In revista de Direito Administrativo, n. 229, Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 2002.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, ano 47, v. 120, nº 1, janeiro-abril/1996, Brasília, ENAP, apud NUNES, Edson de Oliveira; NOGUEIRA, André Magalhães; COSTA, Cátia Couto da; ANDRADE, Helenice, Vieira de; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Almedina: 1992.

CAPPELLETTI, Mauro Capítulo 2: Afluente teórico-histórico. In: MOREIRA, J.B.G. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo horizonte: Fórum, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1995.

CASSESE, Sabino. ***Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo***. Bologna: Editora il Mulino, 2008.

CASSESE, Sabino. ***Le basi Del Diritto Amministrativo***. Milão: Garzanti Libri, 2000.

CASTELLS Manuel, ***A sociedade em rede, a era da informação: economia, sociedade e cultura***, Vol. 1, Paz e Terra, São Paulo, 2008.

CHENOT, Bernard. ***L'Existencialisme et le Droit***, in *Revue Française de Science Politique*, 1953.

CHEVALLIER, Jacques. ***O Estado pós-moderno***. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. ***Droit Publique Économique***. Paris: L.G.D.J, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. ***Formas de (Neo)constitucionalismo: um análise metateórico***. In CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CUÉLLAR, Leila. ***Introdução às agências reguladoras brasileiras***. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. ***Direito Administrativo***. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. ***Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão. Franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas***. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

DUGUIT, Léon. ***Traité du Droit Constitutionnel***, vol I, Bocard, Paris, 3ªed., *apud* RUIZ, Matilde Carlón. ***Nuevas técnica para nuevos tiempos del servicio público al universal***. In *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Directores: MACHADO, Santiago Muñoz e PARDO, José Esteve. Madrid: Iustel, 2009.

ETOUNGA-MANGUELLE, Daniel. Apud HARRISON, Lawrence E.. **Por que a Cultura é importante. In A cultura importa: os valores que definem o progresso humano.** Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

FEITOSA, M.L.P.A.M. **Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.21.

FERRAZ, Roberto. **A macrológica do direito econômico.** In Revista de Direito mercantil, 142.

FERRAZ, Selma. **Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek.** São Paulo, Quartier Latin: 2007.

FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: um instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais.** In RDA 232, FGV, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. **Le droit, obstacle ou outil de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle.** In CHEVALIER, Jean Marie; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; KEPLER, Jan Horst; e, UM, Paul Numba: Économie et droit de la régulation des infrastructures: Perspectives des pays en voie de développement. Paris: L.G.D.J, 2008.

FUKUYAMA, Francis. **Capital social.** In **A cultura importa: os valores que definem o progresso humano.** Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta I. **La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación.** El debate en la República Federal Alemana. In Regulación económica, Santiago Muñoz Machado; e José Esteve Pardo (Org.).

GIANINNI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'a Economia.** Ed. Il Mulino, 1995.

GOMES, Orlando. **A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica.** Revista de DireitoGV n. 1, maio/2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

HARRIS, Richard, A.; MILKIS, Sidney M.. ***The politics of regulatory change: a tale of two agencies.*** New York: Oxford University Press, 1996.

HARRISON, Lawrence E.. **Por que a Cultura é importante. In A cultura importa: os valores que definem o progresso humano.** Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

JONES, Peter Vincent. ***The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality.*** Oxford: Oxford University Press, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **O Direito da agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** In Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Ed. Fórum, nº 2, abr-jun/2003.

KAHN, Alfred E. ***The Economics of regulation: principles and institutions.*** Cambridge, The MIT Press: 1988.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras.** São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

LANDES, David. Quase toda a diferença está na cultura. In A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. Lawrence E. Harrison; e Samuel P. Huntington (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas**. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; e, SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). Porto Alegre: Ed. Da Universidade, 1997.

MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación econômica. In **Derecho de la regulación econômica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación**. Directores: MACHADO, Santiago Muñoz e PARDO, José Esteve. Madrid: Iustel, 2009.

MARQUES NETO, Frederico A. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Crise ou metamorfose? Crise ou Direito Administrativo inovado?** In O Direito Administrativo em evolução. São Paulo, RT: 2003.

MEDAUAR, Odete. **Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral**. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Coordenador: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Renovar, Rio de Janeiro: 2003.

MILKIS, Harris. **The politics of regulatory changes**.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, T. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Económico**. Coimbra, Coimbra Editora: 1988.

MORAN, Michael. **The british regulatory state: high modernism and hyper-innovation**. New York: Oxford University Press, 2003

MOREIRA, J.B.G. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. São Paulo: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Capítulo 6: As agências reguladoras e a inadequação do modelo tradicional de administração pública. In: ARAGÃO, A.S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Prefácio á obra: Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico**. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mito e Realidade do Serviço Público**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 53, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas**. In Políticas públicas: possibilidades e limites. Cristiana Fortini; Júlio César dos Santos Esteves; e, Maria Tereza Fonseca Dias (Org.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: São Paulo, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria do direito do estado.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

REBOLLO, Luis Martín. ***Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em El Derecho Administrativo español.*** In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Org.).

ROSA, Alexandre Morais da; e, LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics.** Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

ROSSI, Paolo. ***Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale.*** Turim: G. Giappichelli Editore, 2004.

RUIZ, Matilde Carlón. ***Nuevas técnica para nuevos tiempos del servicio público al universal.*** In Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación. Directores: MACHADO, Santiago Muñoz e PARDO, José Esteve. Madrid: Iustel, 2009.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça.** Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais.** In A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2004

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços Públicos e regulação estatal**. In Direito Administrativo Econômico. Carlos Ari Sundfeld (Org). São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Apud* LEITE, Celso Barroso. **Ombudsman: corregedor administrativo**. Rio de Janeiro: Zahar Ed.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

THATCHER, Mark. **Institutions, regulation and change: new regulatory agencies in the british privatized utilities**. West European politics, 1997, 21/1.

TRONCOSO REIGADA, A. **Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público**. Revista Española de Derecho Constitucional, v. 57, p. 163, 1999, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ZYMLER, Benjamim. **O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. In Revista Fórum Administrativo, nº 11, 2002

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)