

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO

MARCIO SAMPAIO MESQUITA MARTINS

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO
INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

FORTALEZA
2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

MARCIO SAMPAIO MESQUITA MARTINS

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO
INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Germana de Oliveira Moraes

FORTALEZA
2010

MARCIO SAMPAIO MESQUITA MARTINS

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO
INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Germana de Oliveira Moraes (orientadora)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias
Universidade de Fortaleza

Dedico esta obra aos meus pais, meus irmãos e à minha avó, pessoas que me apoiaram e me deram forças para a conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por esta conquista.

À Professora Germana de Oliveira Moraes, pela atuação como orientadora desta pesquisa.

Ao Professor Eduardo Rocha Dias, pelas valiosas opiniões doutrinárias formuladas sobre o tema e pelo material bibliográfico disponibilizado.

Ao Professor Francisco Régis Frota Araújo, pela receptividade e pelo entusiasmo demonstrado com o tema.

Ao amigo Agapito Machado Júnior, que me estimulou grandemente a realizar o Curso de Mestrado.

Ao meu irmão Reno Sampaio Mesquita Martins, que, mesmo distante, me apoiou nesta difícil tarefa.

Aos amigos e parentes, dentre os quais Elano Mesquita, Renan Santiago, Cynara Costa e Ilza Damasceno, pelas importantes opiniões, contribuições e apoio durante o desenvolvimento da pesquisa.

Aos demais amigos e colegas que colaboraram com esta pesquisa. Apesar de não mencionados, não são menos importantes.

RESUMO

A nova orientação político-econômica adotada no Brasil a partir da década de 1990 implicou no abandono gradual das características típicas do Estado Social intervencionista. O antigo modelo administrativo burocrático deu lugar a um novo modelo com feições gerenciais, denominado Estado Regulador. Esta mudança foi marcada pela desestatização da economia, privatização da maioria das empresas públicas e pela introdução do modelo agencial de regulação econômica, dentre outras providências. O modelo sofreu forte influência do direito administrativo e constitucional norte-americano, que tem origem no *common law*. Assim, foi necessária uma refinada elaboração teórica e legislativa para superar as incompatibilidades jurídicas com o sistema constitucional brasileiro. As maiores dificuldades ocorreram na justificação da constitucionalidade do poder normativo e da legitimidade democrática das agências, as quais foram superadas razoavelmente pela doutrina. Foram criadas diversas agências no cenário nacional, sendo que a maioria foi dotada de típicas características de órgão regulador setorial, a saber: competência normativa, fiscalizatória e de outorga. Estas funções permitem que as agências fixem políticas regulatórias, de modo a direcionar o desenvolvimento e os investimentos privados do setor. Estas metas são emanadas pelo Poder Executivo central, por meio da fixação de políticas públicas, as quais poderão ser executadas diretamente pelo Governo, por meio de atos administrativos de sua alçada, ou também por meio da manipulação da política regulatória correspondente aos setores da economia envolvidos, a fim de se obter o resultado esperado. Assim, a implementação de políticas públicas por meio da regulação econômica, se bem planejada, permite a obtenção de resultados eficazes, indiretamente e com pequeno ou nenhum custo para os cofres públicos.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Agências Reguladoras. Poder normativo. Implementação de Políticas Públicas.

ABSTRACT

The new political-economic orientation adopted in Brazil since the 1990s resulted in a gradual abandonment of the typical characteristics of the welfare state. The old bureaucratic and administrative model has given rise to a new model with management features, called Regulatory State. This change was marked by the privatization of the economy, the sale of the majority of public companies and the introduction of an agential model of economic regulation, among other measures. The model was influenced by American administrative and constitutional law, which has its origins in the common law. So, it took a refined theoretical elaboration to overcome legislative and legal incompatibilities with Brazilian constitutional system. The biggest difficulties were the justification for the constitutionality of legislative power and democratic legitimacy of the agencies, which were fairly overcome by the doctrine. Various agencies were created on the national scene, most of which was endowed with typical features of sectoral regulatory authority, namely: normative, supervision and delegation functions. These functions allow agencies to establish regulatory policies, to direct the development of the sector and private investments. These objectives are set by the Executive Power, through the establishment of public policies, which can be executed directly by the Government, through administrative acts of its jurisdiction, or also through the manipulation of the regulatory policy corresponding to the sectors of the economy involved, in order to obtain the expected result. Therefore, the implementation of public policies through economic regulation, if well planned, allows effective results with little or no cost to the State.

Keywords: Constitutional. Administrative. Regulatory Agencies. Normative power. Public Policies implementation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	AGÊNCIAS REGULADORAS – HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO	13
2.1	Transição do Estado Liberal para o Estado Social e para o Estado Regulador.	13
2.2	Ambiência político-econômica	20
2.3	Tradição regulatória brasileira	23
2.4	Influências inglesa e americana	28
2.4.1	A delegação legislativa no direito americano	34
2.5	Influência francesa	36
2.6	Outros modelos regulatórios	38
2.7	O modelo brasileiro de agências reguladoras	43
2.7.1	As garantias das agências reguladoras na legislação brasileira	47
2.7.2	Principais características das agências brasileiras	55
2.8	Principais agências reguladoras brasileiras	68
2.9	Outros órgãos reguladores e agências anômalas	79
3	PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	83
3.1	Lei, regulamento e regulação	83
3.2	Centralização governamental e descentralização administrativa	89
3.3	Poder normativo em face do Princípio da Legalidade	94
3.4	Posição do Supremo Tribunal Federal e da Administração Direta	107
3.5	Legitimidade dos atos normativos das agências	110
4	AGÊNCIAS REGULADORAS E POLÍTICAS PÚBLICAS	120
4.1	Contextualização do tema	120
4.2	Políticas de Estado e Políticas de Governo	122
4.3	Políticas Regulatórias e Políticas Públicas	127
4.4	Formulação e implementação de políticas públicas	132
4.5	Relações das agências reguladoras com o Poder Executivo central	142
4.6	Demais formas de controle exercidas sobre as agências reguladoras	151
4.7	Poder normativo das agências como instrumento de implementação de políticas públicas	161
4.8	Algumas políticas públicas implementadas por meio de regulação	168

5. CONCLUSÕES	178
REFERÊNCIAS	181

1 INTRODUÇÃO

A intervenção estatal no domínio econômico é um tema de grande importância para a moderna concepção do Estado e que tem a potencialidade de influir diretamente no desenvolvimento econômico do país.

Ao longo do processo histórico, é possível observar que ocorreu uma alternância de formas de intervenção estatal na seara econômica. Considerando-se apenas o período posterior à Revolução Francesa, que marcou o início da era do Estado Democrático, pode-se distinguir três principais modelos econômicos: o Estado Liberal, o Estado Social ou Intervencionista e o Estado Regulador.

O Estado Liberal, primeira fase desta evolução, consistiu em um modelo capitalista puro, caracterizado pela abstenção quase que total do estado em relação à política econômica. Na época, imperava a idéia de que o mercado se auto-regularia, não havendo necessidade, e nem mesmo conveniência, da atuação estatal. O modelo, entretanto, gerou intensa desigualdade social e quase a própria ruína do sistema capitalista.

O Estado Intervencionista se constituiu como uma resposta ao primeiro modelo. O Estado passou a adotar um enfoque dirigista e empreendedor, passando a atuar em diversas áreas da economia, não apenas nas relacionadas com o interesse coletivo. Foram criadas, ainda, diversas prestações sociais e previdenciárias que tentaram reduzir as desigualdades típicas do modelo anterior.

O modelo acabou se tornando financeiramente inviável, tendo sido abandonado gradativamente o perfil empreendedor do Estado. O novo modelo, o Estado Regulador, possui uma concepção reducionista, alinhado ao neoliberalismo. Proliferaram medidas tais como a desestatização da economia, privatização de empresas públicas e redução de barreiras alfandegárias. O ente público passou a limitar a sua atuação às áreas essenciais, tais como a segurança pública e a defesa externa, deixando para a iniciativa privada as demais atividades, inclusive os serviços de interesse público.

Até antes desta fase, não havia muitas preocupações com a regulação destes setores, visto que eram dominados pelo próprio Poder Público. Com a desestatização, tornou-

se necessária a criação urgente de toda uma estrutura de regulação e fiscalização, a qual, por definição, deveria ser técnica e livre de influências indesejáveis, tais como pressões advindas de setores políticos e dos setores regulados (captura). Assim, as agências foram criadas com atributos de autonomia e independência, com poderes normativos, fiscalizatórios, de outorga, dentre outros.

No âmbito da doutrina jurídica, ocorreram muitos debates sobre a constitucionalidade do poder normativo, visto que ele aparentemente vulneraria os princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade. Ademais, os atributos de autonomia e independência também foram questionados, especialmente no que tange à legitimação democrática da atuação das agências.

As mencionadas dificuldades doutrinárias foram superadas, sendo certo que atualmente o foco dos debates deixou de ser a questão da possibilidade da atuação das agências, passando a ser a análise *qualitativa* desta atuação.

Em função dessa nova estrutura administrativa, as agências se tornaram importantes coadjuvantes do processo de implementação de políticas públicas, pois dispõem de eficazes meios de coerção, capazes de obrigar os delegatários de serviços públicos a atingir as metas traçadas pelo Executivo. Ademais, com a criação das agências, os ministérios não dispõem mais de certas competências regulatórias, de modo que a atuação nos setores correspondentes às agências realmente depende da intermediação feita por estes órgãos reguladores.

Apesar da autonomia, pressupõe-se que a atuação das agências e da administração direta sejam coordenadas e coerentes entre si, sendo certo que a atuação da Administração central subordina as políticas regulatórias emanadas pelas agências.

Saliente-se que, conforme será demonstrado na pesquisa, as leis criadoras das Agências Reguladoras, em geral, não deixam muitas dúvidas acerca da competência para traçar as metas e políticas públicas a serem perseguidas pelos respectivos setores. As políticas de Estado deverão ser definidas pelo Legislativo, por meio de Lei, as políticas de governo pelo Executivo (via decreto, a princípio), as políticas públicas também pelo Executivo central, podendo ser adotados atos inferiores, e a política regulatória pelas agências.

Por outro lado, a análise da questão do poder normativo como elemento de viabilização de políticas públicas se esbarra no problema da titularidade da criação e da execução de tais políticas, pois existe uma confusa delimitação entre as competências das agências, de um lado, e dos Poderes Executivo (Administração direta) e Legislativo, do outro.

Relevante dúvida paira sobre os limites e contornos a serem estabelecidos para a atuação das agências na formulação de políticas. É que, como cediço, o Poder Executivo central estabelece uma política de governo mais abrangente, pelo que as políticas públicas implementadas em suas diversas formas devem conjugar certa unidade e se manifestar coerente com a dita política de governo estabelecida. Investiga-se assim qual seria o grau de submissão das políticas efetivadas pelas agências e a forma de controle dos atos regulatórios.

Será visto que as políticas públicas são planejadas e instituídas pela via ministerial, sendo executadas por meio de atos administrativos diretos, podendo, todavia, ser executados pelos delegatários de serviços públicos, mediante a atuação regulatória da agência correspondente.

A utilização da iniciativa privada para a implementação de políticas públicas, por sinal, se apresenta como uma alternativa bem interessante para o poder público, pois permite que essas políticas sejam postas em prática sem a necessidade de mobilização de muitos recursos materiais e financeiros por parte do Estado. Pressupõe-se, assim, a transferência deste ônus diretamente para os delegatários.

Ademais, a depender da política a ser implantada, pode-se optar pela participação financeira do Estado, por meio de subvenção, subsídios ou financiamentos, ou, ainda, pelo repasse das despesas para os consumidores ou diretamente para os delegatários.

Assim, o presente trabalho se propõe a analisar, inicialmente, o problema da constitucionalidade das funções normativa e fiscalizadora atribuídas às Agências. Buscar-se-á enfrentar o tema, trazendo à baila as mais variadas correntes de pensamento que discutem a questão, demonstrando que essas, apesar das divergências que envolvem o assunto, vêm se delineando no sentido de que os entes reguladores, à luz do direito brasileiro, utilizam-se dessa competência normativa em estrita obediência à Constituição e à legislação pátria.

No que se refere ao papel que essa competência normativa exerce no desenvolvimento de políticas públicas, demonstrar-se-á que as agências reguladoras tornaram-

se sujeitos indispensáveis à implementação eficaz e pouco onerosa de políticas públicas de largo alcance social, bem como se fará criteriosa análise da forma como se dá tal implementação.

O trabalho abordará, a título introdutório, o histórico, o desenvolvimento e as principais características do modelo estatal e regulatório adotado no Brasil. Essa perfunctória análise do desenvolvimento histórico ocorrido na atuação do Estado, que nos levou às bases atuais, é de fundamental importância para a compreensão das características intrínsecas à atividade regulatória atualmente desenvolvida.

Como já se deixou antever, será feita uma detida análise do poder normativo das agências, com ênfase para a sua constitucionalidade, legitimação democrática e formas de controle. Tais pontos, conforme aduzido, ensejam a maioria dos debates e controvérsias doutrinárias, mormente no que se refere à forma e aos limites do controle a ser exercido sobre essa atividade.

Em seguida, abordar-se-á a questão da formulação e implementação de políticas públicas no âmbito do atual modelo regulatório do país. Tal análise demandará considerações acerca dos conceitos e da relação existente entre o desenvolvimento de políticas públicas, políticas de Estado, políticas de governo e políticas regulatórias, quando então se procederá a essa análise, sob o constante enfoque da atuação das agências.

Finalmente, será feita uma análise de como as políticas públicas são traçadas, a sua relação com as Agências Reguladoras e como o poder normativo dessas pode ser usado como elemento implementador de tais políticas.

Por fim, em que pese à natureza do tema exigir constantes remissões a situações concretas e, conquanto se proceda no presente trabalho a uma análise de diversas situações práticas, cumpre-se ressaltar que a metodologia utilizada é eminentemente bibliográfica e o método de procedimento é o doutrinário.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS – HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO

2.1 Transição do Estado Liberal para o Estado Social e para o Estado Regulador

A intervenção do Estado no domínio econômico variou muito ao longo da história. Considerando-se apenas o estado moderno pós Revolução Francesa, pode-se verificar que ocorreu um período de intervenção mínima (Estado Liberal), seguido por um período de grande intervenção do Estado na ordem econômica (Estado Social) e, então, um período caracterizado por uma postura denominada neoliberal, porém, com forte perfil regulador (Estado Regulador).

O Estado dito Liberal é fruto da Revolução Francesa de 1789, que representou a vitória da classe burguesa sobre a supremacia do clero e da nobreza, então detentores do poder político. Esta nova estrutura estatal, que sucedeu ao absolutismo, é conhecida como Estado de Direito e é inspirado nos ideais do iluminismo e do liberalismo político-econômico e nos tratados ideológicos de Locke, Montesquieu e Rousseau.

O Estado liberal do século XIX foi conhecido pela sua forma omissiva em relação ao trato da economia.¹ Sob a égide da liberdade como direito fundamental, o Estado assumiu uma função reduzida, passando a garantir apenas a liberdade, propriedade e segurança física e jurídica dos indivíduos, notadamente em face do próprio Estado, bem como a defesa do território em face de agressões externas. A economia era praticamente desregulada, sendo guiada pela chamada *mão invisível*, pois se acreditava que o mercado poderia se auto-regular, sempre com tendências ao equilíbrio. Assim, o liberalismo pregava a intervenção mínima do Estado, pois qualquer interferência na economia poderia resultar na quebra deste equilíbrio, o qual se formaria naturalmente.

Este cenário propiciou um excepcional desenvolvimento produtivo-tecnológico nos séculos XIX e XX, porém, também contribuiu para a acentuação das desigualdades sociais e regionais, a exploração desmedida da força de trabalho, a concentração de renda e a

¹ Conceção conhecida como *Laissez Faire*, ícone do liberalismo econômico.

demanda por prestações sociais, exercidas geralmente pela iniciativa privada e sem o devido controle estatal.

Uma característica do capitalismo é a existência de períodos cíclicos de desenvolvimento e de recessão, os quais se sucedem em episódios de maior ou menor proporção. No começo do século XX, o regime capitalista liberal entrou em um colapso impulsionado por diversas crises econômicas, pelas duas guerras mundiais que abalaram as grandes potências internacionais, pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, dentre muitos outros fatores.

Assim, com as grandes mudanças ocorridas no cenário mundial, instaurou-se um quadro de crise, o qual acentuou as mazelas do sistema liberal, tais como o desemprego, pobreza e a má distribuição de renda, o que acarretou a necessidade da instauração de um novo modo de atuação do Estado, mais focado na política social. Em outras palavras, verificou-se que a liberdade quase absoluta apregoada pelos ideais liberais gerava profundas desigualdades na sociedade.

Diante de tal conjuntura, e tendo em vista as evidentes transformações de ordem econômica, política e ideológica, o Estado sofreu grandes mudanças, haja vista que abandonou sua posição absentista para assumir uma feição de Estado fortemente interventor na ordem econômico-social.

Surgiu, a partir de então, o *Estado do bem-estar social*, *Estado Social*, *Estado intervencionista* ou ainda *Estado Providência*,² cujas maiores características são, justamente, o forte intervencionismo estatal em diversos setores da economia e a existência de prestações positivas, que vão desde serviços públicos básicos até benefícios de cunho assistencial. “O

² Atente-se que o *New Deal*, não foi a primeira manifestação do Estado Social no mundo, tendo sido precedido por muitas, a exemplo das revoluções européias do ano de 1848, da Comuna de Paris em 1871, da Revolução Mexicana de 1910 e da Revolução Russa de 1917. O *New Deal* foi o modo como a política do Estado Social foi implementada nos Estados Unidos. O regime, ocorrido no período de 1933 a 1938, no governo do Presidente Roosevelt, se fundou no pensamento intelectual do economista John Maynard Keynes e teve o mérito de tirar o país da crise capitalista decorrente da quebra da bolsa de Nova York de 1929. O regime pautava-se na realização de grandes obras públicas para a geração de emprego, estimular o consumo e reativar a economia. Também foram adotadas medidas de fixação de preços mínimos para o petróleo, carvão e produtos agrícolas para aumentar a produção interna.

Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário”,³ invadindo áreas até então próprias da iniciativa privada.

É de se alertar que a terminologia *Estado do bem-estar social*⁴ não reflete propriamente a realidade. Não se trata de um regime onírico em que todos são felizes e têm as suas necessidades plenamente supridas por um Estado onipresente. Definitivamente, não! Cada nação implantou modelos ou instrumentos de providência próprios, na medida das suas possibilidades e ao sabor das forças políticas e do processo histórico. O que se observou foi uma “certa homogeneidade nas políticas desses países à época, refletida em uma função intervencionista voltada para a promoção do desenvolvimento econômico e social (ativismo socioeconômico do organismo político)”.⁵

Clèmerson Merlin Clève assim ensina:⁶

O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O “Estado-árbitro” cede espaço para o “Estado de prestações”.

[...]

A intervenção do Estado na economia ocorrerá de vários modos. O Estado regulará o mercado, diminuindo consideravelmente a extensão da autonomia da vontade nos negócios privados. Reprimirá certas práticas comerciais contrárias ao princípio da livre concorrência. Ademais, participará do processo econômico, quer seja através de empresas estatais, quer seja, ainda, oferecendo a infraestrutura necessária para a implantação e o desenvolvimento das indústrias e negócios e, finalmente, por intermédio da implementação de políticas de induzimento à manifestação de empreendimentos econômicos.

O dirigismo estatal da economia pode se manifestar, de modo eventual, por meio da atuação normativa do Estado, no sentido de regular, por meio da edição de atos normativos disciplinatórios, o desempenho da iniciativa privada. No entanto, tratava-se de manifestação de menor importância diante da competência interventiva, a qual se dava, sobretudo, por meio da criação de empresas públicas e de monopólios estatais.

O Estado Social sem dúvida produziu extraordinários resultados, como a elevação da expectativa de vida média da população, por meio da oferta de serviços públicos de saúde, educação, saneamento, assistência e previdência social. Por outro lado, como ensina Lucas de

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética, 2002, p. 17.

⁴ Tradução de *Welfare State*.

⁵ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das Agências Reguladoras: A participação-cidadã como limite à sua autonomia**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 139.

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 37-38.

Souza Lehfeld, tal modelo de atuação estatal acabou por provocar grande endividamento do Estado em razão do financiamento das atividades de cunho social, dentre as quais a previdência e assistência. Os custos com estas políticas se exacerbaram em função do aumento da expectativa média de vida e do envelhecimento da população, o que trouxe, por via de consequência, desequilíbrio atuarial do sistema. Some-se a isto os baixos índices de crescimento econômico experimentados, os quais tornaram insustentáveis as dispendiosas políticas até então adotadas.⁷

O mesmo autor aponta outro problema que se acentuou progressivamente. Em virtude do endividamento dos cofres públicos, várias atividades promovidas pelo Estado passaram a ser realizadas de forma deficiente, considerando o contexto da concorrência e da livre iniciativa reinante. Assim, a falta de investimentos em diversas áreas estratégicas de interesse público acabou por tornar vários serviços públicos obsoletos e inferiores às expectativas da sociedade, como por exemplo, o setor das telecomunicações, o qual demanda constantes investimentos devido aos avanços tecnológicos.⁸

Outro exemplo a ser citado foi a estagnação da indústria automobilística estatal soviética, a qual não foi capaz de acompanhar os avanços das montadoras oriundas de países com economia de mercado.

Assim, a obsolescência de vários serviços públicos, muitos dos quais essenciais e estratégicos, acabou se tornando um freio para o desenvolvimento econômico. Isso, cumulado com a crise de insolvência governamental decorrente dos custos das diversas prestações sociais e de outras atividades econômicas⁹, incentivou a uma reestruturação do Estado, na busca de novos modelos de organização político-econômica.

Deste modo, houve uma mudança de paradigma com relação à atuação do estado, tendo sido deixado de lado o dirigismo estatal e se iniciado uma concepção de Estado regulador, a partir da década de 70 na Europa e na década de 90 no Brasil.

Esta nova abordagem foi inspirada no princípio da subsidiariedade da atuação do Estado em setores da economia, sendo valorizado a liberdade de iniciativa e de empresa. Ela

⁷ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 140.

⁸ *Ibid.*, p. 140.

⁹ Ressalte-se que muitas empresas públicas do Brasil eram deficitárias, de modo que periodicamente o poder público tinha que cobrir os seus custos.

gera grande redução da dimensão estatal e, logicamente, da atuação direta na economia. Por outro lado, esse novo papel do Estado regulador busca, com base em sua capacidade normativa, disciplinar a atuação do setor privado para que sejam alcançados direitos e valores fundamentais.

Vale ressaltar que o Modelo Regulatório tem íntima relação com o neoliberalismo, às vezes se confundindo com ele, visto que o ente político desempenha um papel reduzido, próximo àquele desempenhado quando do Estado liberal.

Dá-se o nome de neoliberalismo à teoria econômica que defende: a) maior liberdade para as forças de mercado; b) menor intervenção do Estado; c) desregulamentação; d) privatização do patrimônio público; e) preferência revelada pela propriedade privada; f) abertura para o exterior; g) ênfase na competitividade internacional; h) menor compromisso com a proteção social.¹⁰

Desta forma, o Estado Neoliberal se diferencia do Estado Liberal, já que aquele não se afasta totalmente das atividades desenvolvidas para a iniciativa privada. Deixando, na maioria das vezes, de atuar diretamente na economia e passando a cuidar apenas do exercício de atividades de fiscalização, incentivo e planejamento, atuando, desta forma, como um verdadeiro agente regulador e normativo da economia.¹¹

Embora o Estado deixe de intervir diretamente na economia, isso não significa dizer que o modelo regulatório prega o absentismo estatal. Na verdade, tenta conciliar a garantia da autonomia individual e da sociedade civil e a realização de valores fundamentais, como existência digna, valorização do trabalho humano e justiça social.¹²

O absentismo total não ocorreu, pois a experiência do liberalismo demonstrou que o mercado não poderia se auto-regular e que certas atividades não poderiam ser exercidas sem qualquer controle estatal. O Estado necessitava regular, fiscalizar e fomentar essas atividades.

¹⁰ Cf. MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.18.

¹¹ Cf. artigo 174 da Constituição Federal.

¹² O art. 170 da Constituição Federal estabelece como fundamentos da ordem econômico-financeira no Brasil a livre iniciativa, existência digna, valorização do trabalho humano e busca da justiça social.

Neste sentido, observa Luís Roberto Barroso:¹³

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado como de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.

E também Ary Casagrande Filho:¹⁴

O Estado pós-moderno [...] irá consagrar o papel do Estado como agente normativo e regulador. Atribui-se, atualmente, ao Estado o papel estrategista e não mais de piloto em relação à economia. A atuação do Estado no contexto contemporâneo prescreve a intervenção na economia de forma direta e indireta. Na atuação direta, este pode atuar na gestão direta de determinada atividade econômica, como interventor pontual e agente planejador. Em relação à sua atuação indireta, este pode atuar como disciplinador, fixando regras; como agente de fiscalização, com propósito de fazer prevalecer as regras estabelecidas, como agente estimulador, e, por fim, agente de planejamento indicativo, ou seja, estabelecendo parâmetros úteis de orientação.

Dessa forma, os serviços de interesse coletivo acabam sendo transferidos para a iniciativa privada, a qual poderá desempenhá-los de forma eficiente e a custos menores, por mais que o objetivo do lucro contribua para a elevação desses custos.

Evidentemente, nem todos os tipos de serviços públicos devem ser transferidos para a iniciativa privada, mas apenas aqueles que não sejam funções típicas do Estado e que possam ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica, permitindo a obtenção de lucro. Assim, não são passíveis de delegação a segurança pública e a defesa externa, bem como atividades deficitárias, a exemplo do assistencialismo social e da saúde e da educação para as classes menos favorecidas.

Deste modo, segundo Lucas de Souza Lehfeld¹⁵, o modelo do Estado Regulador contemporâneo baliza-se em estruturas ou pilares bem definidos e que o difere da organização do Estado Liberal do passado.

A primeira estrutura trata da abertura de alguns setores estratégicos que antes eram submetidos ao rígido controle do monopólio estatal à iniciativa privada e à lógica da

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 25, 30-31.

¹⁴ CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado Regulador e Controle Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

¹⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 142-145.

economia e, em conseqüência, aos efeitos benéficos da concorrência de mercado, (ou seja, aumento da qualidade dos serviços, da diminuição de tarifas e dos preços cobrados aos consumidores). Essa primeira estrutura do modelo regulatório constitui o fenômeno de desestatização da economia (privatização), ocorrido em escala mundial.¹⁶

A segunda estrutura corresponde a alteração do processo de invenção estatal na economia. O Estado muda de função, deixando de atuar diretamente na economia, e passa a privilegiar a sua competência regulatória. A atuação do Estado deixa de ser de fomentador da atividade econômica, por meio de um dirigismo estatal, passando a atuar na normatização e na estruturação político-administrativa. Visa, desta forma, influenciar a atuação da iniciativa privada para a realização do bem-comum.

Já a terceira estrutura baseia-se no pressuposto de que o Estado Regulador não apenas se destina a atenuar ou eliminar as imperfeições do mercado, mas também atua em outras áreas não menos complexas. A regulação estatal não se limita à intervenção no domínio econômico a fim de dar suporte aos mecanismos de mercado e para eliminar eventuais desvios ou falhas. Atua também com o propósito de atingir objetivos no âmbito político-social.

A quarta e última estrutura se apóia na idéia de que a regulação é “um processo em que interessa não apenas o momento da formulação das regras, mas também aqueles da sua concreta aplicação, e, por isso, não a abstrata, mas a concreta modificação dos contextos de ação dos destinatários”¹⁷. Isso quer dizer que o Estado Regulador pressupõe a existência de mecanismos dinâmicos e institucionalizados para o controle da economia. Espera-se, assim, que a regulação seja dinâmica, inovadora, especializada e célere para que o desenvolvimento econômico e o progresso tecnológico sejam devidamente acompanhados.

¹⁶ Marcos Juruena Vilela Souto explica que a onda de privatizações se estendeu até mesmo aos países de tradição social-participativa, como Reino Unido e França – fenômeno incentivado pela hegemonia do capitalismo a partir da queda do muro de Berlim, em 1989. Na Inglaterra, a privatização foi uma opção mais filosófica, “consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência”. Na França a privatização teve como preocupação significativa “democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações permitindo ao pequeno poupador particular influir na condução dos negócios do país”. Na realidade, tinha-se como objetivo dar “vida ao setor privado como força motriz do crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo.”. Cf. SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2000, p. 4.

¹⁷ MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. **Lo Stato regolatore**. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 28, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 146.

Observa-se, segundo a tese de Lehfeld, que esse novo perfil de atuação estatal tem como característica marcante o controle da atividade privada por meio das normas, seja para simplesmente regular o mercado, ou mesmo para realizar ou atingir metas político-sociais identificáveis com o bem comum.

Percebe-se, portanto, que esse Estado não se coaduna com aquela concepção de Administração Pública centralizadora até então exercida. Com o advento do estado regulador, políticas públicas e metas sociais bem variadas podem vir a ser implementadas indiretamente, por meio da atuação coordenada de setores regulados da economia.

Para que o poder de controle estatal fosse ampliando em relação ao setor privado, foi necessário a criação de instrumentos jurídicos e materiais até então inexistentes. Tudo isso devido ao papel essencial do Estado na condução dos agentes econômicos para o desenvolvimento dos valores sociais e fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

É nesse momento que surgem as agências reguladoras, fruto de uma profunda reforma administrativa ocorrida no Brasil e em diversas outras nações, principalmente as de tradição européia continental. As agências, apesar de pertencerem à estrutura do Estado, possuem uma série de características que as tornam diferentes do resto da Administração Pública, já que possuem atribuições regulatórias típicas e gozam de ampla independência, conforme será analisado adiante.

2.2 Ambiência político-econômica

Embora a partir dos anos 90 se tenha falado muito na profusão do Estado Regulador entre os países em desenvolvimento, a atividade regulatória, de fato, sempre esteve entre as atribuições do Estado.

O principal modo de regulação econômica observado historicamente é a atuação estatal direta na economia, por meio de empresas provedoras de serviços públicos essenciais. Refere-se, principalmente, aos setores cujas origens estão no processo de industrialização do

século XIX e que apresentam características de monopólios naturais, como água, luz, correios, telefonia, transportes, dentre outros.

As deficiências do Estado Social como modelo de regulação econômica se tornaram evidentes nas últimas décadas, principalmente devido ao crescente problema do esgotamento da capacidade fiscal do Estado, bem como decorrentes das dificuldades de se manter políticas públicas de qualidade. Ademais, o esgotamento do estado vinha se agravando em função dos baixos níveis de crescimento econômico experimentados. Esses fatores, dentre outros, contribuíram para a abertura econômica dos mercados da América Latina nos anos 90 e consolidaram a moderna teoria da regulação.

Nesse diapasão, Bresser-Pereria preleciona:

A crise do Estado implicou a necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções. [...] Seu novo papel é o de facilitar que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico e nos investimentos em infraestrutura.¹⁸

Verônica Paulino da Cruz,¹⁹ por sua vez, explica que o entusiasmo pelo “novo”, observado na fala de lideranças políticas daquele momento, bem como a pressão dos grandes países capitalistas e de organismos internacionais como o Banco Mundial (BIRD), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) foram fundamentais para a consolidação e a difusão do neoliberalismo nos países em desenvolvimento, sob a crença de que tais esforços, associados a outros fatores, levariam a um maior desenvolvimento destes.

Ela prossegue afirmando que o instrumental utilizado por esses atores internacionais também variou amplamente, indo de restrições a incentivos àqueles países que se adequassem ou não aos padrões econômicos indicados, sendo comum, por exemplo, a utilização da exigência de reformas de abertura de mercado como condição para a concessão de empréstimos.²⁰

¹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania**. A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. Brasília: ENAP, 1998, p. 237.

¹⁹ Cf. CRUZ, Verônica Paulino da. **Agências Reguladoras: Entre Mudanças Institucionais e Legados Políticos**. 2007. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 46.

²⁰ *Ibid.*, p. 46.

Desta forma, os países vinculados à OCDE deram início a uma revisão das suas práticas e instrumentos regulatórios e incentivaram²¹ a realização de reformas políticas dos demais países, sobretudo, preconizando o abandono de formas de dirigismo estatal e de desenvolvimentismo. Os países latinos, inclusive o Brasil, foram profundamente influenciados pela proposta de Reforma Regulatória da OCDE.

As metas desta reforma se focam basicamente na **regulação econômica**, a fim de aumentar a eficiência, a produção interna e implementar reformas neoliberais; na **regulação administrativa**, com o propósito de estabelecer boas práticas governamentais que assegurem o desempenho do setor privado e a segurança dos investimentos externos (redução de formalidades, aumento da transparência e incremento na aplicabilidade da regulação); e na **regulação social**, a fim de atender ao interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio-ambiente, etc., e indiretamente proteger o próprio modelo econômico de eventos externos.²²

Esse conjunto de instruções acabou sendo seguido nas mais diversas reformas observadas na América Latina, em diferentes níveis de aprofundamento. Com intervenções como a citada, ampliou-se na região a crença de que, com a adoção de tais medidas e com o aparato regulatório apropriado, ter-se-ia, enfim, uma regulação moderna capaz de conduzir cada país que a adotasse rumo ao desenvolvimento esperado.

Com estas observações, torna-se quase indubitável que as reformas econômicas e políticas dos anos 90 identificam-se com os paradigmas neoliberais, muito embora os governantes e ideólogos desse período quase sempre neguem esta correlação. Na verdade, a influência de potências capitalistas foi decisiva para a adoção deste modelo econômico na América Latina.

Assim, o Brasil não se tornou uma exceção. A implementação das políticas de minimização da influência estatal na economia nacional, juntamente com o “plano de desestatização da economia” efetivado na década de 90, refletem bem a influência das grandes potências mundiais e dos organismos internacionais interessados na abertura econômica e no desenvolvimento do sistema neoliberal no Estado brasileiro. Neste contexto, nasceram as principais agências reguladoras brasileiras, sofrendo em sua gênese a influência direta da filosofia econômica existente, como posteriormente será analisado.

²¹ Na verdade esse *incentivo* foi uma verdadeira imposição forçada das idéias neoliberais

²² CRUZ, Verônica Paulino da. *op. cit.*, p. 46-48.

2.3 Tradição regulatória brasileira

Como comentado anteriormente, a atuação reguladora do Estado não se limita às soluções adotadas a partir da concepção do Estado Regulador, sendo certo que certas medidas tradicionais, a exemplo da intervenção direta na economia, sempre foram praticadas, antes mesmo do advento do liberalismo.

Nesse contexto, não se torna correto afirmar que a experiência regulatória brasileira se iniciou com a criação das primeiras agências reguladoras, na década de 90. Na verdade, a tradição regulatória não é novidade no Direito brasileiro, pois, desde longas datas, a Administração Pública, direta ou indireta, vem expedindo atos para regular as mais variadas áreas de domínio econômico.

Até a década de 30, a economia nacional se caracterizava precipuamente pela atividade agroexportadora. Neste período já existiam alguns órgãos criados com funções precípua de regulação e fiscalização de determinados segmentos econômicos, a exemplo do Comissariado de Alimentação Pública (1918) e do Instituto de Defesa Permanente do Café (1922).

No final da década de 20, o Brasil atravessou uma crise política que culminou com a extinção da chamada República do Café com Leite e com a emergência da indústria nacional. A Era Vargas inaugurou um ciclo sócio-econômico marcado por idéias sociais e desenvolvimentistas. Este período foi considerado um divisor de águas, ocasião em que se implantou a filosofia do Estado Social ou Intervencionista.

Nesta época, Getúlio Vargas, na ânsia de modernizar o país e adotando verdadeira visão de governante estadista, criou vários órgãos regulatórios com feições de autarquias ou integrantes da Administração direta. Foram criados, dentre outros, os seguintes órgãos

regulatórios: Instituto Nacional do Alcool e do Açúcar (IAA) em 1933, Instituto Nacional do Mate – 1938, o Instituto Nacional do Sal – 1940 e Instituto Nacional do Pinho – 1941²³.

O intervencionismo do Estado brasileiro foi intenso e perdurou por um longo tempo, tendo sido marcado por ciclos importantes (além da Era Vargas), dentre os quais o governo de Juscelino Kubitschek e o período desenvolvimentista do regime militar. A própria Constituição Federal de 1988 foi elaborada com nítidas características do Estado Social. O modelo, entretanto, acabou sendo substituído pelo Estado regulador neoliberal, tendo o poder público passado a assumir uma postura reducionista, desestatizante e reguladora, não mais atuando diretamente nas diversas áreas de domínio econômico.

A implantação do modelo regulatório ocorreu somente na década de 90, com a criação das primeiras agências. O período foi marcado pela abertura da economia para o capital externo, desestatização da economia, quebra de monopólios, privatização de empresas públicas e outras providências típicas do neoliberalismo. Paralelamente, começaram a ser instituídas as agências para dar conta da demanda regulatória e para criar um ambiente político propício para atrair os investimentos externos.

Na verdade, a desestatização iniciou-se bem antes. O primeiro marco relevante deste processo foi o Programa Federal de Desestatização, instituído pelos Decretos nº 91.991/85 e nº 95.886/88, antes mesmo da Constituição de 1988²⁴. O processo foi incrementado em 1990 com a edição do Programa Nacional de Desestatização, estabelecido pela Lei nº 8.031/90, não mais limitado à órbita federal. O Programa Nacional de Desestatização tinha como objetivo principal a reordenação da posição estratégica do Estado frente à economia, com a transferência aos particulares de atividades concentradas indevidamente no Estado, isto é, transformar o modelo burocrático então vigente em um modelo gerencial e regulador.

Embora governantes anteriores tenham adotado medidas no sentido de promover mudanças institucionais, foi no governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) que se observou a criação de toda uma estrutura para pensar, discutir e implementar aspectos das reformas tidas como necessárias, sob a orientação de um modelo gerencial voltado para a eficiência da atividade administrativa.

²³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...**, p. 457.

²⁴ De se mencionar também a Comissão Especial de Desestatização, criada pelo Decreto nº 86.215/81.

Em 1995 foi criado o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE),²⁵ que tinha a competência de delinear com clareza os passos a serem adotados na reforma. Tal medida deixou clara a intenção do governo, que era implantar mudanças estruturais radicais, sobretudo no plano econômico, bem como evidenciou o seu grau de compromisso com os postulados do neoliberalismo.

Assim, não apenas em quantidade, mas também em qualidade, este governo aprofundou o processo de privatização, que já vinha sendo executado desde as administrações de Fernando Collor (1990-1992) e de Itamar Franco (1992-1994).

Além do MARE, também foram criadas a Câmara de Reforma do Estado e o Conselho de Reforma do Estado. A primeira, instância interministerial responsável pela deliberação sobre planos e projetos de implementação da reforma administrativa e o Conselho, com competência para assessorar a referida Câmara em seu trabalho e discutir os contornos dos princípios doutrinários que iriam orientar a Reforma do Estado.

O Conselho era composto por representantes de diversos setores da sociedade, dentre os quais empresários e intelectuais, além de integrantes de instituições públicas e, principalmente, por representantes do governo. O Conselho tinha como atribuição principal discutir e traçar os princípios doutrinários que serviriam para orientar a Reforma do Estado.

O motivo da criação dessa elaborada estrutura era dar legitimidade às decisões dos reformistas, as quais ostentavam uma imagem democrática e sempre utilizavam o fato de terem sido elaboradas em uma instância científica de reflexão. Uma das mais importantes produções do Conselho foi o Plano Diretor de Reforma do Estado²⁶, o qual apresentou as linhas gerais do processo de reforma a ser seguido pelo governo, que rejeitava o então modelo burocrático e preconizava a transformação para o modelo gerencial, seguindo a concepção do *New Public Management*.²⁷ Essa concepção consiste em uma crítica à forma burocrática tradicional e na elaboração de um modelo de reforma administrativa gerencial com

²⁵ A pasta foi ocupada inicialmente pelo economista Luiz Carlos Bresser-Pereira.

²⁶ Cf. BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995.

²⁷ Sobre o tema, confira: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Una reforma gerencial de la Administración Pública en Brasil. **Revista del CLAD: Reforma y Democracia**, Caracas, CLAD, n. 9, out. 1997, p. 68, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 217 e 226.

características que foram delineadas paulatinamente em vários países, como Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália.²⁸

Verônica Paulino da Cruz ressalta que não houve nada similar na história do planejamento público do Brasil. Porém, apesar da iniciativa ser louvável, a existência dessas instâncias acabou não sendo suficiente para discutir com profundidade as reformas pretendidas. Segundo os críticos da reforma, esses órgãos tiveram caráter apenas tecnocrático, pois as suas decisões refletiram apenas a vontade política do governante e dos interesses de setores ligados à elite burocrática e econômica. Em suma, funcionou apenas para legitimar cegamente a aplicação da doutrina neoliberal no país.²⁹

A reforma proposta pelo MARE ressaltava a necessidade de redução do tamanho do Estado, a fim de se alcançar o ideal de eficiência. Foram reduzidas as áreas de atuação exclusivas do Estado, com o proporcional alargamento das possibilidades de atuação da iniciativa privada em setores econômicos os quais o poder público passou a desempenhar mero papel de supervisor. Desse modo, buscou-se modificar a forma de intervenção do Estado na economia, com a diminuição de sua atuação direta e valorização da intervenção indireta. Procurou-se, com tais medidas, estabelecer um Estado enxuto, porém, mais forte e eficiente. Operou-se uma verdadeira mutação qualitativa e quantitativa na atividade regulatória.

Todas essas mudanças nas instituições do Estado tinham como propósito transformá-lo radicalmente, tendo em vista a situação de falência do Estado Social. Contribuíram tanto fatores internos quanto externos. Como fatores internos, podemos citar a própria crise fiscal do Estado Social como meio de estímulo às reformas. Na década de 80, tanto o Brasil como diversos países da América Latina vinham sofrendo os efeitos de crises internas sucessivas, típicas de economias pouco desenvolvidas. Também contribuiu para este ambiente de reforma a inflação alarmante, os movimentos de redemocratização e o desgaste da concepção tradicional do Estado Social.

Os fatores externos a serem indicados são a globalização e a pressão de potências capitalistas e agências internacionais em prol de políticas neoliberais de estabilização e ajustes sob a forma de condição para a obtenção de ajuda financeira.

²⁸ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 226.

²⁹ CRUZ, Verônica Paulino da. *op. cit.*, p. 78.

De fato, a reforma gerencial da Administração Pública brasileira ocorreu, tendo sido adotadas várias medidas inovadoras, dentre as quais: o controle da inflação da moeda por meio de planos econômicos bem sucedidos, a desestatização das empresas públicas, a redução das barreiras protecionistas, a abertura da economia para o capital externo, a criação de agências reguladoras e a quebra de paradigma e transição entre o modelo burocrático e o gerencial.

Assim, as reformas pretensamente modernizantes propostas pelos reformistas na década de 90, fortemente inspiradas na doutrina liberal, foram o centro do debate político por muitos anos, ainda gerando muitas discussões e opiniões divergentes sobre o tema. Contudo, passados vários anos, parece que as discussões deixaram de ser predominantemente relacionadas às questões de ideologias a favor do mercado ou a favor do Estado. Agora a discussão está mais voltada para questões relacionadas à atuação qualitativa estatal, a exemplo da sua capacidade de gestão.

O processo envolveu, segundo Lucas de Souza Lenhfeld,³⁰ três reformas principais, a saber: a) a extinção de determinadas restrições à participação do capital estrangeiro na economia nacional, dentre as quais as barreiras alfandegárias, reservas de mercado e outras medidas protecionistas; b) a quebra ou flexibilização dos monopólios do Estado de setores estratégicos, como telecomunicações, energia elétrica e petróleo; c) a desestatização da economia, por meio da alienação de empresas públicas e da abertura de setores até então monopolizados pelo Estado.

O ritmo acelerado de produção normativa contribuiu para o fortalecimento desse perfil. Foram editadas as leis que criaram as diversas agências reguladoras, bem como normas de regulação do mercado, envolvendo, dentre outros, os direitos do consumidor, a concorrência, os planos de saúde e o meio ambiente.

Assim, para exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização das atividades econômicas, foram criadas as agências reguladoras no Brasil, como resultado direto da modificação na forma de atuação do Estado, que deixou o papel de *produtor e empresário* e passou a ser um ente supervisor e garantidor.

³⁰ LEHFELD, Lucas de Souza. *op. cit.*, p. 254-259.

2.4 Influência inglesa e americana

Como já demonstrado anteriormente, a modificação das funções desempenhadas pelo Estado brasileiro foram resultado de intensa influência externa, acompanhada pela necessidade interna de desenvolvimento de uma nova política, apta a fornecer respostas positivas frente à crise do Estado Social que se alongava há anos.

Nesse contexto, não se pode deixar de analisar a influência direta que modelos estrangeiros de regulação desempenharam sobre a gênese das agências reguladoras nacionais. Desta forma, passa-se ao estudo da influência inglesa, norte-americana, francesa e de outros países no modelo adotado no Brasil para, então, passar a analisar as suas peculiaridades.

O modelo regulatório introduzido no Brasil foi influenciado diretamente pelo direito administrativo norte-americano, de vasta experiência com relação às agências reguladoras e sua autonomia no exercício da regulação.

As Agências Reguladoras, entretanto, tiveram como berço a Inglaterra, tendo sido posteriormente adotadas nos Estados Unidos. Segundo Alexandre de Moraes, a partir de 1834, entes dotados de autonomia foram criados pelo Parlamento inglês para concretizar medidas previstas em lei ou mesmo decidir eventuais controvérsias resultantes desses textos legais.³¹

Esses entes eram denominados *Executive Agencies* ou *Next Steps Agencies*, e tinham como função evitar que o poder político influenciasse a regulamentação de questões técnicas e específicas que viessem a envolver a sociedade britânica, visando melhorar e desenvolver os serviços de interesse público prestados à população e ao próprio governo.³²

As agências executivas britânicas se distinguem das Agências Reguladoras americanas, pois não são dotadas de força normativa, são vinculadas aos ministérios setoriais (semi-autonomia), e sofrem fiscalização do Legislativo.

³¹ Cf. MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 22; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 13 de nov. de 2008.

³² Cf. CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.76.

Em função da ligação histórica entre Inglaterra e Estados Unidos, e por adotarem ambos os países o sistema *common law*, foi natural que a experiência do primeiro tenha sido aproveitada pelo segundo. De qualquer modo, foi nos Estados Unidos que esses órgãos autônomos se desenvolveram e se tornaram verdadeiras instituições da Administração Pública.

Deve-se ressaltar que a estrutura das Agências americanas, também denominadas *Independent Regulatory Commissions*, não tem qualquer previsão constitucional, seja no texto original ou mesmo nas emendas, sendo produto da legislação infraconstitucional.

Podem-se distinguir três momentos distintos do desenvolvimento das Agências³³ nos Estados Unidos, segundo o ensinamento de Conrado Hübner Mendes:³⁴

A primeira onda regulatória foi inaugurada com a criação de agências de defesa da concorrência e de controle de monopólios naturais e correspondeu ao período do final do século XIX e início do sec. XX. O marco inicial foi a criação da ICC – *Interstate Commerce Commission*, em 1887, a fim de compor conflitos entre as empresas de transporte ferroviário, bem como entre fazendeiros do oeste americano.

Para o desempenho das funções legalmente atribuídas a esta agência, foram-lhe conferidos, também por lei, poderes quase-legislativos e quase-judiciais³⁵ (competências normativas e punitivas), além de outros poderes tipicamente executivos. A ICC, entretanto, foi originalmente criada sem maiores características de independência e de insubordinação, não tendo significando, portanto, a inauguração de um novo modelo administrativo.

Porém, por questões políticas ocorridas logo em seguida, foi editada em 1889 uma lei que assegurou ampla autonomia à ICC, tendo sido estabelecidas prerrogativas de independência decisória, estabilidade dos dirigentes, administração interna e de pessoal próprias, gestão orçamentária privilegiada, dentre outras, a fim de evitar ingerências políticas do governante. Essas modificações acabaram por produzir um órgão com características de

³³ Steven K. Vogel e Michael Moran propõem apenas três divisões, a saber: a era Progressiva, o *New Deal* e a era da nova regulação social dos anos 60. Cf. VOGEL, Steven K. **Free Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries**. Ithaca: Cornell University Press, 1996, *apud* CRUZ, Verônica Paulino da. *op. cit.*, p. 45; MORAN, Michael. **The British Regulatory State: High Modernism and Hiper-Innovation**. Oxford University Press, 2003, *apud* CRUZ, Verônica Paulino da. *op. cit.*, p. 45.

³⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras**: estabelecendo os parâmetros de discussão, p. 120-121, *in* SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 157-158.

³⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 232.

autonomia até então nunca cogitadas, o que representou, efetivamente, a criação do modelo americano de agência reguladora.³⁶

Ainda no contexto da primeira onda, foram criadas outras agências reguladoras, a exemplo da *Food and Drug Administration* (FDA, em 1906), responsável pelo controle da indústria alimentícia e farmacológica, do *Federal Reserve Board* (FED, em 1913), Banco Central Americano e da *Federal Trade Commission* (FTC, em 1914), com o objetivo de controlar práticas concorrenciais desleais.

A segunda fase, situada entre os anos 1930 e 1945, foi marcada por um período de forte crise econômica que sucedeu a quebra da Bolsa de Nova York de 1929. Como parte da política do *New Deal*, inúmeras agências foram criadas para intervir fortemente na economia. O período foi marcado pelas idéias intervencionistas da escola Keynesiana, que defendia a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, principalmente por meios de fomento à produção e consumo, que evitariam os ciclos de estagnação do capitalismo.

Conrado Hübner Mendes propõe, ainda, outros três períodos de evolução das agências americanas, a saber:

O terceiro momento, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo (*APA – Administrative Procedural Act*), que trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade.

Entre os anos de 1965-1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados.

Explica-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.

Finalmente, em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para que se consolide um modelo regulatório independente, mas com os controles externos adequados para garantir essa independência.

JUSTEN FILHO, por sua vez, relata como o Poder Judiciário encarou o poder normativo das agências americanas:

Ao longo do tempo, a relação entre o Judiciário e as agências evolui pendularmente. Nos períodos anteriores ao *New Deal*, havia posição muito mais rigorosa acerca da extensão da fiscalização. Após 1930 e até o início da década de 60, a jurisprudência foi bastante condescendente com a atuação das agências. Ao longo dos anos 60 e 70,

³⁶ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 76-77.

algumas Cortes passaram a propugnar a necessidade de controle judicial sobre a atividade das agências, inclusive no tocante à revisão do mérito das suas decisões. Após 1970, a Corte Suprema passou a adotar soluções cada vez mais rígidas, reconhecendo a possibilidade de revisão judicial acerca da atuação regulatória das agências. Essa situação não foi alterada nem mesmo em face das iniciativas produzidas pelo Governo Reagan de restringir a autonomia das agências.³⁷

A partir dos anos 80, cientistas políticos reputavam que os riscos decorrentes da corrupção, da captura das agências pelo setor privado e dos custos da negociação política (as denominadas **falhas de governo**), poderiam ser mais graves e danosos à sociedade do que as próprias falhas e distorções do mercado que as agências pretendiam combater (**falhas de mercado**).³⁸ Seguiu-se, assim, a tendência reducionista do neoliberalismo contemporâneo, com o devido implemento de controles externos das agências reguladoras.

Cabe ressaltar que alguns países, a exemplo da Nova Zelândia, sequer adotaram o modelo regulatório atual. Estes países adotaram um modelo em que as falhas de mercado são corrigidas por meio dos órgãos de defesa de concorrência, com a atuação ativa das associações de consumidores. Convencionou-se denominar este modelo de *light-handed regulation*, pois se faz o uso da menor quantidade de regras regulatórias possível.

Ressalte-se que, segundo comenta Verônica Paulino da Cruz, os debates doutrinários acerca da implantação do estado regulador no Brasil já estão superando a fase dicotômica entre o atual modelo e o modelo anterior (estado social), estando agora voltados para a atuação qualitativa do Estado, ou seja, à sua capacidade de gestão.³⁹

Uma vez conhecida a evolução das agências nos Estados Unidos, também será necessário analisar as suas principais características e o seu fundamento de legitimidade. Ressalte-se que nos EUA existem vários tipos de agências, dentre as quais as agências executivas e as reguladoras, independentes e ou não independentes, sendo que o presente estudo focará apenas as agências reguladoras independentes.

Primeiramente, deve-se observar que a organização administrativa nos Estados Unidos se concentra basicamente nas agências, divergindo substancialmente do Brasil. O

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 107-108.

³⁸ CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**. n. 229, p. 153-176, jul-set de 2002, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161, *apud* GODOI JUNIOR, José Vicente. **Agências reguladoras: características, atividades e Força normativa**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília. Marília, 2008, p. 35.

³⁹ Cf. CRUZ, Verônica Paulino da. *op. cit.*, p. 80.

modelo norte-americano possui um formidável nível de descentralização, sendo composto por centenas de órgãos com direção e competências distintas (as agências).⁴⁰

O direito administrativo brasileiro segue o modelo francês, que pressupõe centralização administrativa e forte hierarquia da Administração Pública (concepção burocrática). É composto por órgãos de administração direta (ministérios) e indireta (autarquias – inclusive as agências reguladoras – fundações, empresas públicas e de economia mista).

O próprio termo Agência nos Estados Unidos tem sentido amplo, confundindo-se com a própria noção de Administração Pública, pois abrange qualquer autoridade ou órgão do Governo, que esteja ou não sujeito ao controle de outra agência, excetuando-se apenas os três poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).⁴¹ Até mesmo o Gabinete do Presidente da República, para se ter uma idéia, é considerado uma agência.

As *Regulatory Agencies* ou *Commissions* são instituídas por lei, sendo certo que as suas competências e poderes, inclusive normativos, são outorgados pelo legislativo, o qual fixa *standards* ou *intelligible principle*⁴² para guiar a sua atuação. Deste modo, a lei determina as competências, os poderes, os métodos de agir, os princípios que determinam o seu funcionamento, as garantias de independência e a forma de fiscalização externa, dentre outros ajustes.

Deste modo, elas se destinam a disciplinar relações particulares, especialmente na área econômica. Para tanto, dispõem de poderes tipicamente legislativos (*rulemaking power*) e judiciais (*adjudication*), além das tradicionais funções do poder executivo (ex. poder de polícia). O primeiro é compreendido como a possibilidade de a agência produzir atos normativos abstratos. O segundo consiste na competência de proferir decisões para casos

⁴⁰ Alex de TOCQUEVILLE, no século XIX, já apontava que nos Estados Unidos “a descentralização foi levada a um grau que nenhuma nação européia seria capaz de suportar, penso eu, sem profundo mal-estar, e que inclusive produz efeitos importunos na América [...] A descentralização administrativa produz na América vários efeitos diversos. Vimos que os americanos tinham quase inteiramente isolada a administração do governo; nisso eles parecem-me ter ultrapassado os limites da razão sadia; porque a ordem, mesmo nas coisas secundárias, ainda é um interesse nacional.” Cf. TOCQUEVILLE, Alex de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 101, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *op. cit.*, p 152.

⁴¹ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Code. Administrative Procedural Act (APA - 1946). Title 5, Chapter 5, Subchapter II, §551. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/pls/05C5.txt>>. Acesso em 30 de julho de 2010.

⁴² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 94.

concretos, inclusive de caráter punitivo, acerca de conflitos de interesses entre os agentes econômicos ou entre estes e os cidadãos.

Assim, as agências reguladoras norte-americanas detêm competência normativa e judicial, sendo esta última restrita a conflitos de interesses envolvendo os agentes econômicos do setor regulado. Tais competências decorrem diretamente de delegação do Congresso norte-americano, o que é permitido no regime constitucional daquele país, conforme análise a ser feita no capítulo seguinte.

Outra característica de extrema importância das agências é o seu elevado grau de independência, consubstanciado, a princípio, nas garantias conferidas aos seus dirigentes, os quais possuem mandatos fixos e não podem ser destituídos *ad nutum* por motivos políticos (mas apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei). Os mandatos normalmente não são coincidentes com o do Presidente da República, o que confere maior estabilidade política e inviabiliza a nomeação pelo Chefe do Executivo de todos os diretores de uma agência.

A independência das agências também é assegurada: a) pela sua autonomia financeira, que compreende, além da prerrogativa de gestão das suas próprias receitas e recursos, na possibilidade de submissão do seu próprio orçamento diretamente ao poder legislativo, sem a interferência direta do executivo; b) pela autonomia administrativa; c) pelo regime jurídico especial dos seus servidores; d) pela insubordinação hierárquica e disciplinar para com autoridades ou órgãos externos⁴³.

Por fim, compondo o regime gerencial próprio das agências reguladoras, as mesmas seguem ideais de neutralidade, especialização técnica e científica, eficiência, transparência e participação popular, dentre outras.

Tais características são essenciais para o correto funcionamento da atividade regulatória, pois protegem as agências e os seus dirigentes da influência do setor econômico regulado, fenômeno este conhecido como *captura* da agência pelo setor regulado. Protegem, ainda, dos interesses governamentais de cunho secundário, como por exemplo: mudanças de

⁴³ Ou reduzida subordinação, conforme a natureza da agência e da legislação que a rege. As decisões das agências em matéria regulatória não sofrem, a princípio, reexame por órgãos superiores e estranhos às suas estruturas (recurso hierárquico). Igualmente, o controle disciplinar dos seus membros é feito por órgãos das próprias agências, havendo, assim, pouca interferência externa. A insubordinação hierárquica é uma verdadeira expressão da descentralização administrativa dos EUA.

governo (e conseqüentemente das políticas de governo), interesses partidários, disputas de cargos por membros do governo e oposição, etc.

2.4.1 A delegação legislativa no direito americano

Considerando-se que as competências quase-legislativas e quase-jurisdicionais das agências reguladoras foram delegadas por lei, há de se analisar a constitucionalidade de tal delegação para fins de justificação do sistema, em virtude da visão tradicional da separação dos poderes - princípio seguido pela Constituição norte-americana. Com efeito, a matéria já foi debatida exaustivamente pela doutrina e jurisprudência da Suprema Corte americana, tendo sido concluído que o regime é compatível com a Constituição.

As agências reguladoras não foram previstas na Constituição, muito menos a possibilidade de delegação legislativa de funções típicas do Legislativo e Judiciário para ente integrante da estrutura do executivo. A delegação de poderes, entretanto, é prevista indiretamente na constituição, no momento em que estabelece a competência do Congresso para elaborar leis necessárias ao exercício das atribuições constitucionais do Executivo e dos seus departamentos e demais autoridades.

Nos Estados Unidos, a administração pública é composta fundamentalmente por agências. A sua organização é feita a nível legal, pelo Congresso, por meio de leis que especificam os programas de cada agência e a sua organização. Ademais, como sabido, as leis no sistema de *common law* são efetivamente consideradas como direito no momento em que são aplicadas, em conformidade com o sentido que lhes é definido pelos Tribunais. Assim, é comum o uso de decisões judiciais (precedentes) para fixar a interpretação a ser seguida.

Leila Cuéllar, citando o autor americano Kenneth F. Warren, ressalta que o Congresso americano, logo nas suas primeiras sessões, iniciou o processo de delegação de funções e competências para diversos órgãos do executivo (*agencies*) e para o próprio poder judiciário⁴⁴, sendo certo que tal prática foi referendada pela jurisprudência e consolidou-se

⁴⁴ WARREN, Kenneth F. **Administrative law in the political system.** *apud* CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de direito administrativo...**, p. 163.

como legítima. As delegações, que antes eram direcionadas na maioria ao Presidente, foram progressivamente sendo atribuídas às agências.⁴⁵

Com efeito, para proporcionar a essas agências o desempenho das tarefas conferidas legalmente, foram-lhes atribuídos, também por lei, poderes quase-legislativos e quase-judiciais, além de outros poderes tipicamente executivos.

A Suprema Corte manifestou-se inúmeras vezes sobre o assunto, com posicionamentos nem sempre uniformes. Em alguns casos, decidiu pela inconstitucionalidade da delegação⁴⁶ e em outros favoravelmente⁴⁷. Prevaleceu o entendimento de que era conveniente que o estado realmente distribuísse as suas funções a órgãos diversos e autônomos em função da impossibilidade do Congresso e do Poder Judiciário suportassem a demanda crescente e cada vez mais especializada decorrente da atuação dos mais diversos setores da economia.

As condições para a aceitação da delegação do poder legiferante foram estabelecidas pela Suprema Corte no caso *United State v. Curtiss-Wright Export Co.*, em 1936. Nesta decisão, chegou-se à conclusão que a delegação seria legítima somente se o legislativo estabelecesse normas gerais (*standards*), com significado determinável (*meaningful standards*) como forma de orientação aos administradores. Isso consiste na teoria conhecida como princípio inteligível (*intelligible principle*), que preceitua não haver vício na delegação quando a lei apresentar “um *princípio inteligível* para permitir a revisão judicial acerca do respeito quanto ao conteúdo e aos limites determinados pelo Congresso”.⁴⁸

Lucas de Souza Lehfeld, parafraseando Bernard Schwartz, sintetiza que:

A delegação de poderes legislativos, num primeiro momento submetida à proibição teórica absoluta, atualmente se mostra possível, desde que limitada por normas gerais e *standards*, estabelecidos pelo Congresso. Há necessidade de se constatar a

⁴⁵ Cf. BARCELOS, Cristina. **O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e no direito brasileiro**: um estudo comparado. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p 31.

⁴⁶ Cf. caso *Field v. Clark*, em 1892. Antes do *New Deal*, os tribunais se posicionavam conforme o princípio da não-delegação do poder normativo, com algumas ressalvas.

⁴⁷ Cf. caso *United State v. Curtiss-Wright Export Co.*, em 1936. Na época do *New Deal* o princípio da não-delegação foi abandonado em virtude da necessidade que tinham as agências em editar normas para implementar as políticas sociais planejadas pelo Governo com urgência.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 94.

constitucionalidade da lei delegante, bem como se a atuação da agência, *in concreto*, está respalda pela lei, ou seja, dentro dos limites fixados por ela.⁴⁹

Assim, dentre outros condicionantes, percebe-se a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade da doutrina alemã (nas três acepções: adequação, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito) para se legitimar a atuação normativa e quase-judicial das agências americanas, em consonância com a sua legislação criadora.

2.5 Influência francesa

O direito administrativo europeu continental tem uma concepção burocrática, centralizadora, subordinada às diretrizes do executivo, unitária, com hierarquia rígida, estrutura intrincada e composta por inúmeros órgãos de administração direta e indireta. Tal modelo, com nítida base no *civil law*, é adotado na França e espelhou o modelo administrativo de diversos países na Europa, América Latina, etc.

Na França, as Agências Reguladoras são denominadas *Autorités Administratives Indépendantes* (Autoridades Administrativas Independentes). O modelo se formou entre os anos de 1880 e de 1945 e é sustentado por um sistema rígido constitucional.

Fabiana Silveira Karan⁵⁰ faz o seguinte comentário sobre as causas da criação das *autorités* francesas:

As causas que determinaram a criação das *autorités administratives indépendantes* não se afastam muito daquelas ligadas à transformação do Estado. Em muito contribuíram o desenvolvimento do mercado, a globalização da economia, a concentração de capitais, o surgimento de oligopólios nas áreas de informatização, de comunicação, de alta tecnologia, a necessidade de se reduzir o tamanho da máquina estatal, da proteção ao consumidor, da criação de marcos regulatórios a disciplinar os vazios avidamente preenchidos pelas megacorporações, a fragilidade em se deixar o equilíbrio econômico aos humores do mercado, e a inadequação das instâncias tradicionais em confronto com a nova realidade.

⁴⁹ SCHWARTZ, Bernard. **Administrative law**. 3. ed. Boston Little, Brown and Company, p. 44, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *op. cit.* p. 189.

⁵⁰ KARAN, Fabiana Silveira. **As Agências Reguladoras no cenário brasileiro**: Os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2008, p. 31.

As *autorités* implantadas na França não são idênticas às agências americanas, sendo certo que foram adotadas naquele país estruturas que se harmonizaram com a sua tradição publicista, de raízes no *civil law*. Esse modelo de agências influenciou diversos países, dentre os quais os países europeus e os da América Latina, inclusive o Brasil.

O termo *autoridade*, segundo Fabiana Silveira Karan:

[...] significa, numa acepção estrita, o *poder de aprovar medidas com caráter de ato administrativo unilateral*, enquanto uma concepção ampla acresce a esta competência decisória o poder de influência *inserido numa ação coerente e continuada* que exerce junto às instâncias decisórias.⁵¹

Em suma, na concepção adotada na França, *autoridade* é um órgão ou núcleo de poder institucionalizado na administração pública com competência decisória.

O primeiro órgão implantado com a feição de autoridade foi a *Commission de Contrôle des Banques* (Comissão de Controle dos Bancos), em 1941⁵². Mas o marco principal para a consolidação do conceito de autoridade administrativa independente foi a criação da *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL* (Comissão Nacional de Informática e das Liberdades), em 1978⁵³, devido às suas competências e características de autonomia.

As *autorités*, apesar de serem destituídas de personalidade jurídica própria, possuem garantias de independência, a exemplo do poder normativo, da autonomia financeira e administrativa em relação ao Executivo, além de garantias de independência, a exemplo da estabilidade dos seus dirigentes.⁵⁴

Dentre as semelhanças entre o modelo americano e o francês, pode-se apontar a composição colegiada dos órgãos de direção e a existência de poder regulamentar. A competência das autoridades é, primordialmente, regular o regime jurídico de prestação dos serviços públicos e resolver conflitos entre o Estado, os cidadãos e os agentes econômicos, o que acaba coincidindo com as funções gerais das agências reguladoras americanas.

⁵¹ *Ibid.*, p. 30.

⁵² Criada pela Lei de 13 de junho de 1941. Autoridade responsável por regular e organizar o setor bancário.

⁵³ Criada pela Lei nº 78-17 de 6 de janeiro de 1978. Autoridade responsável por garantir que a tecnologia da informação seja usada a serviço do cidadão e que não venha a afetar a sua identidade humana, privacidade e liberdades individuais ou públicas.

⁵⁴ CAL, Ariane Brito Rodrigues. *Op. cit.* p.78.

Em relação à natureza jurídica das autoridades independentes, apesar de não haver previsão na constituição atual (de 1958) e por não terem elas personalidade jurídica, considera-se que as mesmas estão inseridas na estrutura da Administração Direta (Poder Executivo), sendo refutada a tese da existência de um quarto poder.

A questão da constitucionalidade das *autorités* gera polêmica. A Constituição exige que todo poder público deve ser legitimado por procedimentos democráticos. Do mesmo modo, não prevê a possibilidade do Legislativo delegar competências normativas (autoridade) para outros organismos. Ademais, o Texto Maior francês estabelece que é competência do Primeiro Ministro baixar regulamentos. Assim, em uma primeira análise, está excluída tanto a possibilidade de delegação normativa do Legislativo quanto a delegação de competência regulamentar pelo Executivo.

Sobre o tema, Fabiana Silveira Karam explica que:

O *Conseil Constitutionnel* já apreciou a matéria, decidindo que o legislador pode atribuir a outro órgão administrativo, que não o Primeiro Ministro, competência para *fixar no âmbito de um domínio específico e dentro de um quadro definido por lei e regulamento, normas que permitam conferir aplicabilidade prática a uma lei*. Em outra decisão, acentuou o caráter limitado do poder regulamentar das *autorités*, cujas medidas ficam restritas tanto no campo de aplicação como no seu conteúdo.⁵⁵

Segundo a mesma autora, a Corte Constitucional francesa também já se manifestou sobre a constitucionalidade das competências investigatórias e sancionatórias das *autorités*, fixando balizas para o seu exercício.⁵⁶

Percebe-se, assim, que as autoridades administrativas independentes francesas certamente influenciaram o modelo agencial adotado no Brasil. Entretanto, o grau de influencia do modelo americano é bem maior, sendo certo que a experiência francesa funcionou apenas como coadjuvante deste processo de importação, conforme estudo a ser feito nos tópicos seguintes.

2.6 Outros modelos regulatórios

⁵⁵ KARAN, Fabiana Silveira. *Op. cit.*, p 34. As decisões referidas na citação da autora são as seguintes: Acórdãos do *Conseil Constitutionnel* de 18/09/1986 e de 28/07/89, respectivamente.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 34.

Os modelos regulatórios adotados nos Estados Unidos da América e na França, a nosso ver, foram os mais importantes para definir as linhas gerais do modelo brasileiro. Entretanto, pode-se destacar outros modelos regulatórios que, de certa forma, também influenciaram na elaboração da legislação nacional.⁵⁷ Dentre eles, citamos as soluções adotadas na Itália, Espanha, Portugal, Nova Zelândia, Austrália e Coreia.

Na **Itália**, as autoridades reguladoras, denominadas *Autorità Indipendenti*, tomaram forma definitiva apenas na década de 1990. O seu regime jurídico se caracteriza pela cumulação de competências normativa e executiva e pela não submissão ao controle de outros órgãos da administração pública. A competência normativa é exercida através de atos regulamentares. O grau de independência varia conforme a lei criadora.

A nomeação dos membros que compõem o órgão de cúpula das *autorités* segue regras que visam a garantir a neutralidade política, que ocorre por meio do pluralismo das suas fontes. Fabiana Silveira Karan explica com detalhes esta característica:

A designa o de seus membros varia entre a nomea o por Decreto do Presidente da República, sob proposta do Governo e consultadas as Comissões parlamentares; a nomea o por decisão conjunta dos Presidentes das duas Câmaras do Parlamento e a nomea o por Decreto do Presidente da República, sob proposta dos Presidentes das Câmaras Parlamentares.⁵⁸

Na **Espanha**, os órgãos reguladores são denominados *Administraciones Independientes*. O poder normativo decorre do exercício do próprio poder regulamentar do Executivo que, segundo a interpreta o da Suprema Corte espanhola, não   privativo do Chefe do Executivo e de seus ministros.

A atua o destes órgãos se foca basicamente na área da regula o técnica e econômica, bem como nas garantias dos direitos fundamentais. São características principais a independência e neutralidade na esfera política. Possuem competências para editar normas e regulamentos, além de aplicar san es.

⁵⁷ Ressalte-se que a concep o do new public management foi amplamente difundida no mundo, sendo certo que as experiências de vários países foram estudadas para se delinear o modelo brasileiro.

⁵⁸ KARAN, Fabiana Silveira. *Op. cit.*, p 36.

As *administraciones* podem também aplicar *dupla sanção*, de natureza administrativa e penal, em função de estarem os delegatários submetidos ao âmbito das relações especiais de poder.⁵⁹

Não há garantia de inamovibilidade dos dirigentes, podendo eles ser afastados por meio de decisão não discricionária. Ademais, o governo pode exercer controle por meio de diretivas, em sede de recurso gracioso, ou ainda mediante a aprovação de regulamento em matéria conexa, o que limita a liberdade de ação das agências.

Em **Portugal**, as *Autoridades Administrativas Independentes* exercem funções de órgãos reguladores. Diferentemente de todos os outros casos estudados, existe na Constituição de Portugal um dispositivo⁶⁰ que autoriza a criação destas autoridades. Porém, tal como no caso brasileiro, o Texto Maior português não estabeleceu qualquer poder ou prerrogativa expressa para as Autoridades Administrativas Independentes.

Há uma divisão entre as autoridades vocacionadas para os direitos fundamentais e as incumbidas da regulação das atividades econômicas, havendo diferenças na composição dos órgãos de cúpula. Para o primeiro tipo, há previsão da participação de membros do Legislativo, Judiciário e Ministério Público. Os dirigentes das entidades de proteção dos direitos fundamentais são inamovíveis, enquanto que, no caso das demais Autoridades, os seus dirigentes são sujeitos à possibilidade de *demissão condicionada*, isto é, com base em motivos previstos na lei.⁶¹ No mais, as características se assemelham às dos demais países estudados.

Na **Nova Zelândia**, foi adotada uma solução bem diferente do modelo regulatório agencial tradicional. Predominou neste país o pensamento de que as *falhas de governo*, decorrentes dos riscos de captura, dos custos da negociação política e da corrupção seriam piores do que os próprios inconvenientes trazidos pelas *falhas de mercado*. Assim, floresceu um modelo de desregulamentação técnica e econômica que se convencionou denominar *light-handed regulation*,⁶² em que a quantidade de normas regulatórias é a mínima possível. O

⁵⁹ Trata-se de mais um entendimento firmado pela Suprema Corte espanhola, na interpretação da Constituição.

⁶⁰ Art. 267º, § 3º, com redação dada pela Lei Constitucional nº 1/97: “A lei pode criar entidades administrativas independentes.”

⁶¹ KARAN, Fabiana Silveira. *Op. cit.*, p 40.

⁶² A expressão foi utilizada em um relatório da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE, em inglês OECD) que serviu de fonte para a síntese do modelo neozelandês. Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Relationship between**

desempenho das funções corretivas do mercado é atribuído à autoridade antitruste (órgãos de defesa de concorrência). Assim, havendo distorções, os agentes econômicos estão sujeitos, em geral, a penalidades *pos facto*, bem como correm o risco de sofrer uma intervenção regulatória mais rigorosa.

O modelo de regulação adotado na Nova Zelândia aproxima-se muito da idéia de desregulamentação. As normas relativas à regulação técnica e econômica são bem reduzidas, não havendo órgão regulador instituído. A legislação disciplinadora da concorrência é bem desenvolvida e a autoridade antitruste atua no sentido de corrigir as falhas de mercado decorrentes dos setores econômicos.

O modelo tem as seguintes características principais: a) desregulação técnica e econômica acentuada; b) sólida confiança nos mecanismos de defesa da concorrência; c) elevado grau de transparência, inclusive em relação às informações das empresas detentoras de posição econômica dominante; d) separação entre as atividades econômicas com características de monopólio natural e aquelas exercidas em mercados contestáveis; e) ameaça de uma regulação mais dura em casos excepcionais. Ademais, a atuação estatal é *ex post*, ao contrário do modelo de regulação tradicional, em que predomina o controle *ex ante*.⁶³

Entende-se nesse país que a desregulamentação e a defesa da concorrência são as melhores formas de garantir a eficiência da economia, inclusive nos setores em que existem atividades com características de monopólios naturais. A transparência das informações das empresas detentoras de grande poder econômico dificulta a possibilidade de práticas anti-concorrenciais.

A separação entre as atividades de monopólio natural e as atividades com elementos contestáveis decorre do fator histórico de existirem grandes empresas estatais multidisciplinares, que atuavam em diversos setores econômicos simultaneamente, alguns em regime de monopólio. Um exemplo é a *New Zealand Post Office* (NZPO), estatal que concentrava os serviços de telecomunicações, correios e bancários, além de atuar como agente governamental em outras tarefas menores.

Regulators and Competition Authorities. Comittee on Competition Law and Policy of OECD. 04 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2010.

⁶³ Cf. OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. **Regulação e Defesa da Concorrência:** Bases Conceituais e Aplicações do Sistema de Competências Compartilhadas. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 38. Disponível em: <<http://easp.fgvsp.br/pt/node/485>>. Acesso em: 7 ago. 2010.

Uma peculiaridade interessante é a reserva governamental de elementos institucionais para a atuação em caso de desequilíbrio econômico. Caso aconteçam distorções ou abusos em determinado setor, poderá o Poder Público impor uma regulação setorial mais rigorosa (*heavier-handed regulation*), a exemplo do controle direto de preços.⁶⁴

Ressalte-se que, a partir da década de 1980, a Nova Zelândia passou por uma formidável reforma administrativa, sendo certo que a opção política adotada foi o estabelecimento de um reducionismo extremo do Estado, com a privatização de praticamente todas as atividades até então desempenhadas pelo Poder Público e com a redução das próprias estruturas e atribuições dos Ministérios e demais órgãos. O resultado foi bem positivo, tendo o país saído de uma fase de recessão e ingressado em um longo ciclo de desenvolvimento sócio-econômico.⁶⁵

O modelo neozelandês traz algumas desvantagens, pois não permite uma regulação abrangente, a exemplo de metas de universalização, integração regional, meio ambiente, etc. Entretanto, esta deficiência se harmoniza perfeitamente com os propósitos da orientação política do país, que persegue uma feição estatal minimalista. Ademais, o modelo apresenta méritos relevantes, tais como a redução extrema do tamanho da máquina estatal, o incremento da eficiência econômica das empresas e a redução da carga tributária e de outros encargos que oneram os consumidores, o que acabou se convertendo em resultados extremamente positivos.

O modelo regulatório adotado na **Austrália** também é razoavelmente diferente do modelo agencial tradicional. Neste país, a regulação econômica setorial é realizada, ora por Autoridades (matéria técnica e econômica) e ora pela *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), autoridade australiana de defesa da concorrência. Trata-se de um modelo denominado de *Regulação Antitruste*.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁵ Floy Lilley transmite uma idéia da magnitude das reformas realizadas na Nova Zelândia. Segundo ela: “o tamanho do governo foi reduzido em 66%, medido pelo número de funcionários públicos; a fatia do governo no PIB, que era de 44%, caiu para 27%; o governo passou a produzir superávits orçamentários; estes foram utilizados para saldar a dívida; a dívida, que estavam em 63% do PIB (nos EUA, a cifra está em 86%; no Brasil, a dívida bruta está em 66%), caiu para 17%; o que sobrava do superávit de cada ano era compensado pela redução de impostos; o imposto de renda foi reduzido pela metade e vários impostos indiretos foram eliminados.” A autora continua afirmando que foi reduzido “o número de funcionários públicos no Ministério dos Transportes da Nova Zelândia de 5.600 para meros 53. Já o número de empregados parasitas no Ministério do Meio Ambiente caiu de 17.000 para apenas 17.” Já no Ministério do Trabalho, houve um corte de 28.000 empregados, tendo restado apenas um, o Ministro. Cf. LILLEY, Floy. **As lições da Nova Zelândia**: como reduzir drasticamente o estado e prosperar. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 27 maio 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=692>>. Acesso em 07 ago. 2010.

Segundo Gesner José de Oliveira Filho, neste modelo a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto a regulação técnica e econômica. Trata-se de um caso simétrico ao modelo de *isenção antitruste*. A diferença é que na regulação antitruste a ênfase recai sobre o aspecto da defesa da concorrência, sendo a regulação restringida ao mínimo necessário. No modelo de isenção antitruste a ênfase é dada para a questão regulatória técnica e econômica, enquanto que a questão antitruste é aplicada subsidiariamente, no que não conflitar com as primeiras.⁶⁶

Além da competência antitruste, a ACCC também possui a função de atuar em questões que envolvam o relacionamento entre delegatários,⁶⁷ emitir diretrizes para as Autoridades reguladoras no que diz respeito às questões concorrenciais, bem como acompanhar a composição dos custos das tarifas das empresas delegatárias.⁶⁸

Na **Coréia**, finalmente, verifica-se a aplicação do modelo de *isenção antitruste* proposto por Gesner José de Oliveira Filho. Neste país, a política regulatória é ditada por órgãos reguladores setoriais integrantes da Administração Direta, não havendo, assim, agências com características de independência e autonomia, tais como no modelo regulador convencional. A legislação concorrencial é aplicada apenas subsidiariamente à regulação técnica e econômica.⁶⁹

Feita esta explanação, que serviu para esclarecer o contexto regulatório mundial, cumpre-se, agora, verificar as características adotadas no modelo brasileiro.

2.7 O modelo brasileiro de agências reguladoras

Como visto acima, o contexto neoliberal, a globalização e a decadência do modelo social de Estado levaram vários países do mundo a modificar suas políticas governamentais, os quais passaram a adotar uma série de medidas, dentre as quais a abertura de mercado, a

⁶⁶ OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. *Op. Cit.*, p. 17 e 40-41.

⁶⁷ Por exemplo, as questões relativas ao compartilhamento de infra-estrutura.

⁶⁸ Estas competências incidem em face do funcionamento das autoridades regulatórias, a exemplo da *Australian Communications Authority* (ACA), reguladora do setor de telecomunicações.

⁶⁹ OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. *Op. Cit.*, p. 37-38.

diminuição da aparelhagem estatal, a desestatização de suas economias e a redução de barreiras alfandegárias, dentre outras medidas.

Para acompanhar esta onda modernizante, foram necessárias reformas econômicas e administrativas, sendo certo que uma das soluções adotadas em grande escala foi a importação do modelo anglo-americano de regulação, por meio de agências independentes.

Alexandre de Moraes comenta sobre a concepção básica do modelo regulatório brasileiro:⁷⁰

Nesse contexto, o Direito brasileiro incorporou, principalmente, do direito norte-americano a idéia de descentralização administrativa na prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, gerenciamento e fiscalização pelas agências reguladoras. Assim, entendemos que as agências reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação de finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades.

[...]

O poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – standards –, cabendo às agências reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à administração direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões ou concessões.

Para os adeptos do neoliberalismo, apenas a partir da adoção dessas novas estruturas de governança um país poderia se inserir no círculo de nações dotadas de um sistema regulatório moderno. Este aparato regulatório seria capaz de superar os vícios detectados anteriormente na Administração Pública burocrática e gerar crescimento econômico ao país.

Essa esmerada construção retórica foi posta em plena prática a partir de 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, ocasião em que foram editados diversos atos normativos que extinguiram monopólios constitucionais, privatizaram estatais, instituíram regimes de concorrência e criaram agências reguladoras.

Ressalte-se que este processo, apesar dos esforços, não foi uniforme, sendo certo que ainda falta no Brasil uma lei geral sobre as agências reguladoras, além de diversos aperfeiçoamentos.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. Revista dos Tribunais n° 791, p. 743-744, *apud* TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**, in MORAES, Alexandre de (org.). *op. cit.*, p. 151 a 152.

Como mencionado anteriormente, foi implantado no Brasil um modelo com forte influência do direito administrativo norte-americano, com leves toques do modelo europeu continental. No entanto, diferentemente dos EUA, o direito administrativo brasileiro teve forte e decisiva influência francesa. O sistema francês é composto por uma série de órgãos que integram a administração direta e indireta, centralizados e hierarquizados, bem diferente da organização administrativa norte-americana, que se baseia em entidades autônomas com amplas competências.

A própria denominação “Agências Reguladoras” decorreu do modelo americano, tendo sido afastadas, inclusive, as denominações “órgãos reguladores”, contida nas Emendas Constitucionais nº 8 e 9, de 1995, e “autoridades administrativas independentes”, oriunda do modelo europeu.⁷¹ A opção pela estrutura autárquica, por outro lado, decorreu da influência francesa, tendo servido para harmonizar a concepção americana de agencies com o direito pátrio.

Ressalte-se que a lei nº 9.472/97, apesar de adotar a denominação Agência Reguladora, utiliza-se da denominação européia para contextualizar a função regulatória da ANATEL: “A agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.”⁷²

No Brasil, as agências reguladoras foram constituídas sob a forma de *autarquias*⁷³ *de regime especial*, integrantes da Administração Pública indireta, com vinculação ao Ministério correspondente às atividades por elas exercidas. O regime especial é caracterizado, principalmente, pela presença de poder normativo apto a trazer para o ordenamento normas abstratas e por um elevado grau de autonomia e de independência.

⁷¹ Maria Sylvia Zanella di Pietro comenta que a denominação agência “não acrescenta nada de útil ou vantajoso ao direito brasileiro. O ente que nos Estados Unidos é denominado de agência, no Brasil é chamado de órgão administrativo ou autarquia de regime especial, como já existem de longa data, a exemplo das Universidades Públicas, das autarquias corporativas e do Banco Central. Mas também não se pode dizer que haja algum óbice jurídico ao uso do vocábulo. Trata-se de mais um modismo que acompanha o movimento de globalização.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...**, p. 209.

⁷² Lei 9.472/97, art. 9º.

⁷³ O termo autarquia significa *poder próprio* e foi usado pela primeira vez por Santi Romano em 1897, na identificação da situação de entes territoriais e institucionais do Estado unitário italiano. O autor admitia que autarquia consiste na administração indireta do Estado, exercida por pessoa jurídica, que defende os próprios interesses e também os do Estado.

Como é cediço, autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público interno criadas por lei que integram a Administração indireta. São criadas com capacidade administrativa, patrimônio, orçamento, receitas e atribuições próprias e são sujeitas ao controle, vigilância e supervisão pela Administração Direta. Possuem finalidade específica de executar atividades típicas da Administração pública, de forma descentralizada e relativamente autônoma.

O atributo de especialidade das agências reguladoras reside no fato de as leis que as constituem previrem expressamente dispositivos que garantem um maior grau de independência e autonomia em relação às autarquias tradicionais, bem como a existência de dispositivos que lhes atribuem poder normativo abstrato. Assim sendo, as agências reguladoras submetem-se a um regime *sui generis*, o qual lhes confere maior grau de autonomia e liberdade em relação à Administração direta do que as demais autarquias (não-especiais).

O alto grau de autonomia e independência das agências decorre de diversas garantias estabelecidas na legislação, dentre as quais podemos destacar a estabilidade dos dirigentes e a autonomia administrativa, financeira, funcional e decisória.

O jurista espanhol Gaspar Ariño, tratando da questão da autonomia das agências, enfatiza que “as duas notas fundamentais que as caracterizam – suas duas grandes vantagens – são a especialização e a independência.” Em seguida, o autor continua:

A independência de juízo e a de decisão resultam particularmente necessárias nestas matérias por razões fundamentais: primeiro porque para o político o mais fácil é adiar o problema; segundo porque nos encontramos diante de situações que afetam diretamente os direitos e liberdades dos cidadãos, onde as decisões devem ser tomadas com a imparcialidade e independência de um juiz.⁷⁴

No mesmo sentido posicionaram-se Luis Roberto Barroso:

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.⁷⁵

⁷⁴ ARIÑO, Gaspar. **Economia y Estado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 470 *apud* MENDES, Conrado Hübner, **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão**, in SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 124, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. n. 229, Jul./Set. 2002, p. 296.

Floriano Azevedo Marques Neto, por sua vez, preleciona:

Um exemplo parece ser ilustrativo. Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo.⁷⁶

Estas garantias serão analisadas a seguir.

2.7.1 As garantias das agências reguladoras na legislação brasileira

Para que a regulação seja efetiva é preciso que seja desempenhada por órgão que possuam estabilidade, neutralidade e independência, não só em relação aos diversos agentes econômicos presentes no mercado, mas, sobretudo em relação às influências políticas.

A pretensão é tornar o ente regulador mais protegido em relação às flutuações políticas e econômicas, a fim de se garantir a continuidade e a estabilidade da atuação regulatória, no intuito de prestigiar o desenvolvimento duradouro do mercado em benefício dos usuários. Por outro lado, objetiva-se, através das garantias atribuídas às agências, alcançar o ideal de eficiência, princípio jurídico norteador da Administração Pública que implica na idéia de cumprimento de objetivos com o mínimo de gastos possíveis.⁷⁷

Nesse diapasão, com o intuito de entender melhor o funcionamento de tais instituições, passar-se-á a análise das principais garantias das agências brasileiras:

A **estabilidade dos dirigentes** é, sem dúvida, o atributo considerado como traço diferenciador das agências reguladoras em relação às demais autarquias. É garantida pela existência de mandatos fixos dos conselheiros ou diretores, sem a possibilidade de demissão por motivos políticos. Os dirigentes só podem ser exonerados em casos especificados em lei, dentre as quais a ocorrência em falta funcional grave apurada em processo administrativo

⁷⁶ MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. In **III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos**, 2003, Gramado. Anais..., São Paulo: ABAR, 2003, p. 32.

⁷⁷ Introduzido no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Cf. CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

disciplinar, a condenação penal transitada em julgado, o ato de improbidade administrativa, a violação de regras de incompatibilidade para o exercício da função, a prática de atos lesivos aos interesses ou ao patrimônio da agência reguladora, a renúncia ou em outras excepcionais hipóteses previstas em lei.

Ressalte-se que a Lei 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, estabeleceu, de forma uniforme para as agências, a prerrogativa da estabilidade dos seus dirigentes, consolidando o que já estava previsto nas leis de criação das agências.⁷⁸

Esta característica é a principal garantia de independência funcional dos seus diretores, pois os permite tomar decisões seguindo o seu próprio convencimento técnico, sem o temor das pressões e das interferências próprias do meio político, já que não podem ser demitidos *ad nutum*, garantindo-se através de tais mecanismos uma estabilidade provisória aos diretores e uma conseqüente estabilidade ao próprio funcionamento das agências.

Carlos Ari Sundfeld destaca a estabilidade dos dirigentes como fator fundamental para garantir a autonomia das agências:

Na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados 'ad nutum'; isso é o que garante efetivamente a autonomia.⁷⁹

Contudo, é de vital importância salientar que a regra da estabilidade é relativizada nos casos de algumas agências, a exemplo da ANVISA e da ANA, que possuem dispositivos nas suas respectivas leis de criação que estabelecem um período inicial de quatro meses do mandato em que a exoneração desmotivada é permitida.

A nosso ver, esta previsão legal deve ser criticada e combatida, pois deturpa a idéia de mandato fixo e de estabilidade, além de sujeitar a atuação da autoridade, durante este período inicial, à influência política do Chefe de Estado. Ressalte-se que a escolha dos

⁷⁸ Art. 9º da Lei 9.986/00: “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”.

⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras**, in SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 24-25, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*

dirigentes deve se basear sempre na capacidade técnica dos indicados, não havendo lugar, portanto, para período probatório.

A fim de gerar maior estabilidade na composição do conselho diretor, os mandatos dos conselheiros são desencontrados entre si, bem como desencontrados com o do Presidente da República, o que permite, inclusive, que os conselheiros nomeados permaneçam exercendo suas funções no mandato do governante sucessor.

Essa característica tem a sua constitucionalidade questionada por importantes doutrinadores, tais como Leila Cuéllar e Celso Antônio Bandeira de Mello. A primeira autora assim trata do tema:

[...] embora se pretenda garantir a autonomia das agências também através da limitação das hipóteses de exoneração de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão “*ad nutum*” dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao possibilitar que a pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior.

Sabemos que esta afirmação é perigosa, pois pode vir a desnaturar um pouco a independência que se quer conferir aos entes reguladores. Porém, note-se que a independência da agência não deriva do ato de nomeação de seu dirigente, mas das garantias quanto ao exercício das prerrogativas que são atribuídas à entidade.

Dessa forma, e rigorosamente, a singela substituição do presidente por sujeito que apresente afinidades técnico-políticas com o projeto social (e econômico) da Presidência da República (no caso de agências federais) não implicaria agressão à prestigiada independência das agências reguladoras. Assim, no intuito de reforçar e resguardar a independência política que se pretende conferir às agências, talvez fosse oportuno que se estabelecesse uma “regra fixa” acerca da substituição dos seus diretores, de governo a governo. Reitere-se, ainda, que a alteração do titular do cargo não viola a independência da agência. Esta continuidade a ser independente, vez que os demais itens relativos à independência inalterados.⁸⁰

Celso Antônio, por sua vez, defende a tese de que a:

[...] garantia dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental, independentemente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que vinham exercendo.⁸¹

Não obstante os argumentos defendidos pelos citados autores, a garantia da estabilidade dos dirigentes foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos termos da decisão proferida em medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Chefe do Poder Executivo do Rio Grande do Sul contra os

⁸⁰ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 99-100.

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 153-154.

artigos 7º e 8º da Lei Estadual nº 10.931/97, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS):

[...] 4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida.⁸²

A **autonomia administrativa**, por sua vez, consistente na possibilidade dos dirigentes poderem exercer gestão autônoma da autarquia, sem hierarquia com relação a quaisquer instâncias governamentais, bem como adotar meios e instrumentos de regulação e de fiscalização adequados para as situações de fato, seguindo critérios técnicos e racionais. Diante dessa autonomia, a agência pode buscar uma regulação que estabeleça condições reais de retorno dos investimentos realizados pela iniciativa privada, com estrita observância aos interesses do consumidor.

A **autonomia funcional**, por sua vez, refere-se à liberdade de composição própria de sua estrutura e pessoal. Tal garantia é bem reduzida no regime brasileiro, em função da existência de inúmeros meios de controle do executivo e de formalidades para a realização de concursos, admissão de pessoal, aquisição de bens e serviços, etc. Com efeito, neste aspecto as agências praticamente se equiparam às outras entidades da Administração Pública indireta, não havendo necessidade de maiores considerações.

A **autonomia financeira** conferida às agências é semelhante a conferida às demais autarquias públicas, não significando, portanto, inovação em relação ao modelo tradicional de administração descentralizada. As agências têm competência para arrecadar e gerenciar suas receitas, bem como adquirir e alienar seus bens. Entretanto, tais competências passam pelo controle rigoroso do poder executivo, por meio da pasta ministerial correspondente.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADin-MC nº 1.949-RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de nov. de 1999. Publicado no Diário da Justiça da União em 23 de nov. de 1990. O dispositivo impugnado, art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, na sua redação original e na redação estabelecida pela Lei estadual nº 11.292/98, previa que a única forma de exoneração dos dirigentes da AGERGS seria mediante decisão da Assembléia Legislativa. O dispositivo foi suspenso pelo fato da estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras ser pressuposto da própria concepção destes órgãos, bem como por ser inconstitucional esta forma interferência do Legislativo no Poder Executivo. Assim, o STF decidiu pela impossibilidade da exoneração por motivos políticos (imotivada), seja pela Assembléia Legislativa ou mesmo pelo Governador do Estado.

Ao contrário das agências americanas, as agências brasileiras não podem submeter as suas propostas orçamentárias diretamente ao congresso. Do mesmo modo, não têm liberdade de execução orçamentária. Em ambas as hipóteses, elas dependem do ministério ao qual estão vinculadas, devendo ser observadas fielmente a extensa legislação aplicável, notadamente as normas de execução orçamentárias.

Uma prática usual observada nos últimos anos é a redução da proposta de orçamento das agências e, ainda, o contingenciamento de boa parte dos orçamentos aprovados, o que obriga as agências a reduzirem drasticamente as suas atividades, em detrimento da qualidade da regulação e da fiscalização por elas exercidas.

Essa condição gera, notoriamente, redução da margem de autonomia das agências, tornando as mesmas ineficientes ou mesmo estagnadas em função da falta de verba. Estas graves distorções, bem como as não raras práticas reprováveis de clientelismo, são explicadas por Marçal Justen Filho:

Observe-se que essa dependência se refere não apenas ao processo parlamentar de elaboração da lei orçamentária, mas igualmente se põe no tocante à própria execução da lei orçamentária.

Os dois momentos são inconfundíveis e envolvem questões e vínculos de poder diferenciados. Há a questão da partilha dos recursos públicos realizada por ocasião da elaboração da lei orçamentária. Isso significa a prevalência de decisões adotadas pela

Chefia do Executivo e pelo Legislativo. Mas a simples alocação orçamentária de verbas é insuficiente para atribuição de alguma segurança às entidades destinatárias. A liberação de verbas orçamentárias produz, em não poucas hipóteses, práticas reprováveis de clientelismo. Ademais disso, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) impôs o dever de acompanhamento da execução orçamentária e cumprimento de metas.

A frustração das estimativas de arrecadação impõe a redução correspondente de despesas, conforme previsto no art. 9º daquele diploma. Não há critérios precisos e definidos a propósito do processo decisório para redução de despesas, o que dá oportunidade a uma discricionariedade incompatível com os fins da Constituição e da própria lei.⁸³

Assim, não se pode dizer que no Brasil as agências têm autonomia financeira. Pelo contrário, a falta de autonomia prejudica grandemente o funcionamento destes órgãos reguladores.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 476.

A **autonomia decisória** é outro aspecto das agências suscetível de discussão. Consiste no poder de decisão final (relativo, como se verá) num campo predeterminado de competência – em relação ao núcleo central da Administração⁸⁴.

As agências são estruturadas hierarquicamente de modo que as decisões das autoridades inferiores podem ser revistas pelas superiores, em grau de recurso, até o limite do seu órgão máximo – o conselho diretor. Assim, em função das disposições contidas nas próprias leis criadoras das agências, bem como nas características próprias do regime autárquico, as decisões dos conselheiros (competência originária ou recursal) não são passíveis de recurso hierárquico regular. São definitivas no âmbito administrativo, cabendo apenas o controle externo do legislativo e do judiciário.

DI PIETRO comenta sobre este atributo das Agências:

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias que são, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas. Todavia, como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo.⁸⁵

No contexto do poder de supervisão que o Presidente e os Ministérios exercem sobre a administração direta e indireta, Celso Antônio Bandeira de Mello explica o significado de recurso hierárquico impróprio:

Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para a autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio⁸⁶

Na mesma linha de raciocínio, José Cretella Júnior:

Recurso hierárquico impróprio é o que dirige à autoridade não hierarquicamente superior àquela de que emanou o ato impugnado. É recurso previsto em lei, mas de uso excepcional, visto faltar-lhe o fundamento indispensável da hierarquia.⁸⁷

No caso das agências reguladoras, inexistente previsão legal de tal modalidade recursal, pois as normas criadoras das agências estabelecem claramente a inexistência de

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Reforma do Estado**: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In MORAES, Alexandre de (Org.). *Op. cit.*

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**..., p. 195.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**..., p. 113.

⁸⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *apud* GUERRA, Sérgio, **Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial**. In ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**..., pág. 492

hierarquia e subordinação entre os dirigentes das agências e a estrutura da administração direta (Ministérios).

Não obstante, tem-se admitido a possibilidade de recurso hierárquico impróprio, direcionado à autoridade externa, no caso, os Ministros de Estado, com base no art. 87, § único, I, da Constituição e art. 19 do Decreto-Lei nº 200/67.⁸⁸ O fundamento de admissibilidade do recurso impróprio é o poder de *supervisão ministerial* previsto na Constituição, o que permitiria aos Ministros de Estado conhecer dos recursos de decisões finais de entidades da Administração Pública Indireta. Ressalte-se, ainda, que o Presidente da República tem a prerrogativa de exercer a direção superior da administração federal, nos termos do art. 84, II, da Constituição.

Concernente a este ponto são as lições de Odete Medauar:

[...] Juridicamente, entre essas entidades e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia, os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática assim possa parecer. Em geral, cada uma dessas entidades se vincula a um órgão da Administração direta, cuja área de competência tenha afinidade com sua atuação específica.⁸⁹

Carlos Ari Sundfeld⁹⁰ reforça esse entendimento:

Ressalta-se que alguma espécie de ligação entre Executivo e agências é imposta pela Constituição Brasileira, pois tem de haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas (CF, arts. 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, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto, quando do julgamento da Medida Cautelar na conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF:

A citada independência não afasta, em si, o controle por parte da Administração Pública Federal, exercido, de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Na verdade, o que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do

⁸⁸ O Decreto-Lei nº 200/67, ao organizar a Administração Pública Federal, estabelece, no seu art. 19, que todo e qualquer órgão da Administração é submetido à supervisão do Ministro de Estado competente e, também, ao próprio Presidente da República, nos casos que especifica.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77;

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26-27, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. Cit.*

serviço [...]. Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico especial, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente.⁹¹

No âmbito administrativo, foi aprovado pelo Presidente da República o Parecer da Advocacia Geral da União nº AC-51, de 12 de junho de 2006, que concluiu pela possibilidade de interposição de recursos hierárquicos impróprios junto ao Ministério a que a agência esteja vinculada para o fim de revisão de suas decisões, em certos casos.⁹² O Parecer se refere a um conflito em particular entre a ANTAQ e o Ministério dos Transportes, porém, por ter sido aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, adquiriu caráter normativo interno e passou a vincular todos os órgãos e entidades da Administração Federal, que ficaram obrigados a lhe dar fiel cumprimento (art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93).

Nos termos do parecer, as decisões relativas à atividade fim das agências não podem ser revistas pelos Ministérios, desde que observem os seus limites legais e as políticas setoriais aplicáveis. Assim, as Resoluções⁹³, bem como outras decisões de mérito em matéria regulatória, em geral, teriam carga de definitividade, só podendo ser modificadas pelas próprias agências.

Ressalte-se que a vinculação entre autarquias e ministérios não implica em subserviência total, mas pelo contrário, pressupõe um vínculo tênue, pois é da própria natureza da concepção de autarquia (ate nos casos de autarquias convencionais) a existência de certa independência. No caso das agências, inclusive, os instrumentos de supervisão são mais limitados justamente em função das garantias aumentadas de autonomia destas entidades.

Não obstante, percebe-se que as várias reduções das garantias das agências brasileiras em relação ao modelo americano certamente geram pontos de fragilidade, conforme análise a ser feita adiante.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn-MC nº 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

⁹² Conforme será analisado em um momento posterior, o Parecer mencionado fixou entendimento de que: a) as agências se submetem às políticas públicas elaboradas pelos Ministérios setoriais; b) cabe recurso hierárquico impróprio ou revisão *ex officio* nos casos em que agências ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta; c) não cabe recurso hierárquico ou revisão ministerial caso a matéria em questão envolva a atividade finalística da agência (matéria de regulação) e ela esteja adequada às políticas públicas setoriais. O assunto voltará a ser tratado no capítulo 4 deste trabalho.

⁹³ Modalidade de ato administrativo normativo abstrato emitido pelas agências, pelo seu conselho diretor ou equivalente.

2.7.2 Principais características das agências brasileiras

Tecidos alguns comentários sobre as principais garantias das Agências, importa analisar, neste ponto, as suas principais atribuições. Estas atribuições, bem como a lista das prerrogativas de autonomia, variam bastante de acordo com cada agência considerada. Assim, o presente estudo deverá se ater apenas às características mais importantes, as quais são comuns para a maioria das agências.

Esses entes reguladores têm como atribuição básica regular a prestação de serviços públicos ou de interesse coletivo em determinados setores da economia, por meio de atos normativos abstratos. Também têm como atribuição delegar a prestação desses serviços ou o uso de bens públicos, fiscalizar as prestadoras, aplicar penalidades, arrecadar receitas, resolver litígios por meio de arbitragem, exercer funções executivas, etc.

Somem-se a estas as funções relacionadas com as atividades-meio, as quais, via de regra, são comuns para todos os órgãos da administração indireta⁹⁴.

A **competência reguladora**, por ser a mais relevante, será tratada com mais vagar no capítulo 3. Em suma, consiste, na prerrogativa das agências emitirem atos normativos abstratos direcionados para os delegatários de serviços públicos, entes correlacionados ou mesmo consumidores.

A competência de **delegar a prestação de serviços públicos ou o uso de bens públicos**, mediante vínculo de concessão, autorização ou permissão é outro importante papel desempenhado pelas Agências. Trata-se de uma descentralização administrativa da competência constitucional da União de delegar a execução de serviços ou o uso de bens públicos.⁹⁵

⁹⁴ Por exemplo, a gestão interna de recursos orçamentários e de pessoal, licitações, contratos, concursos públicos, etc.

⁹⁵ Maria Sylvia Zanella di Pietro estabelece uma didática distinção entre descentralização e desconcentração: “**Descentralização** é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Difere da **desconcentração** pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada

Todo o procedimento de modelagem⁹⁶, de licitação e de outorga da delegação, inclusive a assinatura dos contratos de concessão e termos de autorização, é feito pela agência, havendo, normalmente, ganho com celeridade e especialização. Trata-se de uma verdadeira descentralização institucional da competência do executivo (poder concedente).

Questiona-se se seria possível a transferência do poder delegatório da União⁹⁷ (função do núcleo organizacional fundamental do Estado) para as agências reguladoras, uma vez que as competências da União são, a princípio, indelegáveis.

A questão é de fácil solução. A rigor, a legislação criadora das agências não transferiu a titularidade do poder delegatório, mas apenas o encargo da sua execução. Ademais, as agências compõem a estrutura da Administração Pública, de modo que atuam como sendo a *longa manus* do Poder Concedente.

É certo que as licitações e contratos de concessão são firmados pelas próprias agências, inclusive figurando o nome do órgão regulador como contratante. Entretanto, isso não quer dizer que a Agência está assumindo a titularidade da delegação, mas apenas agindo estritamente nos termos da lei que lhe autoriza a assim proceder.⁹⁸ Marçal Justen Filho⁹⁹ defende o ora mencionado, ressaltando que por mais que a legislação das agências as autorize a celebrar contratos de concessão, não o faz com a pretensão de transformá-las em Poder Concedente. Afirma o autor que a lei simplesmente confere à agência meios materiais para que ela cumpra as suas finalidades.

Ademais, a Lei nº 8.987/95 estabelece que somente a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios podem delegar serviços públicos, sendo, portanto, absolutamente incorreto afirmar-se que o Ministério ou Departamento responsável pela gestão de

hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir o seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia. A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 296. Grifos nossos.

⁹⁶ Costuma-se denominar modelagem econômico-financeira a série de atos administrativos, projetos e estudos que precedem à licitação, tais como a avaliação da viabilidade econômica do empreendimento.

⁹⁷ Entenda-se União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, conforme a esfera de poder que se esteja tratando.

⁹⁸ Nos termos de autorização da ANATEL, por exemplo, consta a agência como celebrante do contrato, juntamente com a empresa autorizatória, bem como a ressalva expressa de que a Agência assim o faz como entidade integrante da União, no exercício da competência atribuída pela Lei 9.472.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p.482.

determinada matéria é o poder concedente¹⁰⁰. Assim, o mesmo raciocínio se aplica às Agências Reguladoras, as quais, por definição, não se confundem com o Poder Concedente.

Em geral, as outorgas são concedidas a título oneroso, mediante procedimento de licitação tendente a escolher a empresa melhor capacitada e que ofereça a maior quantia a título de preço público (oferta mais vantajosa). A dispensa ou inexigibilidade de licitação pode ocorrer em determinados tipos de serviços, ou em casos específicos¹⁰¹, a depender da regulamentação de cada agência.

As receitas arrecadadas (preços públicos), inclusive, são revertidas em favor do Tesouro Nacional ou de Fundos específicos, cujos recursos podem ser transferidos, igualmente, para o Tesouro Nacional¹⁰².

Assim, percebe-se que não existem maiores questionamentos jurisprudenciais acerca da competência delegatória.

Outras competências relevantes das agências são a **competência fiscalizatória e a sancionatória** (espécies de funções executivas). A segunda decorrência lógica da primeira, motivo pelo qual serão tratadas conjuntamente.

Tais competências são típicas do poder de polícia da administração e estão presentes em todas as Agências Reguladoras, assim como em diversos órgãos da administração direta e indireta.

No que tange ao poder de polícia, vale ressaltar as palavras de Hely Lopes Meirelles:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em

¹⁰⁰ Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo, 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 57, *apud* KARAN, Fabiana Silveira. *Op. cit.*, p. 81. Alerta-se que Luiz Alberto Blanchet escreveu essa obra antes da implantação das Agências Reguladoras no Brasil, tendo se referido apenas às estruturas do executivo, as únicas existentes na época.

¹⁰¹ Uma hipótese de inexigibilidade de licitação é a delegação de uso bem público abundante ou inesgotável, em que os interessados, mediante simples preenchimento das exigências normativas aplicáveis e o pagamento de eventuais taxas e preços públicos, podem usar o bem sem prejudicar o direito dos demais.

¹⁰² Cita-se como exemplo o caso das telecomunicações, em que os valores decorrentes do pagamento de preços públicos são receitas do FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (art. 48 da Lei 9.472/97), destinado a custear as despesas da ANATEL, dentre outras. O patrimônio do fundo, entretanto, pode ser transferido para o Tesouro Nacional ou o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL), conforme dispuser a lei orçamentária anual (art. 49, § 3º da mesma lei).

benefício da coletividade ou do próprio Estado [...] é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual [...] Modernamente se tem distinguido a *polícia administrativa geral* da *polícia administrativa especial*, sendo aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas, e esta de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas, para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar.¹⁰³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, tece o seguinte comentário sobre o desempenho do poder de polícia:

Esse papel de controle – segundo entende a ciência da administração – é mais bem executado pelo Estado, com relação a determinadas atividades, se desempenhado por entes descentralizados que institui. Escapam estes – pelo menos em teoria – dos vícios burocráticos que retardam freqüentemente as decisões, ou entram a resposta a situações imprevistas. Na verdade, o controle por ente descentralizado parece preferível sempre que pressupõe conhecimentos técnico-científicos ou importa no acompanhamento de tarefas econômicas ou financeiras.¹⁰⁴

As características da especialização e da tecnicidade das Agências realmente contribuem para a eficiência da atuação das agências. Lembre-se que as agências atuam nas mais variadas áreas, tais como transporte de pessoas e de cargas, energia elétrica, telecomunicações, combustíveis, planos de saúde, vigilância sanitária, etc., sendo certo que cada área exige conhecimentos técnicos muito específicos. A especialização do quadro de servidores das agências favorece tanto a criação de normas melhor adaptadas para cada setor quanto à própria eficiência das atividades de fiscalização e de punição. Não havendo especialização, certamente a qualidade da regulação e da fiscalização estaria prejudicada, em detrimento da coletividade.

Cumpra-se registrar a importante distinção de Di Pietro abaixo transcrita:

Em razão da amplitude do sentido de regulação adotado pelo Direito brasileiro, pode-se considerar a existência de dois tipos de agências reguladoras no País. O primeiro refere-se àquelas entidades que, com base na lei, exercem poder de polícia, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Águas (ANA). O segundo tipo compreende as agências que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público, ou de concessão para a exploração de bens públicos, como, respectivamente, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).¹⁰⁵

Com efeito, algumas agências, a exemplo da ANVISA e ANA, referidas pela autora, exercem, dentre outras competências, fiscalização do cumprimento de obrigações

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 122.

¹⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 133-134.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 458.

contidas em lei que são direcionadas genericamente aos administrados (regime geral de sujeição). As demais, entretanto, atuam, em geral, fiscalizando os prestadores de serviços públicos, que estão submetidos às obrigações estabelecidas na regulação, com suporte na lei criadora da agência (regime de sujeição especial).

Assim, há possibilidade de aplicação de sanção decorrente tanto do descumprimento direto de preceitos legais quanto de normas regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.

Nos casos decorrentes de prestação de serviços públicos, as delegatárias se submetem ao poder normativo das agências reguladoras em função do próprio regime público de delegação (concessão, autorização ou permissão). Pelo mesmo motivo tais entidades também se submetem à competência fiscalizatória e sancionatória das agências.

Ou seja, uma vez submetidas ao poder normativo das agências, as mesmas igualmente se submetem à fiscalização exercida pelo órgão regulador e, caso sejam constatadas irregularidades na prestação do serviço, as empresas poderão ser penalizadas por meio de sanções administrativas.

Não obstante a existência da distinção acima, os dois tipos de agências são autarquias de regime especial e possuem, em geral, o mesmo rol diferenciado de características em relação às autarquias convencionais, notadamente em relação à maior autonomia em face da Administração Pública e o caráter final da maioria das suas decisões.

Por se tratar de típicas atividades administrativas, a fiscalização e o sancionamento pressupõem observância ao devido processo legal. Assim, lavrado o auto de infração, dá-se início a um processo administrativo punitivo no âmbito da agência, onde são garantidos o contraditório e a ampla defesa. Uma vez julgado definitivamente o feito, a sanção é aplicada.

A sanção mais comum é a multa, podendo variar conforme o caso para advertência, suspensão do serviço, cassação da delegação e declaração de inidoneidade.

Para a dosimetria das penas, são definidos em lei diversos parâmetros, dentre os quais a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os

antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica, conforme a normatização de cada agência.

Medidas cautelares na esfera administrativa também podem ser adotadas no processo punitivo, a depender, evidentemente, de previsão em lei. Assim, por exemplo, remédios com prazo de validade vencido poderão ser lacrados e apreendidos pela fiscalização sanitária, a fim de se evitar a sua comercialização indevida. Do mesmo modo, equipamentos de telecomunicação sem a devida certificação poderão ser lacrados e apreendidos pela fiscalização da ANATEL para evitar o risco de geração de interferências prejudiciais a outros usuários ou prestadores de serviço.

As agências também possuem **capacidade tributária ativa**¹⁰⁶ para arrecadar receitas decorrentes de taxas de fiscalização, de contribuições para fundos específicos e de multas por ela aplicadas. Trata-se de mera capacidade tributária, não importando, assim, em delegação da competência tributária da União, o que é proibido pela Constituição.

Assim, o procedimento para a criação de taxas de fiscalização e contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDes) se submete ao princípio da reserva legal, não podendo, assim, serem instituídas por meio de regulamento. Ademais, devem ser observadas todas as normas aplicáveis à matéria tributária, notadamente as relativas à divisão de competência dos entes federados contidas na Constituição.

Apenas a título de exemplo, a ANATEL tem competência para arrecadar as seguintes receitas: Taxa de Fiscalização de Instalação (TFI), Taxa de Fiscalização de Funcionamento (TFF), Preço Público pelo Uso de Radiofrequência (PPDUR), Preço Público pelo Direito de Exploração de Satélite (PPDES), valores de outorgas, contribuições para o FUST e FUNTTEL, multas decorrentes do poder de polícia, dentre outras.¹⁰⁷ Os recursos das Taxas de Fiscalização e uma parcela dos Preços Públicos, dentre outros, compõe o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), cuja função é, precipuamente, cobrir as despesas de custeio da própria Agência¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ressalte-se que a Competência tributária é indelegável, consiste na prerrogativa do ente federativo instituir tributos, decorrente da Constituição. A capacidade tributária, por sua vez, consiste na aptidão para figurar no pólo ativo ou passivo da relação tributária. O sujeito ativo da relação tributária tem o direito de cobrar a exação, enquanto que o sujeito passivo o dever de pagar o tributo.

¹⁰⁷ Cf. Leis nº 9.472/97, 5.070/66 (alterada pela Lei nº 9.472/97) e 9.998/00.

¹⁰⁸ Lei nº 5.070/66, com redação alterada pela lei nº 9.472/97.

As taxas decorrem de lei e, em regra, têm como fato gerador as atividades relacionadas com a outorga, emissão de licenças, fiscalização, impressão de selos e outros serviços congêneres. Os valores variam conforme o tipo de serviço prestado ou do porte da atividade econômica em questão (capacidade do sujeito passivo).

Os preços públicos decorrem da onerosidade das outorgas dos serviços ou do uso de bens públicos¹⁰⁹ e são devidos, normalmente, a partir da ocasião da celebração do contrato de concessão, do termo de autorização ou de ato congêneres.

As contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDEs), sempre decorrentes de lei, se destinam a regular ou fomentar determinados setores econômicos ou metas sociais consideradas importantes pelo legislador. Assim, podem fazer parte de todo um contexto de implementação de políticas públicas nos setores econômicos regulados ou congêneres.¹¹⁰

No caso das telecomunicações, as contribuições para o FUST se destinam a financiar as metas de universalização de serviços de telecomunicações¹¹¹, enquanto o FUNTTEL destina-se a estimular o processo de inovação tecnológica, a incentivar a capacitação de recursos humanos, a fomentar a geração de empregos e a promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações.¹¹² Ambos os fundos se destinam, inequivocamente, a viabilizar certas políticas públicas e de estado estabelecidas na Lei nº 9.742/97 e em outros atos normativos.

As multas também compõem a arrecadação das Agências. Elas são uma expressão dos poderes fiscalizatório e punitivo do Estado. A depender da legislação da agência, o produto da arrecadação das multas poderá ser destinado a custear o seu funcionamento ou compor um fundo específico.

De se ressaltar que o produto da arrecadação das Agências (multas, taxas, preços e CIDEs) não se reverte necessariamente para o orçamento de custeio do órgão. Como visto, a

¹⁰⁹ No exemplo das telecomunicações, o espectro de radiofrequências e as posições de órbita de satélites são considerados bens públicos finitos, de modo que o seu uso depende de outorga, a título oneroso.

¹¹⁰ Com a desvinculação das receitas da União, boa parte destes recursos passou a ser utilizada para outras finalidades.

¹¹¹ Art. 81, II da Lei nº 9742/97 e Lei nº 9.998/00.

¹¹² Vide Lei nº 10.052/00.

legislação da maioria (se não a totalidade) das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico prevê destinação específica para o patrimônio dos fundos respectivos, porém sempre com a possibilidade de reversão para o Tesouro Nacional. Até mesmo no caso dos fundos destinados a custear as atividades de fiscalização de certas agências existe a possibilidade de transferência para o Tesouro.

Isto significa que a arrecadação das Agências acaba sendo utilizada, em boa parte, para outros fins, a exemplo da composição do superávit primário por parte do Poder Executivo.¹¹³

A **competência de resolver litígios** entre entes regulados ou entre estes e os consumidores, denominada por Di Pietro¹¹⁴ como competência quase-judicial, está presente na legislação que rege a maioria das agências.

Essa função quase-judicial ocorre em casos de conflitos de interesse entre empresas que prestam serviços públicos submetidos à regulação, ou entre estas e seus usuários.

Conflitos entre prestadores ocorrem com frequência. Pode-se citar, por exemplo, as questões sobre a portabilidade de planos de saúde (setor de saúde suplementar), o compartilhamento de infra-estrutura ou as tarifas de interconexão (setor energético e de telecomunicações).

De se ressaltar que o poder decisório se submete aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, consagrados em lei, em simetria com o texto constitucional. O referido poder se funda no dever de imparcialidade e de eficiência que as agências reguladoras devem apresentar para os agentes dos setores econômicos regulados.

Essa competência decorre da influência direta do modelo norte-americano. Neste sistema, a competência decisória (*adjudication*) tem características acentuadas, pois existe a previsão de resolução definitiva dos litígios, sem a possibilidade de revisão do mérito pelo

¹¹³ Tal expediente, em combinação com práticas de redução e contingenciamento do orçamento das Agências, que vêm sendo utilizadas pelos governantes, muitas vezes acarretando grande prejuízo para o funcionamento desses órgãos reguladores. Neste mesmo sentido, faz-se referência a crítica feita há algumas páginas sobre a falta de autonomia econômico-financeira das agências.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...**, p. 197-209.

Poder Judiciário. A revisão só tem cabimento em relação a questões de direito (ex. vício de forma) ou em casos excepcionais.

No sistema americano a participação do Poder Judiciário garantida constitucionalmente na resolução de litígios diz respeito quase que exclusivamente aos conflitos particulares. Nas relações de natureza pública existe a possibilidade de afastar a atuação do judiciário por meio da atribuição de função jurisdicional peculiar a uma agência ou a um tribunal administrativo. Ou seja, a competência decisória da Administração Pública em certas matérias é plena.¹¹⁵

Ressalte-se que esta característica foi mitigada ao longo da experiência regulatória americana, sendo certo que se passou a exigir das agências a observância do princípio do *substantial due process of law*, devido processo legal substancial, e não apenas ao mero *procedural due process*, devido processo legal formal.¹¹⁶ Isto é, passou-se a esperar que esta garantia não se restringisse à mera regularidade formal do processo, mas que também tutelasse as garantias e liberdades públicas do cidadão.¹¹⁷

Sobre o tema, de se citar José Alfredo de Oliveira BARACHO¹¹⁸:

Com o tempo, a cláusula do *due process of law*, passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. Esta ampliação de sentido propiciou a limitação constitucional dos poderes do Estado [...] o “*due process of law*” é um “*standard*”, pelo qual se guiam os tribunais, e, assim, sendo, deve aplicar-se tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia.

Di Pietro, por sua vez, comenta que:

Em decorrência dessa evolução, o Judiciário passou a examinar não apenas o procedimento, como também a razoabilidade das decisões diante dos fatos e a proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei. Para possibilitar esse controle jurisdicional, passou-se a entender como necessária a ampla motivação

¹¹⁵ Entende-se nos EUA que não se justificaria especializar juízes em matérias extremamente técnicas como as que envolvem os setores regulados, sendo mais racional, eficiente e econômico que o julgamento de conflitos nestas áreas fossem realizados por autoridades especializadas das próprias agências. Neste sentido, LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. Cit.*, p. 203.

¹¹⁶ No Brasil, a cláusula do devido processo legal existente na constituição federal aproxima-se, em um primeiro momento, ao *procedural due process* americano, pois se referia às formalidades processuais e não ao conteúdo do ato. Vícios relativos à substância do ato passaram a ser apreciados apenas recentemente, sob a influência do direito alemão.

¹¹⁷ Cf LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 202.

¹¹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 28, n. 23, 24, 25, p. 90, 1982, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 360.

dos atos das agências, de maneira a assegurar a transparência, que não era exigida anteriormente, por respeito e confiança na especialização das agências.¹¹⁹

Tal entendimento se espelhou na doutrina alemã, que defende uma interpretação concretista da Constituição, de modo a superar o caráter meramente formal da processualização da atividade administrativa, a fim de implementar uma valoração qualitativa dos seus atos¹²⁰. Trata-se de uma verdadeira ponte entre o princípio da legalidade e o da razoabilidade (uma das acepções do princípio da proporcionalidade).

No direito brasileiro não há espaço para a outorga de funções jurisdicionais para as agências em função do princípio da separação do poderes estabelecido no art. 2º da Constituição (protegido como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º), bem como em função da garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Assim, tanto não poderá ser delegada competência de cunho jurisdicional para o Poder Executivo, quanto não poderão ser criados órgãos julgadores administrativos com competência decisória definitiva, a ponto de excluir a competência constitucional do Poder Judiciário.

Destarte, os atos administrativos, inclusive as decisões das agências, são passíveis de apreciação judicial, inclusive no que tange ao mérito. Tal controle inclui a apreciação da motivação e do próprio juízo de discricionariedade técnica, sempre no intuito de preservar a real finalidade pública da atuação administrativa.

Ressalte-se que a doutrina tradicional defendia que o controle jurisdicional dos atos administrativos deveria se restringir à apreciação da legalidade do ato. Entretanto, este posicionamento retrógrado foi abandonado no Brasil justamente em função da inserção de elementos oriundos da doutrina alemã (razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, etc), os quais influenciaram o pensamento da doutrina e da jurisprudência.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...**, p. 200.

¹²⁰ Nesse sentido, Lothar HIRSCHBERG, citado por Willis Santiago Guerra Filho. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 75-76. Observe-se que o princípio da razoabilidade começou a ser utilizado na Ciência Jurídica moderna por influência do direito germânico, notadamente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que, na resolução de casos concretos, acabou formulando uma verdadeira teoria sobre o princípio.

Lucas de Souza Lehfeld tece o seguinte comentário sobre o controle jurisdicional dos atos das Agências:

[...] esse controle judicial deve ser realizado com a finalidade de resguardar a ordem jurídica e, por conseguinte, evitar abusos e ilegalidades no processo decisório das agências reguladoras, sob pena de prejudicar a autonomia dessas entidades frente aos agentes econômicos submetidos à sua regulação. É imprescindível que o Judiciário reconheça e legitime as competências atribuídas às agências, agindo com relativa autocontenção e parcimônia, no intuito de não dotar sua intervenção de incertezas e subjetivismos.

Garantido esse reconhecimento de seu campo de atuação, na legitimação de sua função quase-judicial, o processo decisório das agências impõe a necessidade de uma participação efetiva dos agentes envolvidos para as resoluções, sejam dinâmicas e suficientes, para garantir a estabilidade dos marcos regulatórios.¹²¹

O controle sobre o mérito dos atos administrativos já vem sendo exercido pelo Poder Judiciário há um bom tempo, o qual adotou o entendimento vanguardista acima referido. Dentre os principais autores, podemos citar Germana de Oliveira Moraes¹²², cuja obra sumariza o pensamento desta corrente.

Assim, em função das graves limitações constitucionais (separação dos poderes e reserva de jurisdição), as agências brasileiras foram concebidas com reduzido poder de solução de conflitos, normalmente funcionando apenas como árbitro em conflitos específicos entre prestadoras.¹²³ Esta atribuição não se confunde, naturalmente, com a competência sancionatória das agências, decorrente do seu poder de polícia.

Por fim, outras **funções executivas** que podem ser citadas, além das já mencionadas acima, são as de fixação de tarifas, de elaboração de projetos, estudos e modelagens econômico-financeiras, de licitação, de leilão e de alienação de ações, etc.

Como atos administrativos, tais atuações devem obedecer aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Ressalte-se que os regimes regulatórios adotados pelas agências podem variar bastante conforme os serviços em questão. Assim, a princípio, a fixação de tarifas ocorre apenas nos casos de serviços públicos de amplo interesse coletivo, sobretudo naqueles

¹²¹ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 291

¹²² Cf. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

¹²³ Um exemplo de função quase judicial é a competência da ANATEL para resolver conflitos por meio de arbitragem (art. 19, XVII e 153, § 2º da Lei nº 9.472).

prestados sob regime público de concessão. E mesmo nesses serviços, espera-se que, em função da concorrência do mercado, os preços praticados sejam bem inferiores.

Na maioria dos serviços, entretanto, em observância às metas de desregulação e de estímulo à iniciativa privada existentes no contexto neoliberal, optou-se por um ambiente concorrencial, com liberdade tarifária e sem outros condicionantes que possam influir na competição.¹²⁴

Por fim, destaca-se que algumas agências brasileiras possuem importantes competências na área da **defesa da concorrência**, havendo repercussões na própria atuação da autoridade nacional de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A legislação varia de acordo com cada agência considerada, sendo certo que não se pode afirmar que esta competência é comum para a maioria das agências.

Em todos os casos, as competências do CADE previstas na Lei nº 8.884/94 permanecem vigentes. Assim, as condutas tipificadas no art. 54 desta lei devem ser sempre objeto de apreciação pelo referido órgão. Entretanto, há casos em que as leis criadoras das agências estabelecem certas competências antitruste concorrentemente com o CADE, havendo, assim, a necessidade de apreciação da conduta por ambas as instâncias.

Como dito, a legislação criadora das agências é muito inconstante no que tange ao controle concorrencial. A título de exemplo, serão citadas apenas as peculiaridades das três principais agências brasileiras.

No caso da indústria do Petróleo, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) não dispõe de competência antitruste, devendo encaminhar os casos que venham ao seu conhecimento para o CADE. No setor energético, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) possui competência concorrente com o CADE para apreciar, na condição de autoridade antitruste, certas condutas anticoncorrenciais das delegatárias. No caso do setor de telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) também possui competência concorrente com o CADE para analisar atos que possam ser

¹²⁴ Naturalmente o grau de liberdade econômica pretendida é bem inferior ao que ocorreu na época do estado liberal.

enquadrados como práticas anticoncorrenciais, a exemplo de atos de concentração de mercado e procedimentos de transferência de concessões, autorizações, ou permissões.¹²⁵

Percebe-se, assim, que predominam no Brasil dois modelos de defesa concorrencial. Entre as agências reguladoras que têm competências na área da defesa da concorrência, predomina o modelo de *competências concorrentes* sugerido por Gesner José de Oliveira Filho. Neste modelo, “tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias têm competência para aplicar sanções antitruste, bem como para estabelecer normas de regulação econômica.”¹²⁶

Ponto controverso a esse respeito é o possível conflito positivo de competência entre o CADE e a agência responsável pela defesa concorrencial no caso concreto. Em uma situação específica de conflito entre o CADE e o Banco Central, a Advocacia Geral da União exarou parecer aprovado pelo Presidente da República afastando a competência do CADE, em favor da competência do Banco Central do Brasil, para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.¹²⁷

Em nosso entender, porém, o referido parecer, inclusive pela sua especificidade, não pacificou a matéria, dando margens para interpretações diversas em situações futuras, como bem propugna a doutrina.

Nesse sentido, Liana Issa Lima:

Percebe-se que o Parecer no. 20/2001/AGU não traz argumentos verdadeiramente inovadores; não representa a interpretação certa de como deve ser tratado o setor bancário, e sim, busca revestir com argumento de autoridade as teses defendidas pelo BACEN. O CADE, então, considerando desarrazoada a atitude da AGU de tomar para si o papel de árbitro do conflito de competência e impor sua opinião de como deveria ser modelado o setor bancário, elabora a tese da não-vinculação, que estudaremos a seguir. Ainda outra falha do parecer a ser citada é que ele tampouco exaure o conflito de competência entre as instituições, ao permanecer silente sobre a quem caberia a análise de operações que envolvam instituições financeiras e

¹²⁵ Cf. OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. *Op. Cit.*, p. 43-69.

¹²⁶ *Ibid.* p. 17.

¹²⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU nº GM-20**, de 5 de abril de 2001. Publicado no Diário Oficial da União em 25 de abril de 2001 e o Parecer em anexo, nº LA-01, de 07 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>>. Acesso em: 20 de ago. de 2010.

não-financeiras (a exemplo de aquisição de ativos, participação acionária ou de controle de empresa financeira por instituição não financeira, a constituição de joint-ventures entre instituição financeira e empresa não financeira ou entre instituições financeiras para a exploração de atividades não-financeiras) ou relativas a empresas de setores não-financeiros, mas que dependem da autorização do BACEN para funcionamento de transferência de controle, a exemplo de sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários.¹²⁸

Já para o caso das agências sem competência antitruste, tem lugar o modelo de *competências complementares*, em que: “as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem.” Neste modelo, “há nítida divisão de trabalho segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.”¹²⁹

São essas, pois, as características mais importantes do modelo de agências adotado no país.

2.8 Principais agências reguladoras brasileiras

Com a reforma política iniciada no governo de Fernando Henrique Cardoso foram criadas no Brasil inúmeras agências reguladoras, seguindo-se a linha do Estado regulador, mínimo e neoliberal predominante, estando funcionando na atualidade dez agências reguladoras federais, bem como diversas agências estaduais, distritais e municipais.¹³⁰

Dentre elas, destacam-se no cenário nacional a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), em função de possuírem assento constitucional. Ambas regulam setores que outrora representavam monopólios estatais, os quais foram extintos pelas emendas constitucionais nº 8/95, que modificou normas constitucionais relativas às telecomunicações e

¹²⁸ LIMA, Liana Issa. **Conflito Positivo de Competências entre CADE e BACEN**. Associação Arcos. [s.d.] Disponível em <<http://www.arcos.org.br/artigos/conflito-positivo-de-competencias-entre-cade-e-bacen>>. Acesso em: 15 de ago. de 2010.

¹²⁹ *Ibid.* p. 17.

¹³⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras...**, p. 113.

previu a criação da ANATEL, e nº 9/95, responsável pela reforma do setor do petróleo e previu a criação da ANP.¹³¹

Frise-se que as emendas mencionadas estabeleceram apenas a criação das agências, não tendo estabelecido qualquer prerrogativa ou garantia de independência. Estas prerrogativas foram criadas, integralmente, pela legislação infraconstitucional. As demais agências foram criadas exclusivamente por meio de lei ou medida provisória convertida em lei¹³², sem qualquer previsão na constituição. Essa ausência de previsão constitucional, entretanto, não prejudica as suas funções institucionais, conforme será exposto no próximo capítulo.

Ressalte-se que alguns autores¹³³ fazem a seguinte classificação das agências atualmente existentes: Agências Sociais ou Agências de Governo, cujas atribuições principais são seguir diretrizes do Executivo, compreendendo a ANVISA, ANA e ANCINE; e Agências de Estado, as demais, que desempenham efetivo papel de regulação de setores econômicos. Não concordamos inteiramente com a classificação acima, pois as agências ditas de Governo também exercem atividades típicas de regulação e de outorga nos setores econômicos por ela controlados. A ANCINE, entretanto, é a que mais se aproxima desta classificação em função das suas funções predominantemente atípicas em relação às agências reguladoras tradicionais.

Seguindo-se uma ordem cronológica, serão elencadas a seguir todas as agências reguladoras na esfera federal, bem como as suas principais características e atribuições:

a) A **Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)** foi criada pela Lei nº 9.427, de 26.12.1996, e regulamentada pelo Decreto nº. 2.235/97. Tem como competência regular e fiscalizar a indústria de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. É vinculada ao Ministério de Minas e Energia e tem sede no Distrito Federal.

A agência foi instituída como autarquia em regime especial. É dirigida por um colegiado formado por um Diretor-Geral e por quatro Diretores, com mandatos fixos de

¹³¹ Como comentado anteriormente, no Brasil preferiu-se adotar a denominação “Agências Reguladoras”, não obstante as emendas constitucionais nº 8 e 9/95 terem empregado o termo “Órgãos Reguladores”.

¹³² A Medida Provisória que criou a ANCINE ainda não foi convertida em lei.

¹³³ Cf. SALGADO, Lúcia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira**: Um Panorama do Atual Desenho Institucional. Texto para Discussão nº 941, IPEA. Rio de Janeiro, Março de 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2010; OLIVEIRA, Fernando Faria de. **Análise Institucional do Sistema Regulatório Brasileiro**. 2007. Monografia. Contemplada com o II prêmio SEAE – 2007. Brasília: SEAE, 2007, p 7. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

quatro anos e desencontrados entre si, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. Os ex-dirigentes se submetem a um período de quarentena de um ano, em que não poderão assumir funções em empresas do setor regulado.

A administração da agência se submete, ainda, a um contrato de gestão celebrado entre a agência e o poder executivo, nos termos estabelecidos na lei de criação. O contrato será um instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho. Devem estar previstos no aludido contrato os parâmetros para a administração interna da autarquia, procedimentos administrativos, programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar o seu desempenho, etc.

O parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.427/96 previa hipóteses de exoneração de dirigente da Agência nas hipóteses de prática de ato de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado e descumprimento injustificado do contrato de gestão. O dispositivo em foco, entretanto, foi revogado pela Lei nº 9.986/00, diploma normativo que fixou regras uniformes para a Gestão de pessoal das Agências Reguladoras, inclusive no que tange às garantias de mandato fixo, impossibilidade de exoneração e quarentena após o fim do mandato.¹³⁴

A ANEEL possui competências na área da defesa da concorrência, conforme a Lei nº 9.648/98. A redação original da Lei 9.427/97 não trazia dispositivos específicos sobre a defesa da concorrência.

b) A **Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)** foi criada pela Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) e é regulamentada pelo decreto nº 2.338/97. É vinculada ao Ministério das Comunicações. Foi a primeira agência com assento constitucional criada no Brasil e, até hoje, é tida como o melhor referencial para o estudo das Agências, em função da qualidade técnica da sua lei de criação. É constituída como uma autarquia de regime especial e tem como atribuição regular os serviços de

¹³⁴ A lei mencionada estabeleceu, dentre outras regras, as seguintes (arts. 1º ao 9º): a) os dirigentes das agências deverão ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal; b) O Diretor-Geral é escolhido pelo Presidente da República entre os integrantes da Diretoria e terá, também, mandato com prazo fixo. c) os mandatos dos dirigentes serão desencontrados entre si; d) o ex-dirigente fica impedido de atuar no setor regulado por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato. Neste período o mesmo permanece recebendo a remuneração correspondente ao cargo; e) os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar ou outras condições previstas em lei.

telecomunicações, bem como exercer funções de outorga e fiscalização, dentre outras várias atribuições. Compete à agência, ainda, promover o desenvolvimento das telecomunicações, de modo a dotar o setor com uma moderna e eficiente estrutura, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, bem como assegurar o cumprimento das obrigações de universalização e continuidade dos serviços de telecomunicações, em proteção aos direitos dos usuários, nos termos dos artigos 19, 145 e seguintes da Lei nº 9.472/97.

A mesma lei estabeleceu a desestatização do setor de telecomunicações, determinou a privatização das empresas públicas do setor (inclusive todo o sistema Telebrás) e outras providências congêneres. Ressalte-se que o monopólio das telecomunicações havia sido extinto anteriormente, pela Emenda Constitucional nº 8/95.

A Agência é dirigida por um Conselho-Diretor composto por cinco Conselheiros, sendo um o Presidente, todos com mandatos de cinco anos, desencontrados entre si. O procedimento de escolha e nomeação, bem como as garantias e as restrições são semelhantes às previstas para a ANEEL. Compõem a estrutura da agência o Conselho Consultivo (composto por integrantes com mandato fixo), a Ouvidoria e a Procuradoria¹³⁵, além de diversos órgãos subalternos.

A agência possui competências de análise de atos que possam configurar infrações concorrenciais. A LGT é expressa ao ressaltar, entretanto, as competências do CADE, de modo que os atos de concentração econômica ou outros congêneres devem ser apreciados tanto pela agência quanto pelo órgão antitruste.

O procedimento interno da agência para a produção de atos, notadamente os atos normativos (denominados Resoluções), é considerado extremamente inovador para os padrões da administração pública brasileira. Prevê a legislação que os atos normativos e outros atos relevantes sejam elaborados por meio de um processo meticuloso, que envolve etapas obrigatórias de elaboração interna, de consulta interna (em que todos os membros da agência podem opinar), de consulta pública (aberta para a participação da sociedade), de debates e a sessão de deliberação do Conselho.

¹³⁵ Atualmente, a representação judicial e as atividades consultivas de todos os órgãos da administração indireta federal é de competência da Procuradoria-Geral Federal, órgão integrante da Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 10 da Lei nº 10.480/02. Assim, as Procuradorias existentes nas diversas agências passaram a integrar a PGF.

Foi previsto também, para fins de celeridade, que o Conselho poderia exercer suas funções não apenas em sessões deliberativas (com os conselheiros reunidos fisicamente), mas também por meio de *circuitos deliberativos*, modalidade decisória em que cada integrante do Conselho decide isoladamente, por escrito, em seqüência, sem a necessidade de reunião presencial com os demais.

O procedimento de produção normativa e a existência de um Conselho Consultivo contribuem para reforçar os atributos de transparência e a de legitimação democrática da Agência. Ressalte-se, como já mencionado anteriormente, que a Anatel teve o mérito de implantar processos internos e um sistema de gestão de qualidade invejável, tendo sido a primeira agência reguladora do mundo a obter o certificado de qualidade ISO 9001. Assim, foram atingidas na época metas de excelência e celeridade na prestação da função regulatória até então inéditas no âmbito administrativo brasileiro.

O modelo da Anatel foi empregado, com adaptações, em diversas outras agências.

Vale ressaltar que antes mesmo da Anatel ser implantada, o Poder Executivo, na ânsia de acelerar o processo de desestatização da economia, já havia privatizado estatais e delegado concessões a empresas de telecomunicação. A agência atuou, a partir de então, passando a realizar por sua conta as atividades de regulação e fiscalização decorrentes das delegações já realizadas, sem solução de continuidade.

A Constituição e a Lei Geral de Telecomunicações distinguem os serviços de radiodifusão (Rádio e Televisão, em geral) dos demais serviços de telecomunicações, apesar de conceitualmente a radiodifusão ser uma subespécie do gênero telecomunicações. Apesar da distinção, a Constituição não proibiu que a Anatel assumisse o papel de regulador do setor de radiodifusão, entretanto, por opção política na época,¹³⁶ a radiodifusão não foi incluída no rol de competências da ANATEL. A matéria permanece sob a responsabilidade da União, que atua por intermédio do Ministério das Comunicações.¹³⁷

¹³⁶ Por se tratar de serviços de comunicação de massa a reforma deste segmento envolveria interesses expressivos. Frise-se que muitos deputados e senadores possuem emissoras de rádio e TV ou são vinculados a grupos detentores destes veículos de comunicação, sendo evidente o interesse eleitoreiro dos mesmos. Assim, governo acabou fracionando a matéria para facilitar a aprovação da LGT no Poder Legislativo.

¹³⁷ De se ressaltar, entretanto, que por força de termos de cooperação e/ou acordos, o Ministério delegou para a Anatel a parte operacional dos procedimentos de fiscalização, uma vez que a Agência possui uma boa estrutura de fiscalização espalhada no país. Assim, as vistorias técnicas são feitas pela Anatel, porém, a

c) A **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)** foi criada pela Lei nº 9.478, de 06.08.1997 e regulamentada pelo Decreto nº. 2.455/98. A lei nº 11.097/05 modificou a denominação original da agência (Agência Nacional do Petróleo) e aumentou o seu âmbito de atuação. A agência tinha como competência a regulação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, tendo sido incluídos os setores de gás natural e de biocombustíveis, de modo a abranger boa parte da matriz energética nacional.

Em relação ao álcool, a ANP tem como função regular aspectos técnicos do produto e fiscalizar a sua comercialização. Em relação ao biodiesel, a ANP tem a competência regulatória, delegatória e fiscalizatória das atividades relacionadas à produção, armazenagem, importação, exportação, distribuição, revenda e comercialização.

A mudança de denominação da agência merece críticas, pois tornou o seu nome muito extenso e de pronúncia dificultosa. Ademais, são fornecidas informações sobre o rol de competências da agência em um nível de detalhamento desnecessário, pelo menos para a finalidade de simples identificação do órgão em questão. O legislador teria sido mais feliz se tivesse utilizado a denominação “Agência Nacional de Combustíveis”, ou mesmo mantido a denominação original, visto que o setor petrolífero é predominante e intrinsecamente correlacionado com os demais.

Tal como a ANATEL, a ANP tem previsão constitucional, forma autárquica especial e é dirigida por um conselho com características semelhantes.

A agência é vinculada ao Ministério de Minas e Energia, possui sede no Distrito Federal, porém um escritório central no Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais. A escolha do Rio de Janeiro decorre do fato que um grande número de empresas do setor tem sedes e indústrias instaladas nesta cidade, notadamente a Petrobrás.

Destaque-se a criação, no ano de 2003, do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel no âmbito do Executivo, com a participação da ANP. O programa acabou sendo consolidado no Brasil pela Lei nº 11.097/05, o qual estabeleceu a obrigatoriedade da mistura mínima do biodiesel no diesel combustível.

instauração do processo punitivo e a aplicação de sanção são feitas no âmbito do Ministério das Comunicações.

d) A **Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)**, foi criada pela Lei nº 9.782, de 26.01.1999, conversão da Medida Provisória nº 1.791/98 e teve o seu regulamento instituído pelo Decreto nº. 3.029/1999. É uma autarquia de regime especial cuja finalidade é promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e fronteiras.

A ANVISA é vinculada ao Ministério da Saúde e é gerida por uma Diretoria Colegiada, com mandatos de três anos, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Há previsão de contrato de gestão, tal como ocorre no caso ANEEL. Caso o contrato seja injustificadamente descumprido, o Diretor-Presidente poderá ser dispensado pelo Presidente da República.

Detalhe importante que merece ser mencionado é o fato de que a ANVISA, bem como a Agência Nacional de Águas, são agências que exercem poder de polícia com base na lei¹³⁸, sem necessariamente haver vínculo de delegação entre o poder público e o administrado. As demais agências reguladoras exercem poder normativo e fiscalizatório precipuamente em função da existência de um vínculo especial de sujeição decorrente do regime de delegação.¹³⁹

Frise-se, ainda, que a ANVISA exerce controle sanitário em portos e aeroportos, com a colaboração do Ministério da Saúde, bem como atua em coordenação com os Estados e Municípios em relação à matéria de fiscalização sanitária.

e) A **Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**, também vinculada ao Ministério da Saúde, foi criada pela Lei nº 9.961, de 28.01.2000, conversão da Medida Provisória nº 2.012-2/00. É regulamentada pelo Decreto nº 3.327/00. Atua na regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, regulando o funcionamento das operadoras de planos de saúde, inclusive em suas relações com prestadores e consumidores.

¹³⁸ Vínculo geral de sujeição, decorrente do art. 5º, II, da Constituição. As prerrogativas da ANVISA estão estabelecidas no art. 7º da lei nº 9.782/99, dentre outras.

¹³⁹ O assunto será melhor explorado no capítulo seguinte.

A agência tem sede no Rio de Janeiro e é dirigida por uma Diretoria Colegiada composta por cinco diretores, que exercem mandatos de três anos, sendo um o Diretor-Presidente. Tal como no caso da ANVISA, há a previsão de contrato de gestão e de exoneração do Diretor em caso de descumprimento injustificado.

Compõe a estrutura da agência a Câmara de Saúde Suplementar, órgão consultivo de caráter permanente que contribui com a legitimação e a transparência da administração da agência.

f) A **Agência Nacional de Águas (ANA)** é uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, que tem como finalidade implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, exercendo funções regulatórias, fiscalizatórias e de outorga de uso de bens públicos (recursos hídricos). Foi criada pela Lei nº. 9.984, de 17.07.2000 e organizada pelo Decreto nº. 3.692/2000

No que tange à exploração de potencial hidroelétrico de corpos de água, a Agência atua em conjunto com a ANEEL, sendo que a esta compete à concessão ou à autorização de uso do potencial de energia hidráulica, enquanto cabe à ANA atuar emitindo a declaração de reserva de disponibilidade hídrica.¹⁴⁰

A agência é gerida por uma diretoria colegiada, composta por cinco diretores nomeados para mandatos de quatro anos não coincidentes, sendo admitida uma única recondução dos diretores ao cargo, à semelhança das agências anteriores.

g) A **Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)** foi criada pela Lei nº 10.233/01, de 05.06.2001 e tem como atribuição regular as atividades de prestação de serviços e exploração da infra-estrutura de transporte rodoviário e ferroviário, inclusive de cargas perigosas. Para tanto, exerce competências regulatória, de outorga e fiscalizatória, no âmbito de sua competência. Não é atribuição da ANTT regular o transporte intermunicipal e urbano de passageiros, que são de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. A Diretoria da agência é composta por cinco diretores, sendo um o Diretor-Geral e todos eles com mandatos de quatro anos.

¹⁴⁰ No caso de corpos de água pertencentes a Estados, Distrito Federal ou Municípios, há também a participação dos órgãos reguladores respectivos.

h) A **Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)** foi criada pela mesma Lei nº 10.233/01 e tem características semelhantes à ANTT. É de sua competência a regulação dos setores de navegação aquaviária, fluvial e marítima, bem como a regulação do funcionamento de portos, terminais privados e dos serviços de transporte de cargas especiais e perigosas.

i) A **Agência Nacional de Cinema (ANCINE)** foi criada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 06.09.2001, e tem como atribuição desempenhar funções de órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.

A ANCINE era vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, tendo sido transferida em 2003 para o Ministério da Cultura. A sua diretoria colegiada é composta por apenas quatro Diretores, sendo um o seu Diretor-Presidente, todos com mandatos de quatro anos, diferindo, assim, das demais agências. Tem sede em Brasília, escritório geral no Rio de Janeiro e escritório regional em São Paulo. A opção pelo Rio de Janeiro deveu-se, sobretudo, ao desenvolvido pólo cinematográfico lá existente.

A agência executa a Política Nacional de Fomento ao Cinema, ajudando no desenvolvimento do setor, inclusive, com repasse de recursos orçamentários da própria agência (ações de fomento direto) ou recursos disponibilizados pelo Fundo Setorial do Audiovisual.

A atividade de fomento torna a ANCINE uma agência anômala, pois ela desempenha um papel direto junto à economia, fugindo da característica de ente tipicamente regulador.¹⁴¹ Pelo visto, em relação ao setor em foco, o Estado abandonou a concepção de estado mínimo, meramente regulador da atividade econômica, passando a atuar positivamente, intervindo em prol do desenvolvimento sustentável da indústria nacional.

j) A **Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)** foi criada pela Lei nº 11.182, de 27.09.2005 e é vinculada ao Ministério da Defesa. Assumiu, dentre outras, as funções do então Departamento de Aviação Civil (DAC), integrante do Comando da Aeronáutica. A

¹⁴¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que a ANCINE não apresenta as características suficientes para enquadrá-la como uma agência reguladora, mas, antes, como agência de fomento. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

agência foi criada como uma resposta à crise que vinha ocorrendo no setor de transportes aéreos.¹⁴²

Compete à ANAC regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, bem como outorgar serviços aéreos.

A Diretoria da agência é formada por cinco membros, com mandatos de cinco anos, sendo um deles o Diretor-Presidente.

Ressalte-se que as atividades relacionadas com o controle do espaço aéreo e de investigação e prevenção de acidentes foram mantidas dentre as competências da União e são executadas por órgãos especializados do Comando da Aeronáutica (Ministério da Defesa).¹⁴³ A administração da estrutura aeronáutica e aeroportuária do país, por sua vez, bem como os serviços relacionados estão sob a responsabilidade da Infraero, empresa pública criada especialmente para este fim,¹⁴⁴ cabendo à Agência as atividades relacionadas à regulação, fiscalização e outorga destes serviços.

Desta forma, pode-se verificar que as leis criadoras de agências não foram muito incisivas em estabelecer garantias para os diretores das agências. Do mesmo modo, previam a figura estranha, e até hoje mal resolvida, do Contrato de Gestão. As agências recentes, a exemplo da ANTT, ANTAQ e ANAC foram dotadas de leis mais elaboradas, com características de autonomia bem definidas e sem a previsão de contrato de gestão. A Lei da ANAC, por sinal, foi enfática ao delimitar tais características.¹⁴⁵

A ANATEL, apesar de ser uma das primeiras agências criadas, foi contemplada com uma legislação bem elaborada, contendo as mesmas garantias conferidas aos dirigentes da ANAC, bem como sem a figura teratológica do contrato de Gestão.

¹⁴² A crise vinha se intensificando em função de problemas de sub-dimensionamento das instalações aeroportuárias do país, má gestão do DAC e pelo precário controle de tráfego aéreo então existente, o que gerava freqüentes atrasos, sobrecarga dos aeroportos e dos controladores.

¹⁴³ Cf. art. 8º, XXI, da Lei nº 11.182/05. Os órgãos responsáveis por estas atividades do comando da Aeronáutica são os seguintes: Departamento de Controle do Espaço Aéreo e Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos.

¹⁴⁴ Cf. Lei nº 5.862/72.

¹⁴⁵ O art. 4º da Lei nº 11.182/05, criadora da ANAC, estabelece o seguinte: “A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes”.

Destaque-se que além da União, os outros entes federativos também podem criar agências reguladoras para regular a prestação de serviços públicos na sua esfera de competência. Não existe qualquer impedimento constitucional para tal, sendo obrigatória apenas a observância das competências constitucionais de cada esfera de poder. Atualmente, existem agências reguladoras implantadas em todos os estados da federação, no Distrito Federal e em vários municípios de grande porte.

Em alguns estados, como é o caso de São Paulo¹⁴⁶, optou-se pela criação de mais de uma agência reguladora, entretanto, na maioria dos entes federados foi adotada a opção pela criação de uma única agência reguladora multi-setorial, isto é, com competência para regular várias áreas de domínio econômico. Possuem agências multi-setoriais, a título de exemplo, os estados do Ceará (Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE), Goiás (Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de serviços públicos – AGR), Acre (Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Acre – AGEAC), Bahia (Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicação da Bahia - AGERBA), dentre vários outros.

Leila Cuéllar¹⁴⁷ aponta que, no caso das agências reguladoras multidisciplinares, existe o risco de que a não especialização da agência contribuir para desnaturação um dos importantes fundamentos dessas entidades, que é justamente a especialização sobre a área de atribuição, com a finalidade de assegurar uma atuação técnica, especializada e independente.

Este problema é contornado em algumas agências estaduais por meio da instituição de um Conselho de Gestão constituído por Câmaras Setoriais especializadas em cada uma das áreas de regulação. Esta solução é adotada, dentre outros, no Estado de Goiás.

Outro detalhe que merece atenção é o fato da divisão de atribuições entre Agências Nacionais e Estaduais. O caso típico é o do setor de energia elétrica, em que a regulação a nível nacional está a cargo da ANEEL e a delegação, fiscalização e aspectos locais da regulação estão a cargo das agências estaduais. Ademais, a ANEEL formaliza Convênios com as agências estaduais para que estas descentralizem atividades de fiscalização no setor.

¹⁴⁶ Em São Paulo existem duas agências reguladoras, a Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) e a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP).

¹⁴⁷ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo...**, p. 144.

Lembre-se que antes da desestatização do setor energético existiam várias empresas públicas estaduais exercendo atividades de distribuição e comercialização local de energia elétrica, além de outras empresas públicas geradoras e distribuidoras de energia, ainda estatais, que compõem a Eletrobrás.¹⁴⁸ A Eletrobrás não foi privatizada, entretanto, as empresas locais foram em grande escala, o que marcou o nascimento da demanda pelas agências reguladoras estaduais.

2.9 Outros órgãos reguladores e agências anômalas

Como mencionado anteriormente, existem no direito brasileiro, desde longa data, entidades com função reguladora, algumas com características bem aproximadas às das Agências, inclusive com garantias de estabilidade de dirigentes. Estas entidades, apesar da semelhança, às vezes apresentam características outras que não se encaixam na definição típica das agências. Ressalte-se que alguns autores defenderem que algumas destas entidades se enquadram totalmente no conceito de agências reguladoras.¹⁴⁹ Entretanto, adotar-se-á neste estudo as formas tradicionais de classificação.

Dentre tais órgãos pode-se citar como exemplo:

a) O **Conselho Monetário Nacional**, criado pela Lei nº 4.595/64, com a finalidade de formular a política da moeda e de crédito, objetivando o progresso econômico e social do país;

b) O **Banco Central do Brasil**, autarquia federal, integrante do Sistema Financeiro Nacional, criada pela mesma Lei nº 4.595/64, com a finalidade de regular o setor bancário e o meio circulante, inclusive por meio de emissão de moeda, seguindo, inclusive, as determinações do Conselho Monetário Nacional;

¹⁴⁸ Cita-se, por exemplo, as subsidiárias Chesf, Furnas, Eletrosul, Eletronorte. As empresas estaduais foram privatizadas, enquanto que as empresas federais de geração e transporte de energia (grupo Eletrobrás) foram mantidas sob o controle público.

¹⁴⁹ É o caso da CVM, conforme será analisado a seguir.

c) A **Comissão de Valores Mobiliários (CVM)**, autarquia de regime especial criada pela Lei nº 6.385/76, com a finalidade de definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de capitais (valores mobiliários e bolsa de valores), bem como emitir normas para tal fim, em consonância com a política e regulação definidas pelo Conselho Monetário Nacional.

É importante ressaltar que há doutrinadores que classificam a CVM como uma agência reguladora típica. Dentre tais doutrinadores, podemos citar Leila Cuéllar,¹⁵⁰ que salienta que a natureza jurídica da Comissão de Valores Mobiliários foi modificada pelas Leis nº 10.303/01 e 10.441/02, passando a ser, a partir de então, uma autarquia especial. Assim, tendo em vista as demais características e funções da CVM, a autora a define como agência reguladora, apesar da ausência de denominação legal.

Apesar do peso de tal posicionamento, a doutrina de forma geral não modificou seu entendimento no que concerne a não denominar a CVM como uma agência reguladora, razão pela qual iremos nos ater à classificação tradicional.

d) O **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**, por sua vez, é uma autarquia especial com características judicantes que tem como atribuição a tutela dos direitos difusos da concorrência. Atua preventiva e repressivamente em relação aos atos de concentração de domínio econômico e ilícitos anticoncorrenciais (função antitruste). Os seus Conselheiros e o Procurador-Geral têm mandato fixo e só podem ser destituídos de seus cargos em hipóteses especiais previstas na legislação.

Ressalte-se que a autarquia atua em setores em que interesses econômicos altamente expressivos estão em jogo, sendo previsíveis as hipóteses de interferência política ou dos próprios agentes econômicos (captura). Assim, as garantias funcionais dos membros do Plenário do CADE, bem como as garantias de autonomia da autarquia, são fundamentais para assegurar que os julgamentos do órgão sejam realizados de forma técnica e imparcial.¹⁵¹

¹⁵⁰ Cf. CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo...**, p. 121-122.

¹⁵¹ No caso do CADE, acreditamos que o risco de captura é muito maior que nas Agências tradicionais em função do porte dos interesses em jogo, pois as demandas submetidas ao Conselho normalmente envolvem o destino de grandes grupos empresariais.

Apesar da semelhança, o CADE não foi instituído como agência reguladora, notadamente pelo fato da sua função normativa não ser preponderante entre as suas atribuições.

e) Cumpre-se também fazer menção à recém criada **Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC)**. Instituída pela Lei nº 12.154, de 23.12.2009, a referida autarquia especial atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução de políticas para o setor de previdência complementar.

Nos termos do artigo 2º da citada Lei 12.154/2009, compete à PREVIC proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações; apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis; expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência; assim como autorizar: a) a constituição e o funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar, bem como a aplicação dos respectivos estatutos e regulamentos de planos de benefícios; b) as operações de fusão, de cisão, de incorporação ou de qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas de previdência complementar; c) a celebração de convênios e termos de adesão por patrocinadores e instituidores, bem como as retiradas de patrocinadores e instituidores; e d) as transferências de patrocínio, grupos de participantes e assistidos, planos de benefícios e reservas entre entidades fechadas de previdência complementar.

Sua administração é exercida por uma Diretoria Colegiada composta por 1 (um) Diretor-Superintendente e 4 (quatro) Diretores, escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e de notória competência, a serem indicados pelo Ministro de Estado da Previdência Social e nomeados pelo Presidente da República.

Apesar de alguns pontos de semelhança com as agências reguladoras, a PREVIC não deve ser considerada como tal, pois não possui competência reguladora, mas apenas funções executivas tradicionais, a exemplo das funções de fiscalização e outorga. Na verdade, a mesma é uma típica superintendência, vinculada ao Ministério da Previdência Social.

O efetivo órgão regulador do setor de previdência complementar é o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), colegiado integrante da estrutura do

Ministério da Previdência Social e, portanto, da Administração Direta.¹⁵² O CNPC é sucessor do então Conselho de Gestão da Previdência Complementar e atua emitindo atos normativos tendentes a regular o setor em questão.

Importante se faz salientar que o termo *agência* acabou sendo utilizado pelo legislador em algumas ocasiões para nomear órgãos públicos com as mais variadas funções, sem o rigorismo do significado do termo, o que se pode considerar um verdadeiro modismo.

Nesse diapasão, citam-se a **Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE)** e a **Agência do Desenvolvimento da Amazônia (ADA)**, concebidas pela Medida Provisória nº 2.146/2001 com moldes de autarquias tradicionais e que tinham com função implementar políticas de desenvolvimento no Nordeste e na Amazônia e administrar fundos específicos. Não obstante a denominação, essas agências tinham funções eminentemente administrativas, sendo preponderante a atividade de fomento de programas de desenvolvimento sócio-econômico setoriais.

Ambas foram extintas e sucedidas pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e pela Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), nos termos das Leis Complementares nº 125 e 124/2007, respectivamente¹⁵³. A SUDENE e a SUDAM foram constituídas sob a forma de autarquias convencionais.

A **Agência Espacial Brasileira (AEB)**, por sua vez, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, criada pela Lei nº 8.854/1994, portanto, antes da primeira agência reguladora brasileira (ANEEL). Apesar da denominação agência, a AEB é uma autarquia tradicional, sem garantias especiais de independência ou de poder normativo. Atua no campo da pesquisa e atividades espaciais, administra centros de lançamento e atua no desenvolvimento de foguetes nacionais e de tecnologia.

A **Agência Brasileira de Inteligência (ABIN)**, finalmente, é um órgão da administração direta instituída pela Lei nº 9.883/1999 que tem como finalidade exercer atividades de inteligência e prestar assessoramento direto ao Presidente da República em assuntos de interesse nacional.

¹⁵² Cf. Artigo 13 da Lei 12.154/09.

¹⁵³ As próprias agências já haviam sido sucessoras das antigas SUDENE e SUDAM. As Leis Complementares nº 124 e 125/2007 restabeleceram a nomenclatura anterior.

A denominação agência, a exemplo da AEB, decorreu de mera opção legislativa, sem qualquer relacionamento com as funções típicas das agências reguladoras.

3 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 Lei, regulamento e regulação

Em um primeiro momento, faz-se necessário tecer um rápido intróito sobre as figuras da Lei, regulamento e do ato regulatório, a fim de se melhor analisar a questão da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Seguindo-se a teoria kelseniana, as leis estão quase no topo da pirâmide hierárquica das espécies normativas, encontrando-se abaixo apenas da própria constituição. Por decorrerem diretamente do texto maior, elas são consideradas atos normativos primários e fonte, por natureza, de direitos e obrigações.

Assim, as leis são as espécies normativas apropriadas para se estabelecer obrigações, sendo certo que, a princípio, não é permitido no sistema constitucional brasileiro que atos normativos infralegais estabeleçam obrigações não previstas em lei. Trata-se do princípio da reserva legal, estabelecido no art. 5º, II, da Constituição. Ademais, em função do princípio da separação de poderes (art. 2º), compete exclusivamente ao Poder Legislativo editar leis, sendo tal competência absoluta e indelegável.

Com efeito, compete ao Poder Executivo expedir atos normativos abstratos para regulamentar as leis, isto é, complementar o seu conteúdo, a fim de que possam ser cumpridas. Não podem, entretanto, em função do princípio da reserva legal, inovar no ordenamento jurídico, de modo a criar ou extinguir obrigações previstas nas leis, ou ainda modificar indevidamente as suas hipóteses de incidência. O poder regulamentar é exercido

essencialmente através de decretos e regulamentos, conforme art. 84, IV, da Constituição.¹⁵⁴ É considerado secundário, pois tira o seu suporte de validade das leis.

Neste sentido, cita-se a definição de regulamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:¹⁵⁵

[...] sob o aspecto material, a *regulamentação* é uma *função política*, no exercício de uma *prerrogativa do poder político* de impor *regras secundárias*, em complemento às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possa definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos. De resto, sob o aspecto formal, é uma atribuição de estritíssima previsão constitucional, por isso mesmo, geralmente cometida a chefes de estado ou de governo.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles¹⁵⁶ aduz que, “como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade.”

Do mesmo modo, Maria Silvia Zanella Di Pietro defende claramente os limites do regulamento:¹⁵⁷

Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direito, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme o artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma enfaticamente que:¹⁵⁸

O texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’ Note-se que o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.

Desta forma, temos que a função regulamentar estará sempre presa a existência de uma lei anterior, ressalvado os excepcionais casos de decreto autônomo permitidos pela Constituição.

¹⁵⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório...**, p. 132-133.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.163.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 88.

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 297.

José dos Santos Carvalho Filho tem posicionamento equivalente:¹⁵⁹

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder regulamentação.

Como forma de sedimentar ainda mais o entendimento já explicitado pelos doutrinadores transcritos, cita-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao assunto. Cita-se como exemplo o seguinte julgado:¹⁶⁰

A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua 'contra legem' ou 'praeter legem', não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Existem, a princípio, duas espécies de regulamentos: regulamento executivo e regulamento autônomo ou independente. O primeiro complementa a lei ou lhe garante a fiel execução, (art. 84, IV, da Constituição), razão pela qual não pode inovar a ordem jurídica. Destina-se a estabelecer como os cidadãos ou a própria Administração irá cumprir o que está previsto em lei.

O segundo tipo é o regulamento autônomo, espécie até então inadmitida no sistema constitucional brasileiro em função do princípio da reserva legal. Tem função inovadora na ordem jurídica em matérias não regidas por lei. Passou a ter cabimento no Brasil em função da Emenda Constitucional nº 32, que criou duas hipóteses de regulamento autônomo. Assim, o Presidente da República poderá dispor diretamente sobre: a) organização

¹⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 1.048/RS. Questão de Ordem. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 30 de agosto de 2007. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 2007. Trecho.

e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, da CF).¹⁶¹

Assim, percebe-se que a doutrina é praticamente uniforme em relação às tradicionais limitações ao poder regulamentar do Executivo.

Em relação à regulação, Vital Moreira ensina o seguinte:¹⁶²

Desde logo, quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação: (a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por via de lei ou outro instrumento normativo.

Em seguida, o autor esclarece que o conceito se liga a duas idéias: “primeiro, a idéia de estabelecimento e implementação de regras, de normas; em segundo lugar, a idéia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema”. O conceito de regulação econômica consistiria no “estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos.”¹⁶³

Se referindo ao sentido do termo regulação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁴ afirma que:

Regulação é vocábulo equívoco, porque tem diferentes significados. Nasceu nas ciências físicas e biológicas, com duplo aspecto: a idéia de regularidade e a idéia de mudança. Ao mesmo tempo que, pela regulação, se procura assegurar um certo grau de estabilidade no objeto da regulação, também se deixam as portas abertas para mudanças que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade. O objeto da regulação pode ser a sociedade, algumas de suas dimensões, como a econômica, ou uma área de atividades sociais.

¹⁶¹ Ressalte-se que parte da doutrina não considera o art. 84, VI, como sendo hipótese de regulamento autônomo, mas sim mero ato interno de organização do executivo, com efeitos concretos (e não abstratos), sem a possibilidade de criação de direitos ou obrigações que extravasem o âmbito da própria administração. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo...**

¹⁶² MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34-35, *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

¹⁶³ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34-37, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p 283.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...**, p. 203.

Prossegue a autora dizendo que Regulação é “gênero de que a regulamentação é espécie, ou seja, regulação abrange, inclusive, a regulamentação, como ato normativo de competência do Chefe do Executivo”. Continua ela explicando que a regulação significa o simples estabelecimento de regras, independentemente do poder ou da autoridade que as edite.¹⁶⁵

O seu conceito de regulação se adapta melhor à realidade nacional. Afirma ela que a função regulatória não se restringe ao âmbito econômico, mas também a outras áreas, dentre as quais a prestação de serviços públicos exclusivos e não-exclusivos do Estado:

Para essas áreas, o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica. Daí ser preferível conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação jurídica, que é a de organizar os vários aspectos da vida econômica e social, para proteger o interesse público.

Por essa razão, pode-se definir a regulação, no âmbito jurídico, de modo a abranger a regulação da atividade econômica (pública e privada) e a regulação social. Nesse sentido, a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.¹⁶⁶

Por fim, cumpre-se mencionar os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto:¹⁶⁷

O mecanismo, em apertadíssima síntese, envolve o recebimento do poder político pela autoridade eleita, com as instruções de atendimento do interesse geral (mediante o acolhimento de um determinado programa político no processo eleitoral); o agente político formula a política pública que, para atender o interesse geral, deve ser executada com *eficiência*; aí entra a atividade regulatória, traduzindo em comandos técnicos a orientação normativa, executiva ou judicante para a implementação de uma política pública

Ressalte-se que a função reguladora do Estado está prevista expressamente na Constituição, em seu artigo 174, que assim dispõe:

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

Entretanto, o sentido que se pretende dar neste estudo para a regulação é mais amplo. Decorre, grandemente, do contexto da desestatização da economia, ocasião em que

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 203-204.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 204-205.

¹⁶⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório...**, p. 41.

foram introduzidas as agências reguladoras, com o fito de controlar, de forma descentralizada e sem a participação direta do legislativo, as diversas atividades econômicas.

Leopoldo Fontenele Teixeira¹⁶⁸ conceitua função regulatória como sendo:

O dever-poder de a Administração Pública intervir, indiretamente, na ordem econômico-social, seja por meio de ente criado especialmente para essa função, seja de forma centralizada, com o objetivo de atingir o equilíbrio do sistema objeto de regulação, combatendo, por meio de exercício de ponderação de interesses dos diversos envolvidos e com uso de critérios prioritariamente técnicos, suas imperfeições.

Aproveitando alguns elementos acima transcritos, a função regulatória, a nosso ver, consiste em uma forma de intervenção estatal no processo econômico com o objetivo de se atingir o equilíbrio do sistema e de se estimular práticas saudáveis de competição, por meio da elaboração de regras de direito e da instituição de uma estrutura de fiscalização e repressão de ilícitos, a ser desempenhada pelas agências reguladoras, em substituição à intervenção estatal tradicional. Não se exclui a hipótese de atuação da administração central, entretanto, parte-se do pressuposto que as agências foram criadas com mecanismos de autonomia destinados justamente a garantir uma atuação regulatória predominantemente técnica, com reduzida interferência de grupos de interesse.

Não se nega que a regulação da economia já vinha sendo desempenhada pelo Executivo desde longas datas, sendo que certo que a mudança qualitativa observada na atualidade pode ser resumida em dois pontos principais: o primeiro consistente na atribuição desta competência para os entes autárquicos regulatórios recém-criados, os quais gozam de atributos de autonomia; e o segundo, a ampliação deste poder regulatório, a ponto de se permitir certo grau de inovação no ordenamento jurídico, respeitados os critérios e limites estabelecidos em lei.

Essa possibilidade de inovação, admitida pacificamente nos Estados Unidos, em função de peculiaridades do seu regime constitucional, merece uma profunda análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se verificar a sua compatibilidade com a Constituição e a legitimidade dos atos emanados pelas agências.

¹⁶⁸ TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. **Controle Jurisdicional dos Atos Regulatórios**. 2008. Dissertação (MBA em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2008, p. 23.

3.2 Centralização governamental e descentralização administrativa

O modelo regulatório adotado no Brasil, após o ingresso na fase de estado social, implicou em um aumento progressivo da demanda legiferante, decorrente, em parte, do aumento do intervencionismo estatal e da implementação crescente de prestações sociais, as mais diversas.

Essa inflação normativa exacerbou-se com a fase do Estado regulador, em que, além da demanda normativa já existente, acresceu-se uma nova cobrança: a necessidade de regulação de uma série de novas atividades econômicas decorrentes da desestatização de vários setores da economia. A maioria destas atividades, inclusive, é de extrema importância estratégica para o país, o que justifica um rigoroso controle estatal, que se deu justamente por meio da regulação.

Como a Constituição veda a transferência das competências próprias do poder executivo central (poder regulamentar) e do poder legislativo (poder normativo), é necessário definir com clareza o fundamento de validade do poder normativo das agências, a fim de se afastar a hipótese de inconstitucionalidade.

Primeiramente, em relação à delegação do poder regulamentar, o Texto Maior estabelece no seu art. 84, VI, que o seu desempenho é exclusivo do Chefe do Executivo. Assim, a primeira polêmica consiste na inquirição acerca da possibilidade deste poder regulamentar ser atribuído a outras entidades da administração, por meio das figuras da desconcentração e da descentralização.

A interpretação literal e isolada do art. 84, VI, da Constituição certamente não é a melhor, pois é humanamente impossível (além de politicamente desinteressante) que uma única autoridade possa concentrar a atribuição de regulamentar com todo o necessário detalhamento as matérias abrangidas pelas inúmeras leis editadas no país. E mesmo se fosse possível, essa não seria a melhor solução, pois haveria grande risco de os regulamentos serem editados de modo insuficiente, com uma abordagem superficial de diversas matérias.

José dos Santos Carvalho Filho explica que existe uma variedade de atos, além dos decretos e regulamentos, que integram a concepção de poder regulamentar.¹⁶⁹

Por esse motivo é que considerando nossa sistemática de hierarquia normativa, podemos dizer que existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados como atos de regulamentação de primeiro grau; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como atos de regulamentação de segundo grau, e assim por diante. Como exemplo de regulamentação de segundo grau, podemos citar as instruções expedidas pelos Ministérios de Estado, que têm por objetivo regulamentar as leis, decretos e regulamentos, possibilitando sua execução

Na verdade, o próprio poder regulamentar exercido pelo Chefe do Executivo se dá de forma desconcentrada, pois as minutas de decretos e regulamentos são elaboradas no âmbito dos ministérios e analisadas por uma série de órgãos consultivos e de assessoria, sendo certo que a participação do presidente se dá apenas a nível gerencial e decisório.

Ademais, adota-se largamente no país a solução de descentralização do poder regulamentar do executivo, de modo a se atribuir, mediante lei, parcelas desta competência para órgãos da administração direta ou indireta, a fim de que estes expeçam atos regulamentadores específicos (atos terciários). Naturalmente que esta atribuição não retira a competência constitucional do executivo editar regulamentos. Habitualmente, o que se verifica nestes casos é a edição de decreto presidencial contendo regulamentação geral da matéria e a expedição de regulamentos mais detalhados pelo órgão ou autarquia competente.¹⁷⁰

No mesmo sentido, Leila Cuéllar:¹⁷¹

Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar poder ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência regulamentar

Assim, chega-se à conclusão de que a competência normativa do chefe do executivo tem caráter não exclusivo. Alexandre Santos de Aragão, ao comentar a Constituição italiana, defende este entendimento:¹⁷²

¹⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo...**, p. 44.

¹⁷⁰ Em momento posterior desde trabalho a teoria da deslegalização será melhor analisada.

¹⁷¹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo...**, p. 117.

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.
[...]

Tal como o art. 84, IV, da nossa Constituição, este é o único dispositivo da Constituição Italiana a respeito da competência para expedir regulamentos. Ambos os dispositivos devem ser entendidos como fixadores da competência do Chefe do Executivo para editar regulamentos, e, de fato, tal competência sempre existirá se a lei não dispuser em contrário. Noutras palavras, tal competência é, em princípio, do Chefe do Poder Executivo, mas não é exclusiva, podendo o Legislador conferi-las a outras autoridades públicas ou a entes descentralizados.

Em relação à suposta delegação de poder legiferante, importa esclarecer o seguinte. No Brasil não há delegação da competência do Poder Legislativo para as agências. Essa hipótese de delegação é absolutamente refugada pelo nosso sistema constitucional, por mais que decorra de iniciativa de lei ou mesmo de Emenda Constitucional.¹⁷³ Marçal Justen Filho faz o seguinte comentário sobre o tema:

Não se admite, em face da ordenação jurídica pátria, a delegação pelo Congresso Nacional dos poderes legisferantes permanentes para entidades integrantes da estrutura do Poder Executivo. A delegação legislativa apresenta contornos definidos e limitados, incompatíveis com a atribuição de competência legisferante estável e permanente para uma figura externa ao Legislativo.¹⁷⁴

No direito administrativo americano esta delegação é amplamente aceita em função de três teorias, a saber: a) *conhecimento técnico*, em que a delegação se fundamenta no fato da agência ter melhores condições para decidir sobre a matéria posta de forma técnica e imparcial, bem como pela inabilidade do Congresso normatizar matérias de cunho técnico; b) *transmissão democrática*, pois o sistema constitucional americano permite a delegação de competência legislativa para as *agencies*; e c) *teoria do procedimento*, em que a normatização emitida pelas agências se legitimaria em função da possibilidade de participação da coletividade no processo decisório.¹⁷⁵

Nesse país, a legislação se limita a fixar princípios, *standards* (*binômio* diretriz-limite à atuação das agências)¹⁷⁶ e conceitos indeterminados (*intelligible principle*), cabendo às agências a função de elaborar normas para regular as atividades econômicas, observando

¹⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n. 148, out. a dez. de 2000, p. 292. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em: 30 de julho de 2010.

¹⁷³ O princípio da separação de poderes é considerado cláusula pétrea – art. 62, § 4º, III, da Constituição Federal.

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁷⁵ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 285.

¹⁷⁶ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 207.

para tal as limitações legais. Assim, no sistema americano, a regulação decorre de delegação de poder legiferante (bem como de parcela de poder jurisdicional, conforme já analisado antes) e se distingue qualitativamente da mera regulamentação.

No sistema brasileiro, entretanto, a delegação de poder legiferante é inaceitável, de modo que a solução americana é aplicável apenas parcialmente. Assim, em função do nosso direito administrativo ter sofrido ampla influência do sistema administrativo francês, onde predomina a idéia de rígida composição hierárquica, a atribuição da competência normativa às agências se pauta na descentralização administrativa e não na delegação de competência legislativa.

Desse modo, cabe ao Poder Legislativo determinar, no momento da criação da agência reguladora, normas gerais e abstratas (diretrizes e limites, conhecidas como *standards*) que serão, na prática, operacionalizadas pela referida entidade. Ressalte-se que o executivo influi grandemente neste processo, pois detém a prerrogativa de iniciativa de lei em matéria de organização administrativa e de criação de órgãos públicos (art. 61, §1º, “b” e “e”, da Constituição). Essa competência normativa atribuída pelo núcleo político do Estado (Poderes Legislativo e Executivo) às agências reguladoras não representa propriamente inovação da ordem jurídica, pois não são competentes para legislar. Na realidade, estabelecem normas (regras) de cunho operacional, a fim de suprir, com eficiência, as metas e os objetivos a elas previamente estabelecidos.

Em função da sua relevância, convém citar a seguinte passagem da obra de Alexandre de Moraes:¹⁷⁷

Dessa forma, a moderna Separação dos Poderes mantém a *centralização governamental* nos poderes políticos – Executivo e Legislativo -, que deverão fixar os preceitos básicos, as metas e as finalidades da Administração Pública, porém, exige maior *descentralização administrativa*, para a consecução desses objetivos [...] O congresso Nacional permanecerá com a *centralização governamental*, pois decidirá politicamente sobre a delegação e seus limites às Agências Reguladoras, porém efetivará a *descentralização administrativa*, permitindo o exercício do poder normativo para a consecução das metas traçadas na lei.

Neste mesmo sentido, o desenvolvimento de Lucas de Souza Lehfeld:¹⁷⁸

O poder normativo das agências reguladoras advém de dois processos decorrentes de uma releitura do princípio da separação dos poderes, quais sejam, *centralização*

¹⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Op. cit.*, p. 19-20

¹⁷⁸ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 286.

governamental e descentralização administrativa. O primeiro refere-se à *conditio sine qua non* dos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo – em fixar preceitos básicos, metas e finalidades da Administração Pública, que para cumpri-los exige maior flexibilidade na sua estrutura organizacional, com a atribuição de autonomia e de poderes normativos a entidades reguladoras (agências).

Explica o autor que se trata de uma releitura do princípio da separação dos poderes. A centralização governamental ocorre no âmbito dos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), aos quais cabem as atribuições de estabelecer políticas, metas e finalidades para a Administração Pública por meio de conceitos genéricos (*standards* normativos). A consecução destes objetivos se dá por meio da transferência das atividades decisórias, regulatórias e fiscalizatórias às agências, por meio da descentralização administrativa.

Assim, conclui-se que, no Brasil, não há propriamente uma delegação legiferante, tal como ocorre nos Estados Unidos, mas sim uma descentralização de uma parcela das atividades administrativas do executivo. Ressalte-se que essas competências do Poder Executivo foram infladas ao longo do tempo em função de um processo histórico de mutação constitucional do princípio da separação de poderes.

Em relação à importação do modelo agencial, Marçal Justen Filho¹⁷⁹ aponta que:

A tradição norte-americana conduziu a uma ampliação muito significativa da competência normativa das agências. Adotou-se entendimento que permite ao Legislativo estabelecer um núcleo normativo extremamente reduzido, com ampla autonomia normativa para as agências. Quando se reconhece a existência de competência normativa para as agências reguladoras, não se pretende adotar as concepções norte-americanas. O princípio da legalidade, entre nós, significa a necessidade do ato legislativo disciplinar extensamente a matéria. Os dados fundamentais da hipótese de incidência e do mandamento normativo apenas podem ser veiculados por meio de lei. Não se admite que a lei estabeleça um padrão abstrato, preenchível pelos mais variados conteúdos, e remeta à agência seu desenvolvimento autônomo.

Assim sendo, observa-se que a delegação de poderes regulatórios no sistema brasileiro é de uma amplitude reduzida, não havendo, dentre outras, a delegação de poderes legiferantes e jurisdicionais, ao passo em que as balizas estabelecidas em lei são bem mais rígidas do que no modelo de origem. Percebe-se, assim, que a importação do modelo americano merece ser estudada com mais vagar, a fim de se solucionar as incompatibilidades e permitir a sua correta legitimação no cenário nacional.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 525.

3.3 Poder regulatório em face do Princípio da Legalidade

Feitas as considerações iniciais sobre o tema, cumpre-se agora verificar como, no âmbito da função regulatória estatal, se dá essa atividade normativa do Poder Executivo, notadamente por parte das agências reguladoras.

Como visto, tornou-se inegável o fenômeno do exercício da função normativa pelo Poder Executivo, tendo sido preconizado pela doutrina que tal fenômeno decorre de uma releitura do princípio da separação dos poderes, decorrente da evolução sócio-política da sociedade brasileira, no contexto do estado neoliberal e regulador.

Existem opiniões doutrinárias das mais diversas para justificar a constitucionalidade do poder regulatório da administração pública, em especial a sua vertente mais intrigante, que é justamente o exercício deste poder pelas agências reguladoras.

O pensamento dos doutrinadores pátrios se enquadra em quatro correntes majoritárias sistematizadas em estudo feito por Leopoldo Fontenele Teixeira.¹⁸⁰ Tais correntes não são inteiramente excludentes entre si, entretanto, a última é a mais aceita atualmente. Seguem comentários sobre cada uma destas correntes:

a) A primeira corrente é composta pelos que defendem que as agências reguladoras exercem suas atribuições de ordem normativa, por meio de uma descentralização do exercício da competência regulamentar do Presidente da República (art. 84, IV, da CF/88). Assim, o fato do constituinte ter atribuído ao Chefe de Estado a função de regulamentar as leis não significa que está proibida a possibilidade de desconcentração ou descentralização do exercício deste poder.

Conforme mencionado acima, no Brasil a desconcentração e a descentralização do poder regulamentar decorrem da participação de órgãos diversos na elaboração dos regulamentos ou mesmo em função da delegação de atribuições para que órgãos inferiores regulamentem a matéria (são os chamados regulamentos terciários).

¹⁸⁰ TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. *Op. cit.*, p. 35-39.

Assim, o poder normativo das agências reguladoras decorreria do seu poder-dever de regulamentar as leis. Poder este originário de ato de descentralização da competência regulamentar do poder executivo central. Defende este entendimento, dentre outros, Sérgio Guerra.¹⁸¹

Alguns doutrinadores mais conservadores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Melo, posicionam-se pela impossibilidade da livre edição de atos regulatórios pelo executivo, defendendo a tese de que a criação de obrigações para os administrados só deveria advir de lei, nos termos do art. 5º, II, da Constituição¹⁸² (cláusula da reserva legal).

Assim, defende o autor que as normas oriundas das agências devem se ater aos aspectos estritamente técnicos, não podendo se contrapor às leis ou aos princípios constitucionais, "sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade".¹⁸³

Nesse contexto, conclui Celso Antônio que as agências brasileiras normalmente incorrem em inconstitucionalidade, pois extrapolam os limites puramente regulamentares e invadem a competência do Legislativo.¹⁸⁴

Desse modo, seria preferível que o legislativo se adequasse à demanda de regulação das mais diversas áreas e passasse a emitir leis contento a delimitação dos direitos e obrigações dos usuários e dos prestadores de serviços públicos, deixando para as agências apenas a regulação da matéria eminentemente técnica.

Ressalte-se, todavia, que uns dos maiores argumentos para a criação das agências são justamente a necessidade de grande especialização técnica do órgão regulador e a inabilidade do poder legislativo, com a sua estrutura atual, para atender rapidamente à demanda gigantesca de produção normativa inerente aos mais variados ramos de atividades econômicas, notadamente os setores de tecnologia e de domínio econômico.

¹⁸¹ GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 103-104.

¹⁸² Art. 5º, II, da Constituição: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"

¹⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...**, p. 151.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 151.

É verdade que as deficiências do poder legislativo poderiam ser totalmente supridas com soluções ainda inexistentes no nosso ordenamento jurídico. Ao contrário da tendência atual de concentração de poder no Executivo, uma profunda reforma constitucional poderia revitalizar o Legislativo, de modo a torná-lo um centro de produção normativa célere e eficiente, com a vantagem de manter o seu viés democrático. Meios racionais de produção normativa poderiam ser estabelecidos, de modo a substituir a atual e odiosa morosidade na tramitação de projetos de lei. Formas de debate e votação de projetos poderiam ser modificadas, trocando-se as técnicas demoradas e retrógradas de discursos retóricos e infrutíferas sessões no Plenário por meios tecnológicos e materiais que permitissem circuitos deliberativos fora do Plenário, bem como um debate técnico, científico, com embasamento jurídico, a fim de evitar a mera aprovação por aclamação ou em conformidade com as negociações das lideranças partidárias. O parlamento poderia ser equipado com órgãos técnicos de excelência, especializados na regulação dos mais variados setores da economia. As normas poderiam ser criadas por meios mais céleres, talvez pelos próprios órgãos temáticos, valendo-se de espécies normativas ainda inexistentes no nosso sistema jurídico, de modo a reservar às leis apenas as matérias mais relevantes.

Entretanto, a realidade nacional é diferente. Está-se diante da chamada *falha sistêmica de governabilidade dos sistemas democráticos*, decorrente da inexistência de um mecanismo para a tomada de decisões rápidas e eficientes sobre diversas matérias e sem a consulta direta à vontade geral. Em vez de dotar o Legislativo da estrutura necessária para se tornar eficiente, preferiu-se adotar o modelo regulatório agencial, atribuindo-se, assim, mais uma função ao já hipertrofiado Poder Executivo.¹⁸⁵

b) a segunda corrente doutrinária entende que a competência de regulamentar as leis é atribuição privativa do Presidente da República, não podendo as agências exercer a função reguladora com base neste poder-dever, mas apenas editar atos normativos terciários (resoluções, portarias), subordinados aos regulamentos, com aplicação limitada ao âmbito interno da agência, bem como àqueles que possuam *vínculo especial de sujeição*¹⁸⁶ para com a Administração.

¹⁸⁵ Insere-se neste mesmo contexto a questão da utilização exagerada de Medidas Provisórias pelo Executivo, em detrimento do processo democrático de criação de leis.

¹⁸⁶ *Regime de sujeição especial* é a denominação utilizada pela doutrina alemã. Na Itália costuma-se utilizar o termo *supremacia especial*.

Como sabido, todos estão obrigados a cumprir as disposições em lei em função da determinação contida no art. 5º, II, da Constituição. Assim, independentemente da vontade dos cidadãos, todos estão compulsoriamente submetidos à lei em função do *regime geral de sujeição* que lhe é próprio. Por inexistir delegação de poder legiferante para as agências, os atos regulatórios por elas expedidos não possuem o mesmo atributo de obrigatoriedade das leis. Assim, somente aqueles submetidos ao regime especial de sujeição decorrente da condição de concessionário, autorizatário ou permissionário de serviço público, estariam, a princípio, obrigados a cumprir as resoluções das agências.

Ressalte-se que os delegatários se vinculam ao regime regulatório voluntariamente, no momento em que formalizam o contrato de concessão, termo de autorização ou ato correspondente. Deste modo, eles aderem ao regime regulatório, que compreende tanto as normas atuais quanto as que venham a ser criadas em relação ao serviço em questão.

Conforme o art. 5º, II, da Constituição, todos estão obrigados a cumprir as determinações contidas em lei, independentemente da concordância ou não com o texto legal. O regime de sujeição especial, por outro lado, decorre de uma adesão consciente e voluntária (e de certo modo contratual) do agente econômico a um regime próprio, decorrente da sua condição de prestador de serviços públicos.

Caso o delegatário não concorde com a hipótese de vinculação às normas da agência reguladora, poderá simplesmente retirar-se da atividade econômica. O funcionamento ao alvedrio da regulação, todavia, não é permitido, pois a lei estabelece que o exercício de certas atividades econômicas só é permitido sob a condição de vinculação ao regime normativo do ente regulatório respectivo.

Adotando-se uma interpretação elástica desta teoria, pode-se afirmar que o regime especial de sujeição também vincula os consumidores dos serviços regulados, pois estes, ao firmar contratos de prestação de serviço com os delegatários (contratos de adesão, convencionais ou mesmo tácitos ou verbais), se vinculam ao regime regulatório aplicável ao serviço.

Por fim, de se mencionar que o regime regulatório, mesmo proveniente de uma relação de sujeição especial, deve sempre se pautar nos limites e condicionantes existentes na Constituição, legislação e regulamentos, suportes diretos de validade da regulação.

De se observar um detalhe importante. Esta corrente defende que os atos normativos das agências são atos terciários e, como tal, são condicionados necessariamente aos regulamentos do Poder Executivo, que lhes dão suporte e validade. Entretanto, a regulamentação das leis criadoras das agências, em geral, se limita à questão organizacional da agência, não dispondo sobre o mérito regulatório. Na maioria dos casos de serviços delegados não existe qualquer regulamento específico e, mesmo nos casos em que existem decretos específicos¹⁸⁷, os mesmos se limitam a traçar metas, regras gerais e políticas públicas a serem perseguidas pelas agências, não trazendo, no geral, disposições diretamente relacionadas ao mérito da regulação.

Assim, o que se percebe é que a maioria dos atos regulatórios emitidos pelas agências, apesar de tidos como terciários, simplesmente não tem qualquer fundamento de validade no regulamento, mas sim diretamente na lei, que outorga os poderes necessários para a atuação do órgão regulatório, o que acaba por fragilizar a teoria.

Destacam-se como adeptos desta corrente Clèmerson Merlin Clève, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcos Juruena Villela Souto.¹⁸⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em particular, ressalta que a competência reguladora das agências, inclusive as que têm fundamento constitucional, é limitada "aos chamados regulamentos administrativos ou de organização, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado".¹⁸⁹

¹⁸⁷ Não se olvida que existem regulamentos específicos em alguns segmentos da economia. Exemplo que pode ser dado é a competência do executivo dispor, mediante decreto, dos planos gerais de metas e de outorgas para os serviços de telecomunicações (art. 18 da Lei 9.472/97). Mas, tal como explicado no texto, estes regulamentos se limitam a fixar metas, programas e disposições organizatórias gerais para o setor (ex. número de outorgas de telefonia móvel a ser licitadas para cada região; metas de universalização de telefonia fixa, etc). Apesar de abordarem matéria regulatória, os mesmos possuem caráter geral e programático, não se prestando, a rigor, para legitimar a produção normativa da agência.

¹⁸⁸ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 278; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 238; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório...**, p. 26.

¹⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública...**, p. 158.

c) A terceira corrente defende a tese de que apenas as agências com expressa previsão constitucional, quais sejam, a ANATEL e a ANP, teriam competência normativa abstrata, em função da aplicação da *teoria dos poderes implícitos*.

Esta teoria desenvolveu-se no constitucionalismo norte-americano (caso *McCulloch v. Maryland*). Funda-se na idéia de que, para cada poder outorgado pela constituição a certo órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para possibilitar a execução do poder outorgado constitucionalmente. A atribuição de direitos constitucionais, portanto, envolve a correspondente atribuição de capacidade para o seu exercício.

Destacam-se como defensores desta corrente Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁹⁰ e Mônica Nicida Garcia. Esta última afirma o seguinte:

De acordo com o sistema jurídico vigente no Brasil [...] constituindo-se as agências reguladoras, ainda que ditas de 'regime especial', sua função reguladora deveria ser limitada à expedição de atos estabelecendo regras gerais e abstratas de conduta, sempre de alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor, exceção podendo ser feita à ANP e à ANATEL, cuja previsão constitucional poderia ser interpretada como autorizadora da expedição de normas inovadoras do ordenamento jurídico.¹⁹¹

Esta interpretação, apesar de resolver razoavelmente a problemática da legitimidade do poder normativo das agências com assento constitucional, não serve para as demais. A aplicação por analogia da teoria aos demais casos de agências reguladoras pareceria ser uma solução completamente insustentável. E mesmo no caso da ANATEL e da ANP, a teoria não resolve definitivamente a questão, uma vez que a sua aplicação também pode ser questionada, pois no direito administrativo pátrio impera o princípio da legalidade estrita, o qual preconiza a necessidade de definição legal expressa e exaustiva das competências administrativas, não se admitindo, a princípio, competências implícitas ou por exclusão.

Dentre os autores que fazem uma interpretação contrária a esta corrente, podemos citar Marcos Juruena Villela Souto:¹⁹²

Todas as agências detêm um poder normativo e não apenas a ANP e a ANATEL. A previsão constitucional de um órgão regulador para telecomunicações e para o

¹⁹⁰ *Ibid.*, p.212.

¹⁹¹ GARCIA, Mônica Nicida. A função reguladora do poder executivo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 38. São Paulo: RT, jan/mar 2002, p. 228 *apud* GUERRA, Sérgio (coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p.14.

¹⁹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras** In GUERRA, Sérgio (coord.). **Temas de Direito Regulatório**..., p. 252.

petróleo não significa que só estes teriam capacidade para editarem atos de efeitos externos. O que estes dispositivos fizeram foi afastar uma discricionariedade legislativa para criar ou não um agente regulador, discricionariedade esta que existe para os demais setores; nestes, onde existia um monopólio, se impôs a existência de um regulador para reduzir os malefícios e riscos de uma posição dominante. Nos demais segmentos de mercado, cabe ao legislador identificar, por provocação do Executivo, onde existem falhas de mercado que justifiquem a criação de um agente regulador, com poderes para a prática de intervenção do Estado na Economia.

Não obstante, não se nega que a teoria dos poderes implícitos, contextualizada com outras teorias acerca do poder normativo das agências, reforça grandemente a legitimação da ANATEL e da ANP, em particular.

d) a quarta e última corrente a ser mencionada defende a possibilidade de exercício de função normativa pelas agências a partir da distinção entre regulação e regulamentação, o que requer o conhecimento do que se convencionou denominar de *teoria da deslegalização*.¹⁹³ Destaca-se entre os adeptos desta corrente, Alexandre Santos de Aragão.

Assim sendo, traz-se o entendimento de alguns autores acerca do tema. De acordo com Eduardo Garcia de Enterría, deslegalização é a “operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre tal tema à disponibilidade da potestade regulamentar da administração”.¹⁹⁴

Leopoldo Fontenele Teixeira, por sua vez, ensina que deslegalização é:¹⁹⁵

[...] o fenômeno pelo qual o legislador, através da utilização de conceitos gerais (*standards*) dá ensejo a que o administrador, no exercício da função de concretizar o preceito legal, edite atos normativos infralegais, o que, no caso da função regulatória do Estado, ocorre pela utilização de critérios técnicos. Em outras palavras, a lei de deslegalização rompe o grau hierárquico de determinada matéria, permitindo que ela, que antes só podia ser tratada por lei, possa, respeitada a moldura normativa da lei de deslegalização, ser tratada por ato infralegal.

Importantíssimo citar o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, um dos autores que mais se destaca na defesa desta corrente:¹⁹⁶

¹⁹³ “A deslegalização é oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matères*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907 segundo as conclusões do Comissário Tardieu no caso *chemin de fer de l’État du Midi, du Nord, d’Orléans, de l’Ouest e de Paris-Lyon-Méditerranée*, calcada na idéia de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas, tão somente, o exercício.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**..., p. 47. Desta forma, explica o autor citado, o legislador tão somente retiraria do domínio da lei (*domaine de la loi*) certas matérias, pondo-as, por conseguinte, sob o domínio dos regulamentos (*domaine de l’ordonnance*).

¹⁹⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 296, *apud* BARCELOS, Cristina. *Op cit.*, p. 90.

¹⁹⁵ TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. *Op. cit.*, p. 36.

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e generalidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação junto aos agentes econômicos e sociais implicados. [...] As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade [...] Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. O objetivo das leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato dos fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa.

Tratando da análise entre regulação e regulamentação, Leopoldo Fontenele Teixeira apresenta uma diferenciação adequada ao contexto. Segundo ele, regulação é a atividade de “concretização de preceitos legais genéricos, assentada em critérios técnicos e na ponderação valorativa dos diversos interesses envolvidos, destinada a propiciar o equilíbrio do setor regulado”. Já a mera regulamentação, seria a “atividade privativa do Chefe do Poder Executivo e consiste em possibilitar a fiel execução de uma lei, por meio de sua concretização, com base em critérios políticos e não, necessariamente, técnicos”.¹⁹⁷

Marcos Juruena Villela SOUTO, em seu turno, afirma que:

A regulação não se confunde com a regulamentação privativa do Chefe do Poder Executivo; primeiro, porque a regulação não se limita à produção de normas (envolvendo a regulação executiva e a regulação judicante); depois, porque é técnica e não política e deve ser destinada a uma coletividade e não à sociedade em geral. Mais importante, é fruto de uma decisão colegiada que pondera entre os vários interesses em jogo (e não apenas à luz de uma orientação política majoritária).¹⁹⁸

Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz uma diferenciação semelhante:¹⁹⁹

De um lado, sob o aspecto material, a regulamentação é uma função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possa definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos. De resto, sob o aspecto formal, é uma atribuição de estritíssima previsão constitucional, por isso mesmo, geralmente cometida a chefes de estado ou de governo. De outro lado, substantivamente, a regulação, até mesmo por suas características enunciadas, é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito...**, p. 286. Neste mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁹⁷ O conceito é semelhante ao anteriormente transcrito, que se refere à função regulatória. TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do Poder Normativo...**, p. 251

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório...**, p. 132-133.

reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos. [...]

Finaliza este autor afirmando que o espaço regulatório é deslegalizado, o que autoriza os agentes politicamente neutros integrantes das agências a adotar decisões reguladoras, não apenas normativas, mas também executivas e judicantes, no seu âmbito de atuação legal.²⁰⁰

Deste modo, a atividade normativa da agência consiste, sob a ótica desta corrente, na produção de atos infralegais destinados a *regular* o setor econômico, e não a regulamentar lei de deslegalização.

Edmir Netto de Araújo, captando este sentido, explica que este poder normativo não se confunde com a competência regulamentadora do Executivo e muito menos com a função legiferante.²⁰¹

Assim, o Poder Normativo das agências reguladoras (não regulamentadoras) vincula-se às normas gerais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica, e não é o de regulamentar leis e muito menos situações jurídicas autônomas (leis em sentido material) que criem direitos, deveres ou penalidades. [...] Assim, suas normatizações deverão ser operacionais apenas, regras que, às vezes aparentemente autônomas, prendem-se a disposições legais efetivamente existentes.

Assim, as agências, apesar de produzirem atos aparentemente autônomos, na verdade se limitam à moldura normativa estabelecida nas leis que lhe conferem tal poder (lei de deslegalização). Estas leis, no mesmo momento em que criam este poder normativo, também fixam os parâmetros e os limites para o seu exercício, bem como as metas e as políticas a serem alcançadas.

A fim de compatibilizar a teoria com o princípio da separação de poderes, os doutrinadores que a defendem esclarecem que a competência normativa das agências consiste em uma função executiva, qual seja, a de praticar atos administrativos a fim de executar a lei (concretização).

A função regulatória consistiria, assim, na edição de atos normativos e concretos destinados a reger a conduta dos agentes econômicos, atos esses que devem ser editados com

²⁰⁰ *Idib.*, p. 132-133.

²⁰¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **A aparente Autonomia das Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Op. cit.*, p. 41, 55.

base nos *standards* legais e em critérios técnicos, com fulcro em uma ponderação dos interesses em conflito.

Assim, sob a ótica desta corrente, a atividade normativa (executiva) das agências não consiste na regulamentação da lei de deslegalização, apesar da própria atividade de regulamentação ser, também, considerada concretização da lei.

A propósito, as leis de deslegalização possuem baixa densidade normativa, isto é, são genéricas, estabelecem valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade, e metas a serem alcançadas. Estes valores constituem os padrões ou *standards*, ou seja, a moldura legal onde a produção normativa da agência deverá se encaixar. As metas, por sua vez, traduzem-se nas políticas de estado fixadas para o setor.

Dentro destes parâmetros definidos pelo legislador, compete às agências, no exercício da função de concretizar o preceito legal (complementação enriquecedora), expedir atos normativos para disciplinar as atividades econômicas que lhe são afetas, com o propósito de atingir os fins estabelecidos na lei, dentre as quais o funcionamento eficiente e equilibrado do setor regulado.

Assim, segundo Leopoldo Fontenele Teixeira, esta função regulatória, sob a ótica da teoria da deslegalização:²⁰²

Representa o exercício de típica função executiva, consistente na edição de atos destinados a propiciar a aplicação das normas genéricas editadas pelo legislador, **normas essas que conterão a política pública para o setor**, bem como preceitos com baixa densidade normativa destinados a servir de baliza para a edição dos atos normativos regulatórios.

A fim de ilustrar a explanação, citam-se os seguintes dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), consistentes em exemplos de preceitos de baixa densidade (*standards*) típicos de lei deslegalizadora:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

²⁰² TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. *Op. cit.*, p. 38. Grifo nosso.

[...]

Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

I - a prática de subsídios para redução artificial de preços;

II - o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço;

III - a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem.

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

[...]

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

[...]

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;

II - a competição livre, ampla e justa;

III - o respeito aos direitos dos usuários;

IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;

V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;

VI - a isonomia de tratamento às prestadoras;

VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências;

VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;

IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;

X - a permanente fiscalização.

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

- IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Nesse diapasão, faz-se importante citar o entendimento de Eros Roberto Grau,²⁰³ o qual defende que a produção normativa não é, na atual conjuntura, restrita ao legislativo. De acordo com ele, o Estado passou a dinamizar técnicas específicas de atuação, técnicas as quais o autor, a partir de considerações do direito brasileiro, classificou em: a) atuação *na* economia: atuação por absorção e atuação por participação; b) atuação *sobre* a economia: atuação por indução, caracterizando-se esta quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

O referido autor ainda aduz que a utilização do direito como instrumento de implementação de políticas públicas coloca em pauta outro fenômeno o da profusa produção de normas jurídicas pela Administração, que Carnelutti referiu como "inflação normativa".

Continua afirmando que o direito, agora, já não mais ordena exclusivamente situações estruturais, passando a regular também situações conjunturais, o que impõe sejam as normas dotadas de flexibilidade e estejam sujeitas a contínua revisibilidade, nos coloca novamente diante do conceito de norma jurídica e dos traços que a caracterizam.

Frise-se que alguns autores entendem que a deslegalização se consubstancia em um ato de delegação da função legiferante do Poder Legislativo.

Marçal Justen Filho, por exemplo, não concorda com esta teoria. Afirma que a concepção de deslegalização “não se afigura como aplicável ao Direito Brasileiro. Ao menos, não há cabimento de produzir a transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo.”²⁰⁴

A primeira e a terceira correntes mencionadas não encontram grande aceitação da doutrina. Predominam as demais correntes, que defendem a legitimidade do poder normativo em função do regime de sujeição especial e em função da teoria da deslegalização. Na

²⁰³ Cf. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.* p. 495.

verdade, estas correntes representam dois pontos de vista capazes de legitimar o mesmo fenômeno. Ambos se complementam e não se excluem objetivamente.

Explica-se: segundo a corrente que defende a possibilidade de edição de atos normativos no contexto do regime de sujeição especial, a produção normativa das agências decorre do regulamento e é legítima na medida em que se dirige apenas aos prestadores de serviço que mantém vínculo de delegação, não podendo, portanto, ser gerais e abstratas. Sem prejuízo disto, a lei estabelece regras gerais e os limites da desconcentração normativa, a serem observadas obrigatoriamente pelo regulador.

A corrente da teoria da deslegalização, por sua vez, preconiza que o ato regulatório decorre diretamente da lei e será legítimo se observar os seus preceitos gerais (*standards*), parâmetros e limites fixados na lei, os quais pautam a concretização (execução) da norma primária pela autoridade reguladora.

Percebe-se claramente a proximidade entre as correntes, pois em ambos os casos os preceitos e as regras gerais contidos em lei devem ser observados, sob pena de extrapolação do poder normativo e invalidade da norma emitida pela agência. Na primeira corrente as normas se dirigem aos delegatários *stricto sensu*, enquanto que na segunda se destinam ao setor regulado.

Esse diferencial é particularmente relevante quando as normas em questão sejam dirigidas aos prestadores clandestinos de serviço, consumidores ou mesmo a terceiros que não estejam submetidos ao regime de delegação, mas que, de alguma forma, possam interferir na prestação do serviço (organismos certificadores, fornecedores, fabricantes, etc). A efetividade da regulação para estes destinatários é bem maior e supre as deficiências do modelo baseado no regime de sujeição especial.

Assim, a depender do tipo de teoria utilizada, o controle a ser exercido sobre as agências sofre variações, sendo que a atuação das agências sob o pálio da teoria da deslegalização certamente é mais abrangente que a outra corrente.

Pensamos que a corrente que prega a origem terciária dos atos regulatórios, com vinculação ao regime especial de sujeição, parece ser a mais compatível com o Direito Constitucional brasileiro. Alguns elementos da corrente que prega a deslegalização, entretanto, são muito válidos, notadamente aqueles que tratam da vinculação das agências à

moldura das leis, regulamentos e políticas públicas (*standards*). O conceito de deslegalização, entretanto, é difícil de ser desvinculado da idéia intrínseca da delegação legislativa, o que, como visto, ainda não é bem aceito pela doutrina nacional.

Não obstante, esta teoria não nos parece de todo absurda, pois preconiza a existência de uma mutação constitucional. Ocorre que, até o momento, tal mutação não se evidenciou, sendo certo que a solução da corrente doutrinária defensora do regime de sujeição especial acaba se tornando mais factível.

Assim, o posicionamento intermediário entre as duas correntes, porém sem abraçar diretamente a teoria da deslegalização, nos parece ser o mais acertado.

3.4 Posição do Supremo Tribunal Federal e da Administração Direta

Cumpra-se analisar, neste ponto, o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário e pela Administração Central em relação à questão da competência normativa das agências reguladoras.

Primeiramente, em relação ao posicionamento do Poder Judiciário, faz-se importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão do poder normativo das agências, quando do julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668-DF, em 1997. Em tal demanda, o STF apreciou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), dentre os quais o art. 19, IV e X, que prevêm a competência normativa da ANATEL. Apesar de a lei analisada ser específica para a ANATEL, o entendimento fixado pelo STF pode ser perfeitamente estendido às demais agências.

Trata-se da primeira vez que o STF se manifestou, em sede de controle concentrado, sobre as agências reguladoras. E, ainda assim, o fez a título de medida cautelar, não tendo julgado o mérito até hoje.

Nesta ocasião, o pleno deferiu em parte medida cautelar para:

[...] Quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.²⁰⁵

Assim, conclui-se que a Suprema Corte entendeu que o poder normativo é, efetivamente, constitucional, desde que seja exercido nos limites impostos pela constituição e pelas leis e regulamentos que regem a matéria.

Note-se que, no que tange aos incisos IV e X do art. 19, os Ministros acompanharam, em sua maioria, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual evidenciou o seu alinhamento à corrente doutrinária predominante acerca da justificação do poder normativo, exposta e analisada no tópico anterior:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.²⁰⁶

Assim, em vista do julgamento acima mencionado, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela constitucionalidade do poder normativo das agências, tendo se alinhado à corrente mais conservadora, que encara os atos regulatórios como terciários. Deixou claro, ainda, que os atos normativos das agências poderiam ter efeitos externos. Entretanto, foi omissivo no que concerne à obrigatoriedade ou não de submissão ao regime de sujeição especial, tendo deixado para a doutrina o desenvolvimento desta questão.

Não obstante, o posicionamento no sentido de acreditar que a sujeição é necessária nos parece mais coerente, pois, como enfatizado no próprio julgamento do Supremo, a atuação da agência deve se pautar nos preceitos constitucionais, o que inclui, evidentemente, o princípio da legalidade.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADin-MC n° 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADin-MC n° 1.668-DF... Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já proferiu decisões em sede de Recurso Especial que ratificaram o poder normativo das agências reguladoras. Citam-se como exemplos os Recursos Especiais nº 572.070-PR, 985.265-RS e 986.415-RS, que abordaram a questão do poder normativo da ANATEL em assuntos relacionados com a regulação do setor das telecomunicações.

No âmbito do Poder Executivo, predomina o entendimento de que a competência regulatória das agências decorre das previsões expressas nas leis de criação, estando esta função subordinada tanto aos condicionamentos legais existentes, quanto nas disposições contidas em regulamento.

Assim, foi adotada predominantemente a corrente que entende serem as normas das agências atos normativos terciários, subordinados aos regulamentos e aplicáveis com base no regime de sujeição especial. Ademais, as normas devem respeitar rigorosamente os *standards* e balizas previstos na legislação, bem como as disposições contidas nos regulamentos.

Este entendimento foi uniformizado em função do Parecer da AGU nº AC-51, de 12 de junho de 2006,²⁰⁷ que, como já mencionado, possui caráter normativo e vincula toda a Administração Federal. Tal parecer, tratou principalmente da questão da sujeição das agências à supervisão ministerial, entretanto, abordou outros assuntos de interesse para este trabalho, a saber: a vinculação da produção normativa das agências aos condicionamentos e às balizas previstos na lei e no regulamento e a vinculação das políticas regulatórias às políticas públicas setoriais traçadas pelos Ministérios.

Desse modo, essas políticas públicas setoriais podem ser consideradas também como parâmetros para pautar a atuação normativa das agências (produção da política regulatória), além dos balizamentos existentes na lei (*standards*) e nos regulamentos, o que reforça a sujeição institucionalizada à corrente que defende que atos normativos se suportam no poder regulamentar do executivo.

²⁰⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU nº AC-51**, de 12 de junho de 2006. Publicado no Diário Oficial da União em 19 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>>. Acesso em: 20 de jul. de 2010

Assim, em relação ao âmbito do poder normativo, o Parecer em foco reproduz, no geral, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com o diferencial de condicionar a atuação das agências, também, às políticas públicas estabelecidas para o setor regulado.

3.5 Legitimidade dos atos normativos das agências

Pelo que parece, a tendência natural do cientista jurídico é procurar justificar a legitimidade das agências com base no exame de adequação aos princípios constitucionais – notadamente os princípios da legalidade e da separação dos Poderes. As correntes doutrinárias expostas no item 3.3, como visto, abordam a questão da legitimidade com este enfoque jurídico-normativo e tiveram o mérito de ter boa aceitação no Brasil, inclusive com o referendo do Poder Judiciário.

Argumento muito utilizado para reforçar as teses de justificação é o da necessidade de regulação técnica e o aumento da complexidade das relações sociais, o que desloca o foco do problema das questões de dogmática constitucional para o discurso sobre a exigência de eficiência da atividade reguladora (elemento externo ao ordenamento jurídico).

Também exercem importante papel na justificação das agências os mecanismos de controle externo e de participação popular nos processos decisórios das agências, estes últimos, por sinal, representam um considerável avanço em relação às soluções anteriores, em termos de potencial democrático.

Dentre os principais mecanismos de controle, podem-se distinguir a supervisão ministerial, a revisão judicial das decisões, a atuação do Tribunal de Contas e a possibilidade de fiscalização e até mesmo de extinção das agências pelo Poder Legislativo. Em relação aos mecanismos de participação pública, destacam-se as consultas públicas, as audiências públicas, as denúncias, o canal da ouvidoria, etc.

Assim, os esforços doutrinários se resumem, normalmente, à busca pela interpretação que consiga harmonizar os princípios da legalidade e da separação dos poderes

com a atuação normativa autônoma das agências, a fim de identificar parâmetros normativos de controle da discricionariedade administrativa.

O alto grau de autonomia e os poderes quase-legislativos e executivos das agências ensejam muitas indagações no campo do Direito e da Ciência Política. Todos estes questionamentos, entretanto, se originam de um problema fundamental: o suposto *déficit de legitimidade democrática* da atuação normativa das agências. Ou seja, a dificuldade de se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática.

Nesse ínterim, Alexandre Santos de Aragão comenta que:

A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao poder executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e complexa. Todavia, a adoção de um modelo multiorganizado ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação.²⁰⁸

Marcelo Rangel Lennertz, por sua vez, observa que a justificação deste poder normativo deve ser feita com base em elementos jurídico-formais, bem como por elementos provenientes da ciência política e da sociologia. Assim, ele critica as teses tradicionais de justificação do poder normativo das agências em função do seu pouco aprofundamento:

a questão da legitimidade democrática da atividade de produção de normas pelas agências reguladoras tem sido abordada de forma reducionista e insuficiente. Os debates sobre o tema, em geral, se limitam a uma perspectiva jurídico-formal, no qual as propostas de solução são pensadas a partir da “melhor interpretação” dos princípios constitucionais da separação dos Poderes e da legalidade.²⁰⁹

Segundo o autor:

[...] esse conceito jurídico-formal de legitimidade, fundado sobre um paradigma liberal do Direito e da democracia, que é tão abstrato a ponto de ser indiferente à realidade, não se presta a fazer o que deveria ser sua principal função: explicar o fundamento *normativo* do poder político que o Estado – no caso, as agências reguladoras – detém *de fato* na sociedade.²¹⁰

Este seria o motivo pelo qual esse conceito formal de legitimidade não seria suficiente para investigar as condições de legitimidade destas entidades reguladoras.

²⁰⁸ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218-219.

²⁰⁹ LENNERTZ, Marcelo Rangel. **Agências Reguladoras e Democracia no Brasil: entre Facticidade e Validade**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 116.

²¹⁰ LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Op. cit.*, p. 48.

Paulo Todescan Lessa Mattos vai mais além:

O que está em questão é saber em que medida pode ser legítima e democrática a decisão sobre o conteúdo da regulação por um órgão colegiado não-eleito e com autonomia decisória em relação à administração direta, em contraposição à decisão monocrática de um ministro de Estado nomeado pelo presidente da República eleito pelo voto popular. Ou, ainda, em que medida é legítima a definição de políticas públicas para um setor da economia por meio de uma agência reguladora independente, na medida em que, ao exercer sua função normativa, acaba por especificar (exercendo efetivamente poder normativo) o conteúdo das normas gerais definidas em lei pelo Poder Legislativo (eleito) ou em decreto do presidente da República (eleito).²¹¹

Ele prossegue afirmando que:

As *agências reguladoras independentes* são autorizadas pelo Congresso a: (i) editar normas, exercendo função quase-legislativa; (ii) decidir conflitos, exercendo função quase-jurisdicional ao aplicar e interpretar normas; e (iii) executar leis, exercendo função quase-executiva de formulação de políticas públicas. E, no caso do exercício das funções executivas, as agências têm, do ponto de vista legal, garantias de independência decisória e podem, ao formular políticas públicas, contrariar os interesses políticos do presidente eleito democraticamente. Dessa forma, muitas das decisões das agências envolvem escolhas políticas traduzidas em normas editadas (*political choices that 'make law'*), que têm que ser legitimadas.²¹²

Realmente, apesar da produção normativa das agências ser predominantemente técnica, parece claro que também envolve uma inegável parcela de decisionismo político. Para a elaboração das normas os dirigentes das agências precisam, sim, fazer escolhas valorativas que não se enquadram na idéia de competência exclusivamente técnica, mas que invadem o campo da discricionariedade e da política.

Desse modo, o paradoxo que se forma é o seguinte: as características de independência decisória e de estabilidade dos dirigentes têm o mérito de proporcionar nítidas vantagens do ponto de vista econômico. Isto é, permitem a manutenção de um ambiente adequado para que as atividades econômicas produzam resultados positivos e, ao mesmo tempo, asseguram a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

Apesar desses bons resultados, o modelo apresenta o seu maior problema justamente no ponto de vista político e jurídico-formal, qual seja: a dificuldade de se justificar a obediência a uma autoridade administrativa cujos dirigentes não são eleitos e cujas decisões não estão sujeitas à revisão por parte das autoridades eleitas democraticamente (ressalvados os casos excepcionais comentados neste estudo).

²¹¹ Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 339.

²¹² Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 171.

Paulo Todescan Lessa Mattos realizou uma profunda pesquisa para tentar resolver este problema de legitimidade. Ele afirma que os modelos tradicionais são insuficientes para explicar a complexidade do funcionamento do estado regulador e justificar a sua legitimidade. São modelos presos a um paradigma liberal de direito, focados na adequação lógico-formal de normas à hierarquia do ordenamento.²¹³ O autor sugere uma saída utilizando elementos da *teoria discursiva do direito e da Democracia* de Jürgen Habermas,²¹⁴ que será sumarizada nos parágrafos seguintes.

Na obra *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Habermas propõe um novo modelo de justificação da legitimidade do poder público nas sociedades modernas contemporâneas, as quais se caracterizam por um alto grau de complexidade e diferenciação funcional. A idéia do autor é embasar esse novo modelo em elementos diversos dos tradicionalmente utilizados. Os modelos tradicionais, segundo ele, se baseiam em teorias com fundamento na moral e no direito e apresentam um conteúdo ultrapassado e insuficiente. A maioria vê no Poder Legislativo o único representante legítimo dos interesses da sociedade, prendendo-se, assim, aos velhos dogmas da concepção liberal de democracia.²¹⁵

A proposta do autor alemão consiste na *Teoria da Ação Comunicativa*, com base em um novo tipo de racionalidade, a *racionalidade comunicativa*, decorrente das relações interpessoais na sociedade e entre a sociedade e as instituições políticas do Estado. Ele afirma que existe um grande potencial de racionalidade nas ações voltadas para o entendimento mútuo (ações comunicativas), potencial este que seria capaz de superar o problema da legitimação do poder político na atualidade.

Estas ações comunicativas consistem em instrumentos capazes de viabilizar a participação popular no processo decisório, de modo a inserir etapas de discussão e de convencimento mútuo, a fim de se chegar a resultados que, em função da racionalidade, pudessem ser acatados voluntariamente ou pelo menos reconhecidos como legítimos e democráticos pelos administrados.

²¹³ Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 28.

²¹⁴ Esta teoria está sistematizada na obra: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Vols. I e II. 2ª Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

²¹⁵ O pensamento liberal se funda em dogmas tais como o da legitimação por meio do sistema representativo eletivo e o da tripartição dos poderes. O modelo tripartite, por exemplo, é uma abstração científica que jamais chegou a ser empregada em sua forma pura, sendo certo que na prática, mesmo nas nações com perfil liberal mais exacerbado, sempre se observou instrumentos políticos de interferência entre os Poderes (*checks and balances*).

Habermas entende que certas condições são necessárias para que o processo decisório tenha maiores chances de produzir um consenso:

(a) publicidade e inclusividade: ninguém que pudesse fazer uma contribuição relevante com relação à pretensão de validade objeto da controvérsia deve ser excluído; (b) iguais direitos de se engajar em comunicação: todo mundo deve ter a mesma oportunidade de falar sobre o assunto discutido; (c) exclusão de enganação e ilusão: participantes devem ser sinceros no que eles dizem; e (d) ausência de coerção: a comunicação deve ser livre de restrições que impeçam o melhor argumento a ser levantado e que determinem o resultado da discussão.²¹⁶

Assim, procedimentos decisórios que prevejam efetivos elementos de participação e discussão social implicariam na produção de normas com legitimidade reforçada pela *racionalidade comunicativa*. Esta forma democrática de elaboração normativa tem como vantagem a possibilidade de proporcionar uma larga aceitação voluntária por parte da sociedade. Trata-se do *efeito ilocucionário*, isto é, a aceitação da norma ou enunciado como válido e racional, aliado ao convencimento de que a norma ou enunciado deve ser cumprida.²¹⁷

Habermas não comete a ingenuidade de defender que a aceitação racional das normas geradas por este processo democrático de elaboração seria suficiente para garantir o seu efetivo cumprimento. Pelo contrário, ele reconhece que apesar destes atributos contribuiriam positivamente para o cumprimento voluntário das normas, eles não são suficientes para efetivamente assegurar a obediência. Assim, ele remete o interprete às formas tradicionais de imposição de eficácia para as leis (ex. sanção, poder de polícia).

Nesse momento, de acordo com o citado autor, predominariam os *efeitos perlocucionários*²¹⁸ da norma: os destinatários passam a cumpri-la em função da probabilidade da incidência das sanções. O efeito ilocucionário, apesar de não preponderar neste momento, ainda desempenha função importante, como fonte de legitimação e justificação racional da norma. A tese de Habermas se destina a explicar o conteúdo de legitimidade e democracia destas normas, não abordando, portanto, o problema da eficácia.

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 67, *apud* LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Op. cit.*, p. 62.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. Vol. I. Transl. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984, p. 298, *apud* LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Op. cit.*, p. 60.

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade do Entendimento Mútuo...**, p. 121, *apud* LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Op. cit.*, p. 60.

Em seu turno, Paulo Todescan Lessa Mattos defende que o pensamento de Habermas é adequado para compreender a questão da legitimidade das agências reguladoras. Com efeito, ele elaborou uma teoria com base justamente na aplicação do paradigma da democracia discursiva de Habermas aos mecanismos de participação popular existentes no âmbito destes entes.²¹⁹

Como ele ressalta, a ausência aparente de mecanismos de controle e responsabilização (*accountability*) das agências reguladoras é considerada um dos motivos do seu *déficit* democrático, não obstante o fato das teorias tradicionais justificarem a sua legitimidade sob o ponto de vista jurídico-normativo.

Segundo a teoria de Paulo Mattos, esta reduzida legitimidade democrática pode ser compensada pelos ganhos que podem ser obtidos com os instrumentos da democracia participativa no processo de produção normativa das agências, os quais implicariam na legitimação discursiva das agências.

Este ganho tem, inclusive, explicação sociológica. Segundo o autor:

É possível afirmar que a adoção de mecanismos de consultas públicas e audiências públicas pode significar um avanço em termos de *accountability* do processo decisório sobre políticas setoriais no Brasil. Isso ocorreria na medida em que a 'caixa-preta' dos ministérios perde relevância no processo decisório, permitindo que outros grupos de interesse, que não apenas aqueles com acesso privilegiado aos canais de circulação de poder político na relação Presidente-Congresso, participem do processo decisório e tenham os seus interesses ouvidos no interior das novas agências²²⁰

Conclui ele que nestes canais de participação popular estaria contido um grande potencial democrático capaz de legitimar a atuação normativa das agências reguladoras, potencial este que não foi considerado seriamente pelos estudos até então realizados. Quando muito, a mera existência formal destes canais já era tida pelos autores como suficiente. Na visão do citado autor, entretanto, a legitimação só se consumaria com a *efetiva* utilização destes institutos, não sendo suficiente o aspecto formal.

Na sua obra, Mattos demonstra que no Brasil as experiências de regulação da economia diretamente pelo Poder Executivo, típicas do Estado social, estiveram sempre associadas a práticas antidemocráticas.²²¹ Observou ele que havia uma concentração

²¹⁹ Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*

²²⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 25.

²²¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 109-154.

exagerada de poder decisório em relação às políticas públicas na figura do Presidente da República e dos seus Ministros.²²² As decisões políticas eram confinadas, na maioria das vezes, aos gabinetes ministeriais, com a influencia direta do Presidente e de um reduzido e privilegiado grupo de pessoas que tinha acesso aos chamados *anéis burocráticos*. Ademais, poucos eram os mecanismos institucionalizados de controle democrático das decisões tomadas. Conclui o autor que este panorama, apesar de estar de acordo com a constituição (sob o ponto de vista formal), apresentava evidente *déficit* de legitimidade democrática.²²³

Assim, a reforma regulatória ocorrida no país teve o mérito de retirar uma parcela significativa do poder regulatório da esfera eminentemente política e de atribuí-la às agências reguladoras (descentralização), órgãos independentes que atuam com base em critérios predominantemente técnicos. Esta mudança certamente contribuiu grandemente para uma maior democratização do processo decisório.

Desse modo, a instituição de mecanismos de participação democrática nas agências, a exemplo das consultas públicas, audiências públicas, conselhos consultivos,²²⁴ conselhos superiores, bem como de elementos de transparência e de *accountability*, segundo Mattos, são potencialmente capazes de proporcionar uma grande legitimidade democrática ao ente regulador. Por meio destes espaços públicos institucionalizados a sociedade pode participar diretamente no processo de elaboração de atos normativos, em um ambiente de democracia discursiva.

Conclui ele, finalmente, que este novo modelo regulador de estado, representaria, se comparado ao modelo anterior, um grande avanço no sentido da legitimação deliberativo-procedimental das decisões da Administração Pública. As agências, neste contexto, fariam parte da criação de uma nova dinâmica política regulatória, pois:

A formulação de políticas setoriais, que antes estava restrita aos gabinetes ministeriais, aos conselhos institucionalizados no interior da burocracia estatal da administração direta, subordinada às decisões políticas do Presidente da República e ao jogo de barganhas políticas com o Congresso, passou a ser feita de forma

²²² Trata-se do fenômeno que O'Donnell denomina de *democracia delegativa*, consistente na idéia de que o governante, após ser eleito, teria o poder onipotente de decidir qual seria o interesse público do país, de modo que os mecanismos de controle do seu poder, bem como as próprias pressões da sociedade, seriam obstáculos inconvenientes à plena autoridade que acabara de receber por delegação. Cf. O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa. In: **Revista Novos Estudos**, n. 31, outubro de 1991, *apud* MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 23.

²²³ Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 24-25.

²²⁴ Estes conselhos são compostos total ou parcialmente por membros da sociedade.

insulada por técnicos especializados, porém aberta ao público afetado pelas normas editadas pelas agências.²²⁵

Esta tese supera os problemas decorrentes da inexistência de escolha democrática dos dirigentes das agências (ausência de *accountability* eleitoral) e de meios de controle por parte do Executivo. Ela proporciona legitimação democrática com base na Teoria da Ação Comunicativa de Habermas, decorrente dos meios institucionalizados de participação popular nos processos decisórios das agências.

É imperioso comentar as conclusões de Mattos. Esta atuação popular, a princípio, é de cunho meramente opinativo para a autoridade decisória, a qual poderá decidir de forma contrária aos anseios da sociedade (interesses difusos) e dos próprios delegatários (interesses do setor regulado).

Entretanto, a legitimação democrática decorre justamente da possibilidade de que as contribuições da coletividade sejam levadas em conta e possam influenciar as decisões das agências, em um ambiente dialético e comunicativo de gestação. Percebe-se que a participação apenas influi na decisão dos gestores, não se tratando, portanto, de uma forma de democracia direta.

Todavia, nada impede que venham a ser instituídas no futuro novas modalidades de participação, talvez até sob a forma de votação, com a possibilidade ou não de vinculação da autoridade regulatória aos seus resultados.²²⁶

Ademais, o autor observou, por meio de pesquisa empírica (de campo),²²⁷ que predominam as contribuições feitas pelo setor regulado, estando em segundo lugar as

²²⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 25.

²²⁶ Ressalte-se que existem várias propostas teóricas de participação política popular, com diferentes níveis de cientificidade, a exemplo da democracia direta, democracia semi-direta, democracia líquida, democracia participativa, democracia emergente, democracia pessoal, etc. Uma proposta muito interessante e que foi posta em prática na Suécia é a do partido independente DEMOEX, onde os seus representantes eleitos votam no parlamento com base nas diretrizes estabelecidas diretamente pela sociedade, por meio de um sistema de votação eletrônico na internet. O partido conseguiu eleger uma única candidata para a Câmara Municipal de Vallentuna (cidade do subúrbio de Estocolmo) em 2002, a qual se reelegeu em 2006. A experiência foi denominada *democracia direta eletrônica* ou *e-democracy*, tendo se originado nos pensamentos de Karl Popper e Henri Bergson sobre a chamada *sociedade aberta*. Sobre o tema, cf. VASCONCELOS, J. **Democracia Pura: História e atualidade, reforma política, teoria e prática sobre governo sem políticos profissionais**. São Paulo: Nobel, 2007, e o próprio *site* do partido: <<http://demoex.net/en>>.

²²⁷ Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 262. O autor fez uma pesquisa nas consultas públicas realizadas pela ANATEL no período de 1998 a 2003, relativas à universalização dos serviços de telecomunicações, o que importou no total de dez procedimentos. Trata-se de uma amostragem pequena em relação à quantidade de normas expedidas pela Agência no mesmo período, mas permite uma visão aproximada de como estes instrumentos estão sendo utilizados na prática.

participações de particulares em geral (interesses difusos) e, por último, a participação de associações de defesa do consumidor e outros órgãos não governamentais. Foi observado que, em relação ao grau de incorporação das contribuições, apesar da predominância quantitativa das contribuições do setor regulado, não houve evidência de que estas propostas tiveram maior aceitação que as oriundas da sociedade.²²⁸ Pelo contrário, na amostragem considerada, o índice de incorporação das sugestões da coletividade foi superior, o que desqualifica a tese de que o setor regulado teria maior poder de influência do que a sociedade. De qualquer modo, o índice geral de aceitação e incorporação das propostas dos participantes das consultas públicas ainda é muito baixo.

A pesquisa revelou também que ainda existem graves deficiências procedimentais na consulta pública, dentre as quais: a) contraditório inexistente (não há possibilidade de réplica); b) ausência de motivação dos julgamentos das contribuições; c) ausência de publicidade.²²⁹ Estas falhas implicam em uma baixa legitimidade procedimental e certamente desestimulam a participação da coletividade. Como fator positivo apontou o autor que, no caso da Anatel, agência pesquisada, o processo decisório é bem elaborado e prevê a obrigatoriedade das consultas internas (para contribuição dos servidores da agência) e das consultas públicas.

A conclusão do estudo de Mattos é a de que os mecanismos de participação pública têm um bom potencial democrático, com base na teoria deliberativa da democracia de Habermas. Este potencial, entretanto, pelo menos no caso da ANATEL, não foi atingido completamente, tendo em vista as deficiências mencionadas.

Marcelo Rangel Lennertz elabora uma crítica parcial ao pensamento de Mattos. Segundo ele, qualquer análise sobre a legitimidade democrática das agências deve ter uma etapa descritiva, voltada para a investigação da obediência às decisões das agências por parte de seus destinatários e dos fatores que influenciam a aceitação de tais decisões. Só então se

²²⁸ O autor ressalta que as propostas apresentadas pela sociedade e pelo setor regulado não são necessariamente contrapostas, podendo haver coincidência de interesses.

²²⁹ Fizemos uma consulta ao *site* da ANATEL (www.anatel.gov.br) em julho de 2010 e constatamos que as falhas apontadas pelo autor se perpetuam até a atualidade. Observamos, ainda (por amostragem e sem qualquer pretensão metodológica rigorosa), que na imensa maioria das consultas não há qualquer resposta por parte do ente regulador.

partiria para uma segunda etapa, de análise normativa, a fim de se fundamentar normativamente a legitimidade democrática destes entes públicos.²³⁰

Assim, ele enumera duas preocupações a serem observadas neste estudo:

A primeira é a adoção de um enfoque descritivo, voltado para a investigação da aceitação desse poder na sociedade. Importa verificar em que medida suas decisões são obedecidas por seus destinatários, bem como os fatores que, efetivamente, sustentam essa obediência ou desobediência. A segunda é a realização de uma análise normativa sobre os dados empíricos levantados, que leve em conta a gênese democrática do poder – isto é, que procure examinar, qualitativamente, se, entre aqueles que devem obedecê-lo, se verifica o reconhecimento da existência de boas razões para a obediência e se há a possibilidade de influência ou até mesmo alteração das decisões às quais devem obedecer caso delas discordem.²³¹

Assim, apesar de concordar com a parte principal do estudo de Mattos, Lennertz defende que a pesquisa empírica realizada sobre os processos internos da ANATEL (inclusive as consultas públicas), carece de rigor metodológico, além de não ter considerado, com a devida profundidade, os parâmetros de investigação por ele propostos. Assim, apesar de importante, esta parte da pesquisa de Mattos não seria representativa.

Apesar da crítica, o autor não apresenta uma solução factível. Apenas defende que a verificação *in concreto* (medição) da legitimação democrática com base no modelo de Habermas carece de um modelo empírico de experimentação, o qual ainda não foi completamente idealizado e, muito menos, experimentado.²³²

Feitas estas considerações, nosso pensamento está em consonância com a tese de Mattos acerca da legitimação das agências, pois não há dúvida de que a participação popular no processo regulatório imprime um caráter democrático apto a reforçar a legitimidade dos atos regulatórios. Por outro lado, também consideramos procedente a crítica feita por Lennertz, pois a parte empírica desenvolvida no estudo de Mattos realmente é falha, não se prestando para medir de forma efetiva o grau de legitimidade democrática das agências.

²³⁰ LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Op. cit.*, p. 10.

²³¹ *Ibid.*, p. 10.

²³² Cf. *Ibid.*, p. 147-149.

4 AGÊNCIAS REGULADORAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Contextualização do tema

Conveniente destacar um relevante fenômeno que se tem observado na atividade das agências reguladoras: o seu papel na concretização de políticas públicas. Com efeito, inegável é a possibilidade de participação dos agentes econômicos regulados na fase executória de implementação dessas políticas, pelo que elevado destaque passa a receber a atividade regulatória das agências neste ponto.

É que, conforme observa Américo Bedê Freire Junior, “a partir da evolução do constitucionalismo, houve uma grande mudança na atuação do estado, sendo evidente hoje o seu papel promocional na materialização de uma ordem social mais justa.”²³³ Nesse diapasão, temos que a atividade regulatória e até a normativa, como se defende nesse trabalho, das agências não pode se furtar a essa tendência estatal atuante, consagrada pela própria Constituição.

Em um momento primeiro, os textos constitucionais não eram voltados para a instituição de normas cujo escopo fosse fomentar uma atuação dirigente do Estado. A ordem econômica, por exemplo, era, até pouco tempo, regida unicamente pela chamada “mão invisível” do mercado, inexistindo qualquer espécie de política estatal a disciplinar esse campo. Era o chamado Estado Liberal.

Nesse espeque, as constituições eminentemente liberais tiveram unânime aplicação nos primórdios do constitucionalismo, resumindo-se, nesse período, os textos constitucionais basicamente a disciplinar a separação de poderes e a instituição de garantias aos direitos de primeira geração, ou seja, os direitos de liberdade.

Ocorre que, com a crise do Estado Liberal, o constitucionalismo voltou os seus olhos para a realização de políticas que valorizassem uma atuação mais positiva do poder

²³³ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 48.

público. É que se percebeu que o modelo liberal, quando levado ao extremo, provoca uma série de conflitos sociais e distorções que devem ser combatidos pelo Estado. Nesse contexto, surge o chamado Estado Social, caracterizado por uma acentuada intervenção na economia. Nesta fase o poder estatal passa a se manifestar no sentido de promover atos com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais (políticas públicas).

Posteriormente, como já demonstrado no capítulo 2 do presente trabalho, por conta do grande endividamento estatal provenientes dos gastos com investimentos sociais, bem como pelos reclamos do mercado mundial por uma maior liberalização nas economias nacionais, instaurou-se o que se denominou de Estado Regulador. Impera nesse modelo o ideal da intervenção mínima, inspirado no princípio da subsidiariedade da atuação estatal nos setores da economia, só sendo efetivadas tais intervenções quando consideradas necessárias a proteção de interesses coletivos. Passou-se, assim, a valorizar-se sobremaneira a liberdade da iniciativa empresarial.

Dessa forma, o estado passou a sofrer uma drástica diminuição estrutural, exteriorizada por um intenso processo de desestatização, tendo permanecido sob o controle estatal apenas algumas poucas empresas. Por outro lado, através de sua competência normativa, o Estado regulador passou a disciplinar a atuação do setor privado de modo a evitar as distorções do regime liberal clássico e ainda servir como ferramenta indireta para a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto de subsidiariedade da atuação estatal na economia, faz-se possível que as políticas públicas setoriais, até então desempenhadas pelas estatais (sob o comando do governante), possam ser implementadas pelos próprios agentes econômicos. Esta atuação passou a ser exigível justamente em função da atividade reguladora das agências (normatização e fiscalização).

Nesse sentido, o Professor Floriano Marques Neto aduz que:

A noção de atividade regulatória numa perspectiva de “mediação ativa de interesses” envolve uma dupla atividade estatal. De um lado, o regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infra-estruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Doutra bordo, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes. É o que tem lugar na defesa dos

consumidores ou no atendimento de políticas públicas (universalização de serviços, redução de desigualdades sociais ou regionais, entre outros).²³⁴

Seguindo o referido autor, temos que o equilíbrio entre estas duas vertentes da moderna atividade regulatória faz com que o Estado, enquanto regulador, não se limite a uma posição passiva nas relações sociais (o que o remeteria a uma posição de mero árbitro, impotente e reativo). Na realidade, este posicionamento deve implicar:

[...] em uma atuação ativa marcadamente subsidiária, na qual a consagração de metas de interesse social (consubstanciadas em políticas públicas) e a defesa dos setores hipossuficientes devem ser estabelecidas a partir das possibilidades de cada setor da economia e não definida unilateral e exclusivamente a partir dos espaços decisórios estatais.²³⁵

Para aclarar essa relação entre a atuação das agências reguladoras e a implementação de políticas públicas, cumpre-se inicialmente dissecar alguns conceitos para depois analisar como essas políticas podem ser eficazmente implementadas por meio da regulação proveniente das agências.

4.2 Políticas de Estado e Políticas de Governo.

As **Políticas de Estado** são determinações amplas e genéricas. São definidas por Lei e envolvem tanto a vontade política do governante quanto do Poder Legislativo. Na verdade, traduzem objetivos, metas e planejamento de médio e longo prazo para a nação, a serem atingidas pelos governantes. Têm forte viés de planejamento e ordenação da economia, não se prestando, portanto, a atender objetivos imediatos, motivados pelas vicissitudes do embate político e eleitoral. Referem-se aos mais variados ramos da atuação estatal, dentre os quais a gestão da economia e de atividades relacionadas com o interesse coletivo. Por se tratar de políticas de longo prazo, a estabilidade e perenidade são pressupostos, apesar de ser possível a modificação destas políticas conforme a conjuntura política e social que se apresente.

Tais políticas, tendo em vista o seu caráter mais abrangente, têm função estruturante, pelo que sua atividade vincula tanto a formulação das políticas de governo

²³⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 21.

²³⁵ *Ibid.*, p. 21.

quanto o manejo da política regulatória. Constituem ainda a base das políticas públicas setoriais, influenciando grandemente na atuação das agências reguladoras, fixando balizas e *standards* para os setores por elas gerenciados.

Em uma visão mais empírica, Paulo Roberto de Almeida aduz que a elaboração de políticas de Estado envolve vários setores do Executivo, bem como a atuação legislativa. Diz-se isto pelo fato destas políticas serem fixadas, a princípio, em lei. A participação do executivo é evidente, pois em boa parte dos casos a iniciativa de lei é constitucionalmente outorgada ao executivo. Envolve estudos técnicos, simulações, análises de impacto horizontal e vertical, efeitos econômicos ou orçamentários, quando não um cálculo de custo-benefício levando em conta os efeitos futuros da política que se pretende implementar.²³⁶ Assim, uma das características marcantes da política de estado é o fato de sua elaboração ser bem criteriosa e implicar em estudos e debates tanto no executivo quanto no legislativo. Some-se a isto o seu caráter programático.

Dado o seu caráter genérico, as políticas de Estado, envolvem em geral mudanças de outras normas ou disposições pré-existentes, com incidência em setores mais amplos da sociedade.

Bons exemplos de Políticas de Estado na área regulatória estão previstos na Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Em seu artigo segundo, a supracitada lei preconiza que o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações com tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas; estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; fortalecer o papel regulador do Estado; criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo; e criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.²³⁷

²³⁶ ALMEIDA, Paulo Roberto de. Sobre políticas de governo e políticas de Estado: distinções necessárias. **Via Política**. Brasília, ano 13, 11 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

²³⁷ Lei nº 9.472. Art. 2º, incisos I ao VI.

Como se pode observar, o referido dispositivo legal traz uma série de determinações elaboradas pelo Poder Legislativo, consignando metas institucionais para o Estado brasileiro, relativamente ao setor econômico nela abordado, naquele momento histórico. Tais metas, estabelecidas em lei, para o setor das telecomunicações, deverão ser observadas pelo executivo quando da concretização da lei, inclusive por meio da regulação setorial a ser expedida pela agência competente, no caso a ANATEL.

Há ainda quem entenda ser possível, em algum sentido, o envolvimento do próprio Poder Judiciário na formulação de políticas de Estado. Para tanto, defende parte da doutrina, ser necessário atribuir-lhe um amplo poder de syndicar a atuação dos demais poderes na formulação destas políticas.²³⁸

As Políticas de Governo, por sua vez, representam os objetivos concretos do governante eleito. Nesta esteira, seria também coerente a denominação *programa de governo*, pois guardam íntima relação com o mandato eletivo. Consistem, tais políticas, nas metas econômicas e sociais que o governante pretende alcançar durante o seu mandato. Traduzem-se, portanto, na orientação política e governamental a ser adotada para cada setor da economia. São mais concretas que as políticas de Estado.

Conquanto possam as Políticas de Governo dizer respeito a questões de certa complexidade, a sua elaboração se submete a um procedimento bem mais curto e simples do que o utilizado para a criação das políticas de Estado, ficando geralmente no plano administrativo, ou na competência dos próprios ministérios setoriais. Isto não quer dizer que tais políticas são inferiores tecnicamente. Pelo contrário, podem ser extremamente detalhadas e específicas para diversas áreas, não sendo, portanto, genéricas e programáticas.

As Políticas de Governo são determinadas pela equipe de governo e se destinam a formular medidas para responder às demandas colocadas na própria agenda política interna. As Políticas de Governo subordinam as políticas regulatórias; mas devem estar necessariamente subordinadas às Políticas de Estado. Podem fixar diretrizes para a atuação do Estado sobre determinado setor, ocasionando o incremento ou a diminuição da intervenção estatal, ordenar uma nova hierarquização de objetivos e determinar uma reorientação dos destinatários da intervenção ou das mudanças. Também se destinam a indicar fontes de

²³⁸ Neste sentido, COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 35, nº 138, abril a jun. de 1998, p. 18. Confira também TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. *Op. cit.*

custeio e agentes que deverão fazer frente aos encargos decorrentes da implementação dos objetivos de interesse geral.

É salutar que o legislador, quando da elaboração das Políticas de Estado, como já ressaltado, fixe as diretrizes que vinculam as Políticas de Governo, de modo a estabelecer de maneira clara e objetiva as margens de formulação destas. É que assim evita-se que a atividade discricionária do administrador nessa esfera se dê em puro atendimento ao seu alvedrio.

No âmbito do setor de telecomunicações, por exemplo, o artigo 18 da Lei Geral de Telecomunicações prevê que cabe ao Poder Executivo instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público; assim como autorizar a participação de empresas brasileiras em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Temos, destarte, que o supracitado artigo, apesar de conciso, permite uma fortíssima interferência governamental nos rumos do setor, pois permite que políticas governamentais sejam devidamente observadas pelo ente regulador, com reflexos diretos nos prestadores de serviço e, por conseqüência, na sociedade.

Há quem critique, contudo, a linha de entendimento aqui esposada, afirmando que o sistema constitucional pátrio não comporta qualquer distinção entre Políticas de Estado e Políticas de Governo. Para essa parte da doutrina, não há que se falar em separação entre os conceitos em tablado, porquanto não tenha o legislador constituinte levado em consideração tal diferenciação, sendo toda e qualquer Política de Governo uma verdadeira Política de Estado.

Sabe-se que o governante é eleito por meios democráticos e que o seu programa de governo é legitimado pela aprovação popular, manifestada em sufrágio universal. Assim, segundo esta corrente, os seus atos devem expressar, em princípio, a vontade nacional. Assim, na medida em que já houve oportunidade para debater e questionar as propostas políticas do grupo que almeja o governo, a sua aprovação em escrutínio eleitoral corresponde à aprovação

antecipada das políticas a serem adotadas, as quais serão em conseqüência, verdadeiras políticas nacionais ou de Estado.

É inegável, contudo, que, traçadas as peculiaridades de cada um dos conceitos, visível fica a distinção entre ambos, existindo inclusive manifesta diferença entre as suas fontes (as Políticas de Estado são determinadas pelo legislativo, enquanto as Políticas de Governo pelo executivo), bem como entre o seu grau de generalidade, hierarquia e duração. Além do que, “raramente, em uma disputa eleitoral, o debate pré-votação desce aos detalhes e minudências das políticas setoriais e a todos os contornos e implicações dos problemas que podem surgir na administração corrente do Estado após a posse do grupo vencedor.”²³⁹

Não obstante os argumentos da citada corrente, parece-nos ingenuidade defender a tese de que o eleitorado realmente escolhe os candidatos em função da qualidade das suas propostas. Na verdade, a maioria dos candidatos se elege pelo seu carisma e pelo porte da sua campanha política. Até mesmo em países de cultura democrática mais evoluída este fenômeno sócio-político ocorre.

E mesmo se a escolha recaísse predominantemente sobre a análise das propostas dos candidatos, as eleições não seriam um instrumento bem adaptado para permitir discussões aprofundadas e em separado das inúmeras propostas apresentadas por cada candidato para os mais variados setores. Só permite a escolha do melhor conjunto de propostas. Assim, uma vez sendo aprovado todo um conjunto de políticas governamentais por meio de aclamação popular, abre-se a possibilidade de uma parcela recessiva de políticas ruins para a nação seja igualmente aprovada por legitimação. Ademais, após ser investido no cargo, o governante pode adotar políticas totalmente diferentes daquelas que prometeu implementar, sem a possibilidade de controle eficaz por parte da coletividade. Daí a importância do desempenho de controle por parte do legislativo, o que delineia a importância do escalonamento das políticas de estado e governo.

De todo modo, distinguir na prática se uma determinada política corresponde ao que normalmente se designa como política de Estado (expressão da chamada “vontade nacional) – ou se ela simplesmente manifesta a pretensão transitória de um governo contingente, em uma conjuntura precisa, comumente breve ou efêmera, da vida política desse mesmo país não é, certamente, uma questão trivial. Essa ciência relaciona usualmente a

²³⁹ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Op. Cit.*

observância de certo número de elementos objetivos que são aptos a adentrar na categoria dos sistêmicos, ou estruturais, ou também na classe dos passageiros, ou circunstanciais.

Mas com o devido tratamento da matéria, tais políticas podem ser distinguidas, pelo menos a nível tópico.

4.3 Políticas Regulatórias e Políticas Públicas

Cumpre-se analisar, neste momento, o conceito e as características que se tem dispensado à noção de **Políticas Públicas**.

Partindo do uso corrente do termo, pode-se afirmar que política significa o complexo de objetivos previamente definidos relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los.²⁴⁰ Também está relacionada com política a noção de estratégias de agrupamentos humanos para a consecução de determinadas finalidades. Assim, em termos mais singelos, deve-se considerar que as Políticas Públicas consistem em um conjunto de atividades ordenadas com o escopo de garantir ao Estado a consecução de suas finalidades.

Porém, com relação a esta perspectiva empírica, José Joaquim Gomes Canotilho observa que é evitada de imprecisão a afirmação de que existe um objeto político teoricamente constituído, ou seja, essencial. O objeto político, assevera o consagrado doutrinador, não é um dado, mas uma convenção social.²⁴¹

Em termos mais precisos, Políticas Públicas consistem em um conjunto organizado de normas, princípios e atos concretos tendentes à realização de um objetivo determinando de interesse geral.²⁴² Conjugam os objetivos e princípios traçados como Políticas de Estado com a Política de Governo adotada. São frutos, também, dos resultados das negociações entre forças políticas. Pode-se dizer que as políticas públicas representam os

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 28-33.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 28-33.

²⁴² Cf. COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas..., p. 18.

instrumentos de ação dos governos, em uma clara substituição do *governo por leis* (*government by law*) pelo *governo por políticas* (*government by policies*).

Maria Garcia, por sua vez, preleciona serem as Políticas Públicas diretrizes, princípios e metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.²⁴³

Nesse sentido, Eros Roberto Grau²⁴⁴ aduz que a própria legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas, que se caracterizam por toda forma de intervenção do Estado (seja como provedor, gerenciador ou fiscalizador).

Percebe-se, assim, que é pressuposto tanto do estado social quanto do estado regulador a idealização e a implementação bem sucedida de políticas públicas. A realização de políticas públicas bem direcionadas assegura a observância dos direitos fundamentais que exigem prestações positivas do Poder Público.²⁴⁵

A conceituação de políticas públicas, no entanto, não é pacífica. Como demonstrado por Celina Souza,²⁴⁶ “não existe uma única, nem melhor definição sobre o que seja política pública”, e continua:

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades de governos, que agem diretamente ou através de delegações, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como ‘o que o governo escolhe fazer ou não fazer’.²⁴⁷

No entendimento de Fábio Konder Comparato, as políticas públicas são programas de ação governamental.²⁴⁸ O autor segue a posição doutrinária de Ronald Dworkin, para quem a política (*policy*), contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, normalmente uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais da comunidade. Estas metas podem até mesmo

²⁴³ GARCIA, Maria. **Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, 1996, p. 64-67.

²⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto...**, item 1.5.

²⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 135.

²⁴⁶ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, pp. 20-45, jul/dez 2006, *apud* MARCHIORI, Bárbara. Op. Cit., p. 30.

²⁴⁷ SOUZA, Celina. *Op. cit.* p. 24.

²⁴⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas..., p. 18

ser negativas, mas desde que tenham como fundamento a proteção de determinado valor ou bem importante para a comunidade.²⁴⁹

Nas palavras de Ronald Dworkin:

Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos.²⁵⁰

Maria Paula Dallari Bucci entende as Políticas Públicas como "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".²⁵¹ Tal entendimento se coaduna perfeitamente com as lições de José Sérgio da Silva Cristóvam, que encara as políticas públicas como sendo:

[...] conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.²⁵²

As políticas públicas são compostas por normas, princípios e atos voltados a um objetivo determinado de interesse geral. Tais políticas não de ser estabelecidas no espaço governamental, conjugando os objetivos e princípios das políticas de Estado – previstas em Lei ou na Constituição – com as metas e orientações das políticas governamentais. São elas definidas, necessariamente, a partir de mediações políticas.

É importante ressaltar que a relevância do estudo sobre as políticas públicas vêm sendo progressivamente reconhecida no âmbito da doutrina jurídica. Antes discutida com mais afinco apenas entre os estudiosos de ciências políticas, tal matéria começou a ser visualizada como importante coadjuvante para a efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, como assente na doutrina, o mero reconhecimento formal de direitos é insuficiente para atender aos anseios da sociedade, havendo necessidade de efetiva concretização destes

²⁴⁹ Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>. Acesso em: 11 abr. 2010.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 158, *apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Ob. Cit.*

²⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 241.

²⁵² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Ob. Cit.*

direitos. Tal concretização, naturalmente, só ocorrerá se estiver entre as metas políticas do governante.

Seguindo essa guisa, há autores que pugnam que cada cidadão possui o direito subjetivo de exigir que o Estado implemente efetivamente políticas públicas de interesse, não bastando o mero garantismo formal, por meio de inserção de normas programáticas na Constituição e nas Leis. Tal observação é transcendente, já que impede que a omissão estatal implique soçobrar os direitos previamente definidos.²⁵³

Aliás, temos que, inobstante a discussão quanto a existência ou não do direito subjetivo acima referenciado, resta patente que não se pode fazer letra morta os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. “Disso se extrai a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais”.²⁵⁴

Já as **Políticas Regulatórias** consistem nas ferramentas que a autoridade reguladora dispõe para, em relação ao setor regulado, fazer cumprir as políticas estabelecidas pelo governante. A especificação de conceito apto a traçar e a delimitar a correta noção de Políticas Regulatórias requer ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção. Isto é, “envolve a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.”²⁵⁵

O manejo das políticas regulatórias deve sempre se pautar nas políticas públicas, não podendo negá-las ou esvaziá-las. A política regulatória, porém, é quem define a melhor maneira, momento e resultado de formulação de uma política pública setorial. Ou seja, a autoridade reguladora tem discricionariedade para ponderar os interesses regulados e equilibrá-los por meio de instrumentos disponíveis, de modo a intervir na economia de forma racional.²⁵⁶

Observe-se que o conceito de políticas públicas não se confunde com o de políticas regulatórias. As políticas regulatórias são uma expressão das políticas públicas

²⁵³ Cf. FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *Op. Cit.*

²⁵⁴ Cf. *Ibid.*, p. 48.

²⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*, p.39.

²⁵⁶ Cf. *Ibid.*, p 39.

setoriais, a ser desempenhadas por meio das agências reguladoras. Como já aduzido, ao regulador compete inserir no setor regulado as pautas de interesse geral contidas nas políticas públicas, atuando no sentido de que o sistema regulado absorva essas pautas, retomando o seu equilíbrio interno. Nesse diapasão, a política regulatória dará azo a certo grau de discricionariedade do regulador para ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos.

No entanto, as políticas públicas nos setores sujeitos à regulação normalmente são implementadas por meio do manejo de políticas regulatórias. Trata-se de uma solução interessante em função da possibilidade de atingimento de metas com pouca onerosidade para o poder público.

A vantagem de se implementar políticas públicas por meio do artifício da política regulatória consiste justamente na possibilidade do poder público transferir atos executivos e o ônus da implantação da política aos entes regulados. Assim, dilui-se a responsabilidade pela execução e os seus custos, os quais podem ser repassados à coletividade ou subsidiados pelo Estado. Trata-se, como visto, de uma ferramenta capaz de atingir metas, muitas vezes de cunho social, com pouca onerosidade para o poder público.

Embora não se confundam com as políticas regulatórias, as políticas públicas, nos setores sujeitos aos entes reguladores, são implementadas, em grande medida, pelo manejo daquelas. Daí ser inevitável reconhecer uma relação de dependência e complementaridade entre ambas.

Na realidade, os contornos distintivos entre as políticas públicas e as políticas regulatórias são determinados pela própria criação legislativa, que define as políticas de Estado e os *standards* (binômio diretriz – limite), a fim de serem preenchidos com as metas de governo para o setor (políticas públicas) e executados pelas agências, mediante o estabelecimento de políticas regulatórias por meio de sua produção normativa e fiscalização.

Cumprir observar, contudo, que nem todas as leis que regulam a atuação estatal sobre os setores da economia traçam de forma objetiva essa distinção. De se admitir, porém, que a falha nesses casos está no legislador e não no modelo institucional.

4.4 Formulação e implementação de políticas públicas.

As políticas de Estado são definidas por meio de Lei pelo Poder Legislativo, a fim de se obter perenidade. Naturalmente, o legislador constituinte também está apto a estabelecer esse tipo de política, o que em geral é feito através de disposições de caráter genérico que tem por escopo indicar os fins sociais a serem atingidos pelo Estado (normas programáticas).

Nessa esteira, cumpre ainda repisar o conceito de políticas de governo. São elas definidas pelo governante e têm como pano de fundo o cenário político, econômico e social que se apresenta durante um dado mandato eletivo. As políticas de governo podem ser fixadas por Lei ou por outro ato normativo (ex. Decreto), estando, contudo, sujeitas a modificações constantes ao longo do mandato. Trata-se, como já aduzido, do próprio programa de governo e deve refletir, na medida do possível, as promessas exaradas durante a campanha eleitoral.

Já as políticas públicas são traçadas diretamente pelo governante e sua equipe (Ministros de Estado, Secretários, etc.),²⁵⁷ sempre em observância às orientações emanadas pelo governante. Assim, no âmbito da Administração Direta, de se observar que todas as políticas públicas se subordinam direta ou indiretamente à vontade política do dirigente maior. Isto não significa que o Presidente da República deverá atuar pessoalmente na idealização e execução de todas as políticas a serem adotadas no país. Esta participação, dada a dimensão das funções e a própria complexidade da máquina administrativa, é humanamente impossível. Na verdade, à semelhança do que ocorre com o poder regulamentar, tais políticas são idealizadas e executadas de forma desconcentrada pelos órgãos da administração, conforme o caso.

Esse fenômeno de concentração do poder nas mãos do Governante é uma característica típica do Presidencialismo, notadamente durante o período do estado social, em que a estrutura estatal foi aumentada grandemente em função das empresas públicas e do desempenho de prestações sociais.

²⁵⁷ Relembre-se a definição dada por Fábio Konder Comparato, para quem as políticas públicas são programas de ação governamental. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas...

No Brasil, inclusive, percebe-se que esta concentração vem se exacerbando progressivamente, o que tem gerado pesadas críticas a esta forma de governo. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Costuma-se criticar o sistema presidencialista pelos inconvenientes do chamado presidencialismo imperial e do agigantamento do Executivo, gerando uma ostensiva tibieza do Legislativo não só no cumprimento de sua função legislativa, mas no controle político de temas altamente técnicos.²⁵⁸

Nos tradicionais governos parlamentaristas, contudo, a problemática não encontra outra solução. Lá também se percebe nítida centralização do poder de decisão econômica pública e o conseqüente declínio dos Parlamentos.²⁵⁹ Mesmo em situações como a aprovação de um plano ou a votação das leis orçamentárias, onde a intervenção legislativa é imperiosa, essa atuação está se transformando em mera formalidade. Espera-se que o parlamento simplesmente chancela a atuação do executivo, sem que haja grandes discussões ou modificações nos projetos enviados pelo governo. Em outros termos, mesmo no modelo parlamentarista, a competência jurídico-constitucional não se coaduna, em diversas situações, com exercício do poder de fato. Este fenômeno pode ser facilmente observado no Brasil, quando da aprovação de projetos de lei de iniciativa do executivo e, notadamente, das Medidas Provisórias, em que as lideranças partidárias, mediante negociações políticas com o Executivo, costumam orientar os parlamentares, na maioria dos casos, a votar de acordo com o projeto original.

Assim sendo, esse processo de concentração existe, por óbvio, dentro do Poder Executivo, com a hipertrofia das funções presidenciais. Observe-se que essa concentração de competências no Executivo, bem como a possibilidade de desconcentração organizacional encontra fundamento constitucional. O artigo 76 da Carta Magna preceitua que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.²⁶⁰

No caso de políticas traçadas pela **administração indireta**, porém, a participação do Chefe do Executivo é, em tese, reduzida, haja vista que a própria concepção de autarquia pressupõe a idéia de relativa independência e autonomia.

²⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Carta**: Falas, reflexões, memórias. Informe de distribuição restrita do Senador Darcy Ribeiro. n. 1, ano 1991. Brasília: Gabinete do Senador Darcy Ribeiro, 1993, p. 203-205. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/97>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

²⁵⁹ *Idib.* p. 203-205.

²⁶⁰ A Seção II do Capítulo II da Constituição Federal trata especificamente das atribuições do Presidente da República. Nessa seção, o art. 84 da CF enumera de forma não exaustiva as competências presidenciais.

Observe-se que, conquanto seja inegável esse grau de independência e autonomia de que gozam as autarquias, seus atos devem respeito às orientações emanadas pelos ministérios a que estão vinculadas, e as decisões das suas autoridades, conforme o caso, podem ser revistas por autoridades superiores externas. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles aduz que as autarquias “São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquias: aquela legisla para si; esta administra a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou”.²⁶¹ Ademais, temos que os dirigentes autárquicos podem ser destituídos dos seus cargos *ad nutum*, o que, na prática, vincula inteiramente tais entidades às orientações e às políticas traçadas pelo Presidente da República. Destarte, temos que, no âmbito das autarquias e fundações públicas, não se pode, dado o poder de tutela que o executivo exerce sobre elas, falar em independência funcional, sem fazer as devidas ressalvas.

Trazendo à baila a idéia invocada de tutela das autarquias e corroborando com o entendimento aqui esposado, Celso Antônio Bandeira de Melo preconiza:

Tutela ou controle das autarquias - isto é, o poder de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado – está designado como supervisão ministerial. Todas as entidades da Administração indireta encontram-se sujeitas à supervisão da Presidência da República ou do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas. Este último a desempenha auxiliado pelos órgãos superiores do Ministério. São objetivos deste controle ou ‘supervisão’ assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seu ato de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo no correspondente setor de atividade; zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pelo asseguramento de sua autonomia administrativa, operacional e financeira.²⁶²

No caso específico das agências reguladoras e de algumas outras autarquias de regime especial, tem-se que as mesmas foram idealizadas com uma autonomia bem maior do que a estabelecida por lei para as autarquias convencionais.²⁶³

A existência de mandato fixo para os dirigentes e a conseqüente estabilidade destes,²⁶⁴ a falta de subordinação aos Ministérios, os poucos casos de recursos hierárquicos

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 285.

²⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo...**, p. 104.

²⁶³ Como exemplos, podemos citar, em relação à ANAC, o art. 4º da Lei 11.182/05: “A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes”. No mesmo sentido o artigo 8º, § 2º, da Lei 9.472/97, instituidora da ANATEL, que estabelece que: “A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

externos e outras garantias previstas nas respectivas leis de criação asseguram, pelo menos em tese, uma maior autonomia e desvinculação de suas decisões às vontades políticas da situação.

Sabe-se que, na prática, essa autonomia vem sendo reduzida por meios indiretos, a exemplo do contingenciamento de recursos das agências, usurpação de competências pelos Ministérios, nomeações de dirigentes com base em critérios políticos e não por merecimento, etc.

Com efeito, faz-se importante traçar uma delimitação mais clara das competências das agências reguladoras e do Poder Executivo Central em relação a formulação de políticas setoriais.

A dificuldade de algumas áreas do conhecimento humanístico, como a Ciência Política, em produzir uma definição uniforme para políticas públicas, pode ser considerada um obstáculo para a delimitação das próprias fases de gestação e execução pelas quais deve passar a política pública. As políticas públicas têm como traço característico um dinamismo que as induz a reiterados ajustes de acordo com variações da realidade socioeconômica, dessa forma os contornos entre a sua formulação e implementação encontram-se em nebulosa área de estudos.

A característica do dinamismo é marcante a ponto de ser corriqueira a necessidade de reformulação de determinada política pública durante a sua implementação. Esse dinamismo permite que a política seja corrigida ao longo do percurso, de modo a adaptar-se a novas realidades. Alexandre Santos de Aragão denomina tal fenômeno de *Princípio de Retroalimentação da Regulação*. Consiste, em suas palavras, em uma:

Imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade sócio-econômica subjacente, fazendo com que a 'política pública' e a 'implementação da política pública' funcionem de forma circular e retro-operativa.²⁶⁵

Percebe-se, assim, a fragilidade de qualquer determinação no sentido de estabelecer um perímetro preciso entre a atuação do Poder Executivo central e das Agências Reguladoras no que diz respeito às políticas públicas, o que torna igualmente incerto o alcance do controle da atividade das agências pelo Poder Público.

²⁶⁴ O art. 9º da Lei 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, preconiza: “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.”

²⁶⁵ ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**..., p. 363.

Entretanto, como visto anteriormente, o Parecer AGU N° AC-51, de 12 de junho de 2006, fixou entendimento de cunho normativo para toda a Administração Pública no sentido de que: a) as agências se submetem às políticas públicas elaboradas pelos Ministérios setoriais; b) cabe recurso hierárquico impróprio ou revisão *ex officio* nos casos em que agências ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta; c) não cabe recurso hierárquico ou revisão ministerial caso a matéria em questão envolva a atividade finalística da agência (matéria de regulação) e ela esteja adequada às políticas públicas setoriais.

O parecer em foco foi aprovado pelo Presidente da República e, portanto, tem caráter normativo e vincula toda a administração pública federal, nos termos do art. 41, § único da Lei Complementar n° 73/93. Se não, vejamos a ementa do ato em tablado:

EMENTA: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL n° 200/67, art. 170).

II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT n° 244/2005.

[...]

Constata-se, porém, que há quem entenda que essa posição trazida pela Advocacia Geral da União, por dar azo à revisão ministerial dos atos das agências reguladoras, criou uma despicienda forma de controle das agências, uma vez que não observou a exigência de expressa previsão legal para o cabimento do recurso hierárquico impróprio. Some-se a isto o fato de a legislação das agências, notadamente a da ANATEL, ANAC e ANVISA, estabelecer

claramente a inexistência de vínculo hierárquico entre a agência e o ministério, pelo que seria legalmente incabível o recurso hierárquico impróprio.

Nesse sentido, Vital Moreira aduz que as políticas públicas de atuação das agências reguladoras encontram-se previstas em leis específicas e até mesmo na Constituição, pelo que se torna impossível o controle da administração direta sobre esse ponto.²⁶⁶

Vicente Bagnoli critica o referido parecer, pois o mesmo representa a possibilidade de redução da autonomia das Agências Reguladoras Independentes:

[...] o maior revés às agências reguladoras, ocorre com o despacho do Presidente da República em 2006 ao aprovar o Parecer da Advocacia-Geral da União, que analisando a divergência entre o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) reconhece o “recurso hierárquico impróprio”, algo que interfere decisivamente na autonomia e na independência das agências reguladoras.²⁶⁷

No entanto, pode-se depreender da própria fundamentação do Parecer que a hipótese de cabimento está adstrita aos casos em que os atos questionados contrariem a Lei ou as políticas públicas formuladas pelos Ministérios. Neste sentido, ressalvados os possíveis abusos de tal instrumento, mostra-se lícito afirmar que a intenção de realinhamento das atuações das agências às políticas públicas é idônea, inclusive consistente com o conceito de regulação aqui adotado.

Ressalte-se ainda que, em desconformidade com os posicionamentos acima mencionados, o entendimento que predomina é o da possibilidade de revisão dos atos convencionais das agências. Ou seja, que a matéria eminentemente regulatória (atividade fim da agência) não pode ser revista pelo Ministério supervisor, justamente em função da previsão legal de inexistência de vínculo hierárquico, salvo nas hipóteses previstas no parecer, quais sejam, a extrapolação das competências legais da agência ou a não observância das políticas públicas traçadas pelo Ministério correspondente.

Com efeito, é inegável a existência de determinado grau de sujeição das agências reguladoras ao Poder Executivo Central, inclusive no que tange às políticas públicas por ele

²⁶⁶ MOREIRA, Vital. **Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil**. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 227-230, *apud* MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. cit.*

²⁶⁷ BAGNOLI, Vicente. **Autonomia e independência das agências reguladoras**. São Paulo: Faculdade de Direito Mackenzie, 2007, p. 3, *apud* GONÇALVES, Fernando José. **As autoridades regulatórias brasileiras e seus relacionamentos com as demais entidades do poder público. 2008**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008, p. 80.

estabelecidas, pelo que defende majoritariamente a doutrina a possibilidade de certo controle ministerial nesse sentido. Esse controle, porém, não pode, em hipótese alguma, sobrepujar-se à cogente autonomia das agências, sendo perfeitamente aceitável que as agências possam estabelecer, por conta própria, políticas regulatórias a serem aplicadas ao setor, respeitados, naturalmente, os condicionantes legais, regulamentares e as políticas traçadas pelo governante.

Para Bárbara Marchiori de Assis:

Um entendimento jurídico para políticas públicas seria interessante, tendo em vista que a partir de sua compreensão poder-se-ia elaborar uma delimitação mais evidente para as competências do Poder Executivo Central e das agências reguladoras. Em curtas palavras, um melhor entendimento jurídico acerca das políticas públicas permitiria uma distribuição de tarefas mais claras entre os Ministérios e as agências e, conseqüentemente, um melhor diálogo entre essas instituições.²⁶⁸

Nessa guia, cumpre-se buscar de forma mais precisa a delimitação de qual é o papel da Administração Central e qual é o das agências, buscando sempre um alinhamento com a autonomia conferida às agências reguladoras e com a necessidade de uma supervisão ministerial que garanta o controle das políticas.

Entretanto, é de se ter em mente que, na medida em que são atribuídas aos órgãos reguladores independência e amplas competências de intervenção num dado setor, não parece legítimo atribuir-lhes também competência absoluta para idealizar e instituir as respectivas políticas públicas setoriais. Tal hipótese implicaria em uma perigosa concentração de competências, apta a por em risco o próprio princípio democrático, porquanto obstaria aos representantes eleitos a prerrogativa de determinar os desígnios e prioridades a serem materializados pela atividade regulatória.

Com efeito, o exercício da atividade regulatória não implica na atribuição de competência para definir as políticas públicas do setor econômico em questão. Em verdade, “são as agências meros espaços e instrumentos para efetivação destas, previamente definidas pelo executivo e pelo legislativo.”²⁶⁹ A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos em lei e nas políticas públicas.

²⁶⁸ MARCHIORI, Bárbara. **Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras na Formulação de Políticas Públicas**. 2009. Monografia. Contemplado com o IV PRÊMIO SEAE – 2009. Brasília: SEAE, 2007, p. 31-32. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

²⁶⁹ MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*

Ressalte-se que nada impede a participação e a prestação de suporte técnico do órgão regulador para a Administração Direta no momento da elaboração de políticas públicas. Tal participação é até salutar, pois enriquece qualitativamente os debates a serem travados neste momento de gestação. Entretanto, é de se ressaltar que esta participação não acarreta qualquer ingerência direta no campo decisório.²⁷⁰

Observe-se, contudo, que, malgrado esteja o regulador vinculado à execução das políticas públicas determinadas pelo governo central, há de se admitir certa margem de decisão da autoridade reguladora para que sejam escolhidos os melhores meios de executar a política ou, até mesmo, divergir ligeiramente das metas traçadas, desde que não impliquem em evidente desobediência às políticas públicas.

Tem-se, pois, que a observância das políticas públicas não envolve a adstrição aos interesses políticos do governo central. Na verdade, a política regulatória poderá, em diversas situações, ser um instrumento de ponderação e de redimensionamento dos objetivos contidos numa política governamental. Tome-se como exemplo situações em que o governante é levado a dar respostas rápidas às pressões midiáticas ou oriundas de determinados setores da sociedade no sentido de modificar rispidamente a regulação setorial. Como cediço, tais mudanças podem comprometer o setor regulado e culminar em resultados prejudiciais à sociedade e até mesmo ao Estado. Daí surge o papel das agências como meio de ponderação e de redimensionamento do escopo real das políticas de governo, com base, evidentemente, em critérios predominantemente técnicos.

Por exemplo, caso o governante estabelecesse uma política pública de redução das tarifas de um determinado serviço público delegado a fim de atender aos anseios imediatistas da sociedade, poderia determinar ele que a redução ocorresse de uma forma drástica e abrupta, o que traria evidente desequilíbrio para o sistema regulado, com a possibilidade de tornar a sua prestação economicamente inviável e gerar toda uma gama de conflitos, a exemplo de pleitos de reequilíbrio, redução da qualidade dos serviços, suspensão de novos investimentos, falência das empresas delegatárias, etc.

Por outro lado, esse mesmo objetivo pode ser perseguido de uma forma mais refletida, no contexto das políticas regulatórias, mediante instrumentos de revisão tarifária

²⁷⁰ Ressalte-se que algumas leis de criação de agências estabelecem esta competência expressamente, a exemplo da Lei 9.472/97, art. 19, III e XXX.

(exigindo-se dos operadores a redução tarifária para neutralizar benefícios decorrentes de redução de custos, incremento de receitas globais, racionalização de investimentos, queda da taxas de juros, etc.), introdução de fator de produtividade capaz de repartir os ganhos daí decorrentes, redimensionamento de obrigações e outras medidas que, malgrado atingir o objetivo da política governamental (redução de tarifas), tenha um impacto muito menor sobre o setor regulado.²⁷¹

Daí se observa o fundamento da separação entre Políticas Públicas e regulação. Políticas Públicas são compostas por normas, princípios e atos voltados a um objetivo determinado de interesse geral. Tais políticas não de ser estabelecidas no espaço governamental, conjugando os objetivos e princípios das políticas de Estado – previstas em Lei ou na Constituição – com as metas e orientações de políticas governamentais. São elas definidas, necessariamente, a partir de mediações políticas.

Há de se ter certa cautela quando do estudo da relação entre políticas públicas e políticas regulatórias no Brasil. Em função de peculiaridades ocorridas no processo de criação das agências nacionais, ocorreram algumas fases de cooperação e outras de atritos políticos entre os ministérios supervisores e as agências respectivas.²⁷²

No momento da criação das primeiras agências, referentes aos setores de infraestrutura e de monopólio estatal (eletricidade, telecomunicações e petróleo), não havia grandes preocupações do Estado com a regulação destes setores. Assim, os servidores e empregados públicos com conhecimento técnico e em regulação (acervo intelectual) estavam lotados, a sua maioria, nas estatais. Com a privatização, boa parte deste pessoal foi aproveitada para compor os quadros das agências, tendo sido utilizados, também, uma grande parcela do próprio quadro de servidores dos ministérios. Esta estratégia supriu, no momento inicial, as necessidades de pessoal especializado das agências, ao mesmo tempo em que esvaziou os ministérios.²⁷³

²⁷¹ Exemplo trazido pelo professor Floriano Marques Neto, in MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. cit.*, p.39.

²⁷² Sobre o tema, vide: BRASIL. Casa Civil. Câmara de Infra Estrutura – Câmara de Política Econômica. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro:** Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 25 jul. 2010.

²⁷³ Esta estratégia acabou não sendo a melhor opção, pois apesar da predominância de especialistas nas áreas reguladas (com formação em engenharia), não havia pessoal com conhecimento aprofundado sobre regulação, economia, concorrência, direito do consumidor, etc. Some-se a isto o fato do STF ter suspenso a

Nesse momento, em função da condução coerente do país com a meta da consolidação das agências, houve cooperação e atuação paralela entre os ministérios e as agências. Ademais, em função da reduzida elaboração de políticas públicas pelos ministérios e da falta de orientações concretas (alguns ministérios estavam praticamente paralisados em função do desfalque de pessoal, a exemplo do que aconteceu com o setor de telecomunicações), as agências tomaram a iniciativa de elaborar políticas regulatórias para o setor por elas regulado com verdadeira feição de políticas públicas.

Com as mudanças políticas ocorridas no governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva este funcionamento coordenado deixou de existir. A produção de políticas públicas retornou progressivamente aos ministérios, conforme inicialmente idealizado. Paralelamente a isso, disputas de ordem política acarretaram em uma verdadeira política de desarticulação e inanição das agências,²⁷⁴ o que resultou em uma atuação precária e insuficiente destes entes regulatórios e, por consequência, em uma opinião pública acentuadamente negativa sobre as agências.

Não obstante às vicissitudes políticas que ocorreram neste período, as atividades reguladoras das Agências permanecem sendo exercidas com relativa tecnicidade, estabilidade e permanência na consecução das suas finalidades. Funcionam como importante instrumento de manutenção do equilíbrio do mercado e dos direitos dos usuários, evitando a absorção destas por interesses governamentais, às vezes dissociados dos anseios da coletividade ou até mesmo elaborados com desvio de finalidade.

Ressalte-se, novamente, que se as políticas públicas expressam legítima atuação política do governante, a sua observância por parte da autoridade reguladora é de evidente obrigatoriedade, devendo refletir, portanto, nas políticas regulatórias e normas produzidas pela agência.

eficácia de dispositivos da Lei nº 9986/00 que estabeleciam que o pessoal das agências seria contratado sob o regime da CLT, o que acabou por impedir o aumento dos quadros destas entidades (os quais já vinham minguando ao longo dos anos). Esta grave deficiência só veio a ser minimizada após a criação de uma carreira de Reguladores e Especialistas específica para as agências (Lei 10.871/04) e a realização dos primeiros concursos.

²⁷⁴ Cita-se como exemplo a vacância constante de alguns dos cargos de direção (acefalia), nomeação de dirigentes escolhidos por critérios políticos e não pela capacidade técnica, redução e contingenciamento do orçamento, quadro de pessoal insuficiente, não criação de um quadro próprio e de novas vagas, falta de concursos, não renovação dos contratos temporários, etc.

A regulação, portanto, nas palavras o professor Floriano de Azevedo Marques Neto “favorece o planejamento; incrementa a estabilidade e a institucionalidade (não a imutabilidade) das políticas; e dá consistência à mudança.”²⁷⁵

Não se pode, assim, analisar a competência regulatória autônoma das agências a partir do preconceito de que ela é um mecanismo de interdição do manejo político dos instrumentos regulatórios, ou seja, um obstáculo à capacidade do Poder Executivo central estabelecer e implantar as suas próprias pautas políticas na intervenção estatal na economia. É que, à medida que a atividade das Agências reguladoras ocasiona maiores dificuldades na imposição de objetivos políticos precipitados no setor regulado, essa competência pode funcionar como um filtro, de modo a proporcionar um melhor resultado, sem desestabilizar o segmento ou prejudicar os usuários.

Percebe-se, então, que a mediação das agências é condição necessária para a implementação de políticas públicas, em um contexto de Estado regulador. Isso porque as políticas públicas ficam adstritas ao manejo dos instrumentos regulatórios pelas agências, o que, na prática, acaba reduzindo a capacidade de ingerência do poder político no setor regulado e os riscos decorrentes da aplicação de políticas mal estudadas.

A eventual perda da exigibilidade, do imediatismo, ou da coercitividade nas políticas públicas, por outro lado, tem como contraponto o fato de as agências conjugarem elevados conhecimentos do setor regulado, além de uma boa interlocução com seus agentes, o que dá azo a uma absorção com menor impacto propiciando melhores resultados aos fins almejados pelas políticas públicas.

Com efeito, fica claro que as Agências são instrumentos eficazes e convenientes para a intervenção estatal no domínio econômico, na medida em que permitem a execução de políticas públicas por meio de regulação com reduzido grau de interferência de grupos de interesse.

4.5 Relações das agências reguladoras com o Poder Executivo central

²⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Op. Cit.*

Conforme o raciocínio acima, faz-se imperioso analisar a relação entre as agências reguladoras e o poder público, mormente no que tange à sua atuação frente ao Poder Executivo central.

Como já se deixou antever, o relacionamento entre as agências e os ministérios vem apresentando uma série de aspectos conturbados e controversos, já tendo apresentando os primeiros sinais na época da crise energética de 2001/2002 e se agravado, no governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, em função dos desgastes no setor das telecomunicações e da crise generalizada que ocorreu no setor de transporte aéreo em 2006.

Para Bárbara Marchiori²⁷⁶ estes atritos decorreram, em grande parte, da própria conjuntura de criação das agências, pois foram retiradas atribuições e parte do quadro de servidores dos ministérios para compor os novos órgãos reguladores, o que acabou por diminuir a situação de *expertise* até então detida pela Administração Direta. A partir de então o Poder Executivo passou a depender do conhecimento técnico e das estruturas das agências para o planejamento e implementação de políticas públicas.²⁷⁷

Ressalte-se que, fazendo-se um apanhado com enfoque também na área das Ciências Políticas, observou-se que na época do governo Fernando Henrique Cardoso, havia um relacionamento coerente de cooperação entre Executivo e agências.²⁷⁸ Entretanto, as primeiras divergências ocorreram ainda nesta gestão, em função da crise energética.²⁷⁹

Já no governo seguinte, logo de início, ocorreram atritos em função da impossibilidade de substituição dos diretores das agências, os quais haviam sido nomeados pelo Presidente anterior. A crise do setor de transporte aéreo,²⁸⁰ por sua vez, inflamou as

²⁷⁶ MARCHIORI, Bárbara. *Op. cit.*, p. 17.

²⁷⁷ *Idib.*, p. 17.

²⁷⁸ Cf. BRASIL. Casa Civil. Câmara de Infra Estrutura – Câmara de Política Econômica. *Op. cit.*

²⁷⁹ Nesta ocasião eram necessárias medidas políticas de envergadura bem superiores à alçada da ANEEL, a exemplo de grandes investimentos em infra-estrutura, imposição de um racionamento emergencial e reformulação de todo o sistema, tendo sido, na ocasião, subtraídos algumas competências da agência e criados órgãos paralelos no âmbito do Executivo para a gestão da crise.

²⁸⁰ A crise ocorreu em função da falta de investimentos em infra-estrutura, mas também, possivelmente, em função da atuação ineficiente da ANAC. Na ocasião, até mesmo decisões técnicas da agência foram questionadas, a exemplo da fatídica liberação do aeroporto de Congonhas para aeronaves de grande porte, o que pode ter contribuído para o acidente ocorrido no vôo TAM 3054, em 17 de julho de 2007. Apurou-se, posteriormente, que a pista do aeroporto oferecia riscos operacionais para equipamentos de grande porte em clima chuvoso. Entretanto, a pista havia sido liberada justamente em função de um estudo interno feito pela Agência, que concluía pela sua segurança, em certas condições. Foi instaurada, inclusive, uma ação criminal para apurar a responsabilidade da então Diretora da agência, pois o órgão regulador havia apresentado o estudo em juízo (Agravo de Instrumento nº 2007.03.00.010306-1) e induziu os Desembargadores do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao erro ao afirmar que se tratava de um ato formal da Agência, com efeitos

críticas sobre o modelo agencial, pois ficou evidenciado que a estabilidade dos diretores, apesar de ser uma importante garantia do modelo, também poderia funcionar, em certas condições, como elemento de fragilidade do próprio modelo. Some-se a isto o fato de que inúmeros diretores de agências foram escolhidos por meio de critérios políticos, tendo sido ignorada a exigência de especialização técnica na área regulada.

Assim, tanto em momentos de crise quanto em situações de estabilidade, observou-se que os meios de controle e responsabilização das agências eram muito tênues, havendo sempre a possibilidade de ingerências políticas desastrosas dos próprios diretores na condução das políticas regulatórias. Os governantes, destarte, passaram a ser privados de muitos poderes relacionados às competências das agências, passando, assim, a adotar medidas invasivas das competências destes órgãos, a exemplo do que ocorreu na época da crise energética.

Nesse sentido, é de se citar um interessante estudo²⁸¹ feito no âmbito do Poder Executivo que apontou uma série de distorções no funcionamento das agências e no seu relacionamento com os ministérios supervisores. Consoante o referido estudo, três principais distorções ocorrem neste processo, a saber: a) não são elaborados termos de entendimento entre as agências e os ministérios, de modo que as duas partes acabam operando independentemente, sem coordenação; b) em regra, as próprias agências definem os termos pelos quais entendem que devem ser supervisionadas; e c) os ministérios não conseguem interagir adequadamente com as autarquias, por razões políticas ou técnicas, e acabam operando contra elas.

Em que pese os problemas detectados, a análise governamental ratificou que, inobstante a manifesta necessidade de aprimoramentos do quadro atual, o modelo de agências é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores incumbidos da provisão de serviços públicos:

Afirmou-se, portanto, o papel das agências, tanto do ponto de vista conceitual econômico, quanto à luz do direito administrativo brasileiro e seus desdobramentos institucionais, para que os consumidores obtenham serviços com qualidade,

externos. Assim, foi revogada a liminar que proibia, preventivamente, pousos e decolagens de aeronaves de grande porte enquanto a pista não fosse reformada. Não obstante todos estes incidentes, a diretora só abandonou o cargo em momento posterior, por motivo de renúncia, e não em virtude do funcionamento dos meios externos de controle.

²⁸¹ BRASIL. Casa Civil. Câmara de Infra Estrutura – Câmara de Política Econômica. *Op. cit.*, p. 23.

diversidade, quantidade, e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do negócio e o retorno do investimento.²⁸²

Por outro lado, destaque-se que as distorções apresentadas ainda persistem, haja vista a omissão legislativa no que tange a relação entre as agências e os ministérios. Pode-se evidenciar essa proposição com base no Projeto de Lei nº 3.337/2004, que, dispondo sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, visa promover uma uniformização dos procedimentos das agências.

As alterações propostas no projeto visam a uniformizar as principais características das agências, tais como a duração do mandato dos dirigentes e as suas garantias, bem como corrigir certas distorções, a exemplo do exercício pelas agências de competências de governo, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas. Outra alteração proposta é a extinção do poder de outorga das agências.²⁸³

No nosso ordenamento jurídico, a função de planejamento estatal encontra fundamento no artigo 174 da Constituição Federal, que dispensa ao Estado papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica.”²⁸⁴ Como já aduzido no presente estudo²⁸⁵ essa atuação do Estado na sociedade capitalista é relativamente nova, tendo decorrido principalmente dos efeitos econômicos da crise de 1929 e da Segunda Guerra Mundial. Trata-se do fenômeno conhecido como Economia Dirigida, isto é, o Estado assumindo a função de propulsor do desenvolvimento e conferindo um norteamento para a atuação dos agentes econômicos.²⁸⁶

A aplicação das idéias do Estado dirigente ganhou impulso de tal forma que é lícito dizer que não mais existem Estados liberais nos moldes inicialmente vistos. Fincado em concepções keynesianas,²⁸⁷ Celso Furtado pugnou pela possibilidade de superação do

²⁸² *Ibid.*, p. 4.

²⁸³ O projeto está tramitando na Câmara dos Deputados desde 2004 e ao que parece não há intenção política no seu andamento acelerado, motivo pelo qual o mesmo não será analisado em profundidade neste estudo.

²⁸⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²⁸⁵ Vide item 4.1 deste capítulo.

²⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 466.

²⁸⁷ A escola de pensamento econômico keynesiana tem suas origens na obra *Teoria Geral do Emprego, Juros e Moeda*, John M. Keynes. O autor se fundamenta no princípio de que o ciclo econômico não é auto-regulador como pensavam os neoclássicos, uma vez que é determinado pelo *espírito animal* dos empresários. É por esse motivo, e pela ineficiência do sistema capitalista em empregar todos que querem trabalhar que Keynes defende a intervenção do Estado na economia.

subdesenvolvimento através de políticas públicas formuladas pelo Estado. O referido autor combatia a idéia antes difundida de que o subdesenvolvimento seria uma etapa necessária do capitalismo, pelo que a intervenção estatal passaria a fazer todo sentido.²⁸⁸ Propunha assim uma “ação orientadora do Estado dentro de uma estratégia adrede concebida”.²⁸⁹

Aplicando a visão de Celso Furtado, Bárbara Marchiori²⁹⁰ aduz, com relação ao desenvolvimento na atual conjuntura, que:

Um dos pontos de estrangulamento é a infra-estrutura do país, isto é, há uma necessidade de expansão da produção de energia elétrica, de melhoria das rodovias, por exemplo, a fim de que seja possível o desenvolvimento econômico do país.

Partindo-se dessa premissa, justifica-se de maneira clara o papel das agências reguladoras na implementação de políticas públicas. Foi exatamente a infra-estrutura de serviços essenciais do país que se submeteu de maneira mais abrangente ao processo de desestatização nos últimos anos. Assim, estas áreas estratégicas acabaram passando para o domínio da iniciativa privada e conseqüentemente, para o âmbito de responsabilidade das agências reguladoras. Com isto, tornou-se evidente a função das agências reguladoras de desempenhar o papel de execução de políticas públicas nestes setores, considerados fundamentais para o desenvolvimento da economia.

Fica a cargo, porém, dos Ministérios, que integram o Poder Executivo Central, constituir um relacionamento com as agências, isto é, estabelecer as diretrizes que o setor econômico deve seguir dentro de um plano global de desenvolvimento. É certo que as agências acabam por segmentar demais os seus conhecimentos, dada a natureza de sua atuação, voltando-se exclusivamente para os setores inseridos no âmbito de sua regulação, em uma atuação praticamente estanque em relação às demais agências. Assim, cumpre ao Governo ponderar as especificidades de cada agência dentro de um contexto mais abrangente de políticas públicas.

Nesse contexto, é imperioso que se faça alguns comentários acerca do instituto do *Contrato de Gestão*. Como bem assevera Leila Cuéllar, o contrato de gestão é celebrado entre um ministério supervisor e uma pessoa jurídica de direito público interno. Podendo-se, desta maneira, figurar como sujeitos do contrato as agências reguladoras, quando a lei possibilitar.

²⁸⁸ FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento revisitado. **Economia e Sociedade**, v. 1, p. 5-19, ago. 1992.

²⁸⁹ *Idem*, p.15.

²⁹⁰ MARCHIORI, Bárbara. *Op. cit.*, p. 27-28.

Observe-se que as relações jurídicas provenientes dos contratos de gestão não são sinalagmáticas, já que não há obrigações e prestações recíprocas, pois ao Ministério incube somente acompanhar a execução do contrato, avaliar o desempenho institucional da autarquia e divulgá-lo publicamente, enquanto que compete à autarquia aprimorar os seus processos internos e a própria regulação expedida, no sentido de melhorar o serviço público em questão, nos termos do contrato.

Assim, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela emenda constitucional nº 19/98, que acrescentou o parágrafo 8º ao art. 37 da Constituição²⁹¹, o contrato de gestão constituiu-se em um instrumento de controle da atuação administrativa da agência e do seu desempenho, estabelecendo parâmetros e metas para a administração interna do ente regulador, bem como fixando indicadores que permitam quantificar, objetivamente, este desempenho.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles preleciona:

O contrato de gestão tem sido considerado como elemento estratégico para a reforma do aparelho administrativo do Estado. Ele não apresenta uniformidade de tratamento nas várias leis que o contemplam, mas sua finalidade básica é possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração indireta, a fim de permitir melhor controle de resultados.

Na verdade, não se trata de um contrato propriamente dito, porque não há interesses contraditórios. Trata-se mais de um acordo operacional – acordo de Direito Público – pelo qual o órgão superior da Administração direta estabelece, em conjunto com os dirigentes da entidade contrata, o programa de trabalho, com a fixação de objetivos a alcançar, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, limites para despesas, assim como o cronograma da liberação dos recursos financeiros previstos.²⁹²

Para Luiz Alberto Santos,²⁹³ o contrato de gestão seria um complemento aos instrumentos de controle social, pois permite a fixação de metas e implementação de atributos de transparência para melhoria da eficiência regulatória. Afirma, ainda, o mesmo autor, que seria um contra-senso concordar com a tese dos autores que defendem que a assinatura do

²⁹¹ Art. 37, §8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos e obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

²⁹² MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 250.

²⁹³ SANTOS, Luiz Alberto. Contratos de gestão e agências reguladoras. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 dez. 2003. Folha Brasil. Caderno A, p. 3, *apud* LEHFELD, Lucas de Souza. *op. cit.*, p. 365.

contrato de gestão poderia trazer como consequência direta a diminuição da autonomia da agência contratante, embasando seu posicionamento no fato de o alcance da autonomia agencial e as formas do seu exercício estarem previstas na própria legislação, não podendo, assim, serem limitadas pelo contrato. No mesmo sentido, a orientação emanada em estudo realizado pelo Executivo sobre a viabilidade do modelo regulatório no País, publicado em 2003:²⁹⁴

É fundamental, contudo, que tais contratos não coloquem em xeque a independência das agências e de seus dirigentes. Nesse sentido, as condicionalidades do contrato de gestão não devem implicar a restrição de liberdade na tomada de decisões para a implementação das políticas setoriais definidas no contrato ou ensejar a possibilidade de demissões dos dirigentes. De modo mais geral, deve-se recordar que já existem, hoje, instâncias de controle interno e externo da administração pública. Em particular, o Tribunal de Contas da União tem papel primordial no controle social e mesmo da gestão dos diversos órgãos da administração pública.

Segundo o mesmo estudo, o desenvolvimento de instrumentos de controle social das agências é um importante avanço para o bom funcionamento do modelo regulatório implantando no país. Por fim, propõe mecanismos de participação e controle social, tais como:

a) obrigatoriedade de consultas públicas para fins de coleta de informações e críticas acerca dos temas cuja regulação esteja a cargo das agências (princípios da motivação e transparência); b) ampliação do papel das entidades de defesa do consumidor nos processos de acompanhamento de consultas públicas e de outras atividades realizadas pelas agências; c) criação de Ouvidorias; d) incrementar a transparência das regras, especialmente quanto à regulação de contratos entre regulados e reguladores; e) mecanismos de prestação de contas ao Poder Legislativo.²⁹⁵

Dessa forma, o contrato de gestão passaria a ser um instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da agência reguladora e da avaliação de seu desempenho. Ressalte-se que, como dito anteriormente, existe em tramitação na Câmara dos Deputados um projeto de *Lei Geral das Agências*,²⁹⁶ que propõe, dentre outras medidas, a exigibilidade do contrato de gestão para todas as agências, a fim de universalizar a utilização desta ferramenta.

Neste momento, é bem importante aduzir que a relação entre os ministérios e as agências deve consistir sempre em uma via de mão-dupla, de modo que as agências funcionem como fontes de informação de seus setores, colaborando para que o Estado desenvolva um plano que articule todas as áreas da economia e priorize as mais importantes,

²⁹⁴ BRASIL. Casa Civil. Câmara de Infra Estrutura – Câmara de Política Econômica. *Op. cit.*, p. 32.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 06-07.

²⁹⁶ Projeto de lei nº 3.337/2004, de iniciativa do Poder Executivo.

planos estes que se traduzem em diferentes políticas setoriais, as quais serão viabilizadas justamente pela atuação ramificada dos órgãos reguladores. Daí a importância da interação entre agência e o executivo, pois proporciona ao Estado instrumentos e meios necessários para intervir de forma eficaz na ordem econômica.

Nas precisas lições de Salomão Filho:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos de desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.²⁹⁷

Ressalte-se que, por outro lado, a própria estrutura de funcionamento das agências sempre vai corroborar com uma real possibilidade de conflito em sua relação com o poder central. É que, sendo independentes e autônomas as agências, existe a possibilidade, em tese, de que as políticas regulatórias traçadas pelos seus diretores venham a entrar em conflito com as políticas de governo e as políticas públicas traçadas pelo Executivo.

Estes conflitos não devem ocorrer em grande escala, pois, como dito alhures, as políticas públicas setoriais devem sempre se adequar às políticas de estado. Ademais, elas também condicionam a atuação das agências, as quais, segundo o que foi exposto no capítulo anterior, devem se pautar sempre nos parâmetros e balizas estabelecidos na lei, regulamentos e políticas públicas.

Na verdade, o que se espera é a possibilidade de autonomia e flexibilidade para as agências, de modo a permitir que elas internalizem no setor as políticas públicas da melhor forma possível e de modo a gerar menos impacto. Afasta-se a concepção de vinculação estrita, que engesse a liberdade criativa da agência, pois as leis criadoras das agências estabelecem estas prerrogativas (independência e autonomia).

Dessa forma, podem ser estabelecidas pelas agências diversas nuances específicas para o setor, de modo a melhor executar, sob um ponto de vista macro, as políticas estabelecidas.

²⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60. Grifo nosso.

Assim, arriscamo-nos a afirmar que prazos, metas, obrigações e condicionamentos podem ser impostos ou modificados pela política regulatória, de modo a atender as metas governamentais da melhor forma, bem como respeitar a capacidade do setor regulado e os direitos dos consumidores – os finais destinatários das políticas idealizadas.

Ocorre que podem se desenvolver divergências relevantes, a ponto de causar conflitos entre agências e governantes. Em tese, existe a possibilidade dos dirigentes das Agências formularem políticas públicas contrárias aos interesses políticos do Presidente eleito democraticamente. Ressalte-se, ainda, como bem observa Paulo Todescan Lessa Mattos,²⁹⁸ que as decisões das agências, apesar de serem pretensamente pautadas pelo tecnicismo, acabam envolvendo, muitas vezes, escolhas verdadeiramente políticas, traduzidas nas normas das editadas pelas agências, as quais devem ser legitimadas.

Nesse diapasão, Alexandre Santos Aragão,²⁹⁹ por sua vez, sustenta acertadamente que as agências reguladoras têm uma autonomia limitada. Segundo o autor, estes limites, além de não serem incompatíveis com a característica de autonomia das agências, integram o seu próprio conceito. Não se poderia imaginar que um órgão, por mais autônomo que fosse, pudesse ficar alheio ao conjunto da Administração Pública, considerando o sistema constitucional brasileiro.

O fortalecimento desse modelo regulatório, entretanto, depende da consolidação das agências como instituições de Estado e de suas prerrogativas. Ao longo deste estudo foram citados casos³⁰⁰ em que a ingerência do executivo afetou gravemente as agências reguladoras e vulnerou o próprio regime.

Na verdade, são necessários alguns acertos na legislação pátria a fim de garantir a autonomia e a autoridade das decisões das Agências, bem como mecanismos de controle e escape, para uso em casos realmente relevantes. Precisa-se também de um amadurecimento político, a fim de se evitar desvios maléficos ao regime, a exemplo das disputas de poder entre ministérios e agências e a indicação de diretores com base em critérios políticos e não predominantemente técnicos.

²⁹⁸ Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*

²⁹⁹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. 2004.

³⁰⁰ Cita-se como exemplo o modo como a crise energética de 2001/2002 foi administrada pelo Governo Federal.

4.6. Demais formas de controle exercidas sobre as agências reguladoras

Deve-se ressaltar que não é o propósito deste estudo defender uma atuação ilimitada e irresponsável das agências, sem qualquer forma de controle. O fato das agências necessitarem de prerrogativas para o seu correto funcionamento não significa que, sob essa mesma justificativa, seria aceitável qualquer tipo afronta às determinações legais e constitucionais.

Nesse sentido, precisas são as lições de Fernando José Gonçalves:

Se, por um lado, a autonomia e independência necessárias para garantia de uma regulação isenta por parte das agências proporcionam uma possibilidade de ampla atuação, esta mesma amplitude demanda uma necessidade de controle e fiscalização acerca do exercício de suas competências no estrito cumprimento da legalidade e do alinhamento com o planejamento e políticas públicas.³⁰¹

Seguindo esta linha de raciocínio, passar-se-á a realizar uma análise das formas de relacionamento entre as agências e as demais entidades públicas com o fito de diagnosticar os instrumentos pelos quais tais entidades podem exercer controle à ação regulatória das agências.

Inicialmente, deve-se partir do pressuposto de que cumpre ao Estado, em uma análise precisa do princípio da legalidade, a obrigação de regular e limitar (dentro dos contornos constitucionalmente estabelecidos) a atuação dos seus próprios órgãos, o que inclui, naturalmente, as agências. É que, dado o seu papel fundamental na promoção da observância dos ditames legais, não pode o Estado se furtar ao poder-dever de, uma vez criadas entidades regulatórias, exercer certo controle de modo a evitar a ocorrência de excessos e deformações no funcionamento destes órgãos. Dentre os aspectos a serem avaliados desponta-se, naturalmente, a correção de possíveis incongruências da atuação das agências com as políticas públicas.

Observe-se, em um momento inicial, que se deve dar primazia ao **controle interno** desempenhado pelas agências. Ou seja, importa ter em mente que as agências reguladoras devem ser responsáveis pelo controle de legalidade dos seus próprios atos. Tal

³⁰¹ GONÇALVES, Fernando José. *Op. cit.*, p. 74.

como sucede em todo o âmbito da administração pública, cada agência deve ser apta a fiscalizar a legalidade e adequação de seus atos, além de dever possuir estruturas tais como as corregedorias, a fim de responsabilizar as autoridades displicentes. Os atos administrativos, em geral, podem ser revistos em caso de desvio de legalidade ou de finalidade, em função do poder geral de autotutela da administração. Assim, o preferível é que a agência sempre se pautе pela legalidade e que, por meios internos, corrija as distorções eventualmente existentes.

A autotutela, nas precisas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] corresponde ao poder que tem a Administração de rever os próprios atos, para corrigir ou anular os ilegais, bem como revogar os inoportunos ou inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.³⁰²

Neste sentido, também os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

A autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento.³⁰³

Temos então que compete às agências manterem-se em contínua e regular fiscalização da adequação e legalidade de seus atos, devendo sempre pautar-se no escopo da anulação, revogação ou convalidação dos atos inoportunos ou viciados.

Não sendo suficientes os meios de controle interno, os quais, em uma concepção ideal, deveriam ser suficientes para sanar quaisquer vícios oriundos das atividades regulatórias, poderá, ou melhor, deverá o Poder Público, por intermédio de outros meios, proceder ao devido controle dos atos regulatórios.

Outro meio de fiscalização das agências é o desempenhado pelo **Congresso Nacional**. Sendo as agências integrantes da Administração Direta, estão sujeitas ao disposto no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.” Assim, em tese, os atos normativos que venham a extrapolar os seus limites podem ser invalidados pelo Poder Legislativo.

³⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 368.

³⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo...**, p. 25.

No que tange ao correto emprego dos recursos públicos, as agências estão sujeitas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no que se refere à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Este controle é exercido tanto pelo Poder Executivo, por meio da **Controladoria-Geral da União**, quanto pelo Poder Legislativo, por intermédio do **Tribunal de Contas da União**, nos termos da Constituição:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional, tem suas atribuições estabelecidas no artigo 71 da Constituição Federal.³⁰⁴ Esta competência abrange a administração direta e indireta, o que inclui as agências reguladoras, conforme entendimento uníssono da doutrina.

³⁰⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

- I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
- II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
- III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
- IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
- V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
- IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
- XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

No dizer de Fernando José Gonçalves, “a principal questão relativa à atuação do TCU nas auditorias realizadas junto às autoridades regulatórias, em especial aquelas dotadas de independência, é a avaliação de desempenho da atuação regulatória.”³⁰⁵ No dizer de Walton de Alencar Rodrigues, citado pelo primeiro autor:

Assente a competência constitucional do TCU de realizar auditorias e inspeções, de natureza operacional, e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta de lança final da atuação das agências reguladoras, os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização para prestação de serviços públicos.³⁰⁶

Essa amplitude na competência do Tribunal de Contas seria oriunda do fenômeno de ampliação de escopo de atuação dos entes fiscalizadores, como preleciona Eduardo Granha Magalhães Gomes:

Na esteira dos preceitos da nova gestão pública, particularmente da gestão focada em resultados ou, mais precisamente, da busca de responsabilização dos administradores públicos tendo por base seu desempenho, o Tribunal de Contas da União, similarmente ao que vêm fazendo entidades “irmãs” em outros países como EUA (US General Accounting Office — GAO) ou Reino Unido (UK National Audit Office — NAO), ampliou seu escopo de atuação além das auditorias de regularidade.³⁰⁷

Cumpra então estabelecer a discussão sobre quais seriam os limites impostos à atuação do TCU, no exercício do controle externo da atividade regulatória. Essa discussão acaba por potencializar o próprio debate relativo às características dessa atuação. É que, partindo-se da premissa constitucionalmente chancelada de que é papel da corte de contas da União exercer o controle sobre a atividade das agências, pontuar os seus limites seria o mesmo que especificar os próprios contornos em que essa atuação deve se desenvolver.

O cerne dessa discussão está em definir se entre as atribuições do TCU estariam competências relacionadas à apreciação do próprio mérito das soluções regulatórias adotadas pelas agências.

Uma fria análise do texto constitucional permite-nos afirmar, com certa segurança, que a atuação do TCU deve estar necessariamente ligada aos aspectos relacionados

³⁰⁵ GONÇALVES, Fernando José. *Op. cit.*, p. 76.

³⁰⁶ RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 33, p. 349-350, set./out. 2005, *apud* GONÇALVES, Fernando José. *Op. cit.*, p. 76.

³⁰⁷ GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? Rio de Janeiro: **Revista da Administração Pública**, 40(4):615-30, p. 624, jul./ago. 2006, *apud* GONÇALVES, Fernando José. *Op. Cit.*, p. 76.

à gestão dos recursos públicos³⁰⁸, pelo que não seria lícito a formulação de análise meritória, por parte da Corte de Contas, da atividade das agências.

Em sentido contrário ao nosso, existe a posição já mencionada de Walton de Alencar Rodrigues, que defende uma interpretação mais alargada para o rol de competências constitucionalmente estabelecidas para o TCU, pugnando pela possibilidade de o referido pretório aferir, na atuação das agências, a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal.

Essa posição, porém, não nos parece encontrar aval na maior parte da doutrina, conforme se pode observar nas lições de Marçal Justen Filho, que, com a precisão que lhe é peculiar, aduz que: “não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência.”³⁰⁹ No mesmo sentido Luís Roberto Barroso, que preconiza que: “nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora.”³¹⁰

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade da fiscalização exercida pelo TCU adentrar no campo material da atividade desempenhada pelas agências. É que a fiscalização exercida pela corte de contas, conquanto legítima e constitucionalmente estabelecida, deve limitar-se aos aspectos relacionados à gestão de recursos públicos, sob pena de ferir-se a autonomia das autoridades reguladoras, bem como o princípio da separação dos poderes.

Outro ponto importante a ser levantado diz respeito ao **controle jurisdicional** da atuação das agências reguladoras. A esse respeito, uníssono é o entendimento no sentido de que é possível ao Judiciário exercer forte controle quanto ao aspecto da constitucionalidade e legalidade dos atos das agências.

O ponto controverso da discussão diz respeito aos limites desse controle, haja vista que os atos das agências possuem, em geral, natureza de especificidade técnica, o que abre margem à discussão sobre a possibilidade de revisão judicial das decisões baseadas na denominada discricionariedade técnica.

³⁰⁸ Nos termos do art. 71 da Constituição.

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.*, p. 589.

³¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. n. 229, Jul./Set. 2002, p. 296.

É cediço que controle judicial das decisões da Administração Pública, nos casos de discricionariedade, deve estar sujeito a regras restritivas para que a divisão de Poderes, imprescindível ao Estado Democrático de Direito, não seja burlada. Destarte, a questão versa basicamente, sobre a possibilidade e a amplitude do controle jurisdicional sobre a atividade regulatória.

A esse respeito, Fernando José Gonçalves traz as seguintes indagações:

[...] em que amplitude a reputada discricionariedade técnica das agências reguladoras está sujeita ao controle jurisdicional? A opção técnica constante das soluções adotadas pelas agências pode ser adequadamente analisada pelo Poder Judiciário?³¹¹

Pela própria natureza de sua autonomia, a atividade das agências carece de certo controle. A regulação é uma atividade administrativa de intervenção do Estado no domínio econômico, mediante a ponderação entre interesses em tensão, buscando maximizar os benefícios em relação aos custos criados por esta restrição da liberdade. Destarte, a intervenção é orientada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, posto que o controle exercido pelo executivo é, consoante já abordado, deliberadamente limitado, a revisão judicial torna-se relevante mecanismo para realização deste controle. Observe-se que, dado o relevante grau de intervenção que a atividade regulatória gera na esfera do particular, imprescindível é o controle judicial de suas atividades para possibilitar uma maior segurança e estabilidade à intervenção estatal.

Corroborando com o entendimento aqui esposado, Leila Cuéllar abaliza a imperatividade do controle jurisdicional desta atuação: “além do controle exercido pelo Tribunal de Contas, é de fundamental importância a possibilidade de revisão dos atos praticados pelas agências pelo Poder Judiciário.”³¹²

Assim como ocorre com relação ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, o cerne da questão versa sobre a possibilidade de o controle jurisdicional atingir o mérito da solução regulatória adotada.

Observe-se inicialmente que a regulação sobre a atividade econômica é de competência típica das agências regulatórias, pelo que, seguindo a guisa do raciocínio

³¹¹ GONÇALVES, Fernando José. *Op. cit.*, p. 76.

³¹² CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo...*, p.140.

expendido no debate sobre o controle das agências por parte do TCU, é mister que qualquer forma de controle externo sobre a atividade regulatória não se intrometa na competência eminentemente discricionária dos entes reguladores.

Importa traçar, entretanto, os limites e contornos em que se desenvolve esse campo discricionário de atividades. Para Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, somente se poderia falar em discricionariedade, imune a controle externo, quando o ato fosse motivado por uma escolha passível de plurais soluções:

O artigo 2º da Constituição Federal não pode ser fundamento para afastar o controle, sob fundamento de invasão de esfera de discricionariedade técnica. A tecnicidade do ato exige a busca de *um ponto de equilíbrio* entre custos e benefícios. A técnica é instrumento de interpretação do conceito jurídico indeterminado “eficiência”. Somente se provado que várias técnicas levam ao *mesmo resultado de equilíbrio entre custos e benefícios* é que se veda a interferência judicial.³¹³

Neste mesmo sentido, também as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem, a discricionariedade somente encontra respaldo quando não se pode *extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*.

Abordando o tema com mais profundidade, Germana de Oliveira Moraes afirma que a sindicabilidade do ato administrativo sofre limitações quando se tratar do “núcleo político” da discricionariedade. Segundo a autora, o conceito de discricionariedade administrativa apresenta-se, ora:

[...] mediante a ponderação comparativa de interesses, integrando a norma aberta, ora quando procede à complementação, mediante valoração e aditamento, dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); ora quando decide se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou, ainda, quando colmata o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa).³¹⁴

Assim, conforme os autores acima, o mérito do ato administrativo, dentro de certos limites precisamente definidos, seria insindicável, ou pelo menos teria sua sindicabilidade reduzida, enquanto que fora destes limites haveria a plena possibilidade de apreciação da juridicidade do ato pelo Poder Judiciário.

³¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. II Ciclo de Palestras da ASSETANS. 2009. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/Institucional/Aspar/AgenciasReguladoras/MarcosJuruena-ControleJudicialDosAtosNormativos.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2010. Grifo nosso.

³¹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...**, p. 179.

Nesse ínterim, indaga-se quais seriam as bases aptas a permitir uma revisão judicial coerente, isto é, como deverá ser feita a averiguação de amoldamento material da opção regulatória adotada com o ordenamento jurídico.

Inicialmente, há que se fazer referência ao fato de que o controle judicial, por ser deliberação *a posteriori*, encontra maiores elementos para garantir o acerto da decisão. A análise feita pelas agências no processo de formulação das normas regulatórias é *a priori*, ou seja, teórica, desprovida de embasamento real e empírico quanto à concretude de seus efeitos. Já a verificação judicial finca-se na experiência que a aplicação prática da disposição normativa traz à sua análise.

Deve-se levar em conta, por outro lado, se o aspecto técnico constante nas soluções regulatórias adotadas pelas autoridades seria apto a representar óbice à análise e interferência jurisdicional sobre suas atividades.

Neste ponto, Fernando José Gonçalves se manifesta pela impossibilidade de se traçar limitações desse viés, tendo em vista que assim se reconhecera uma capacidade regulatória extremamente livre, o que poderia sujeitar as atividades reguladas aos mais diversos tipos de arbitrariedades:

[...] o reconhecimento da impossibilidade de controle jurisdicional do ato regulatório sob argumento da discricionariedade técnica, seria reconhecer uma capacidade regulatória extremamente livre das agências, podendo facilmente transformar-se em arbitrariedade.³¹⁵

O impasse restante se refere ao fato da necessidade de conhecimentos técnicos específicos para se efetuar esse controle. É que o magistrado, quando da análise da norma, deverá necessariamente levar em conta as especificidades que compõem a racionalidade que lhe deu origem. Surge daí a necessidade de se valer o judiciário de perícia técnica especializada.

Ultrapassada, porém, essa fase é legítima a intervenção jurisdicional sobre a atividade regulatória. Como observa Rafael Wallbach Schwind, provida esta “carência técnica” por meio de especialistas, “o fato de o julgador não dispor dos conhecimentos

³¹⁵ GONÇALVES, Fernando José. *Op. cit.*, p. 84.

técnicos detidos pela agência reguladora não é fator que exclua o controle jurisdicional do ato praticado por esse ente mediante apreciações técnicas.”³¹⁶

Egon Bockmann Moreira reforça tal posição, inferindo:

Não existe decisão altamente técnica que não possa ser imparcialmente avaliada em juízo, nem tampouco existe uma perícia exclusiva, sigilosa, desconhecida dos demais cientistas e expertos. Não será essa nomenclatura instrumento hábil a afastar o exame e controle jurisdicional.³¹⁷

Ressalte-se que a análise técnica feita pelo órgão regulador é integrante do motivo que deu ensejo ao ato regulatório e o motivo, por sua vez, é condição de validade do ato administrativo.³¹⁸ Desta feita, como preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] não há como fugir da conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos.”³¹⁹

Assim, os atos normativos das agências estão sujeitos ao controle de juridicidade, que compreende o exame da sua legalidade e da juridicidade *stricto sensu*, consistente esta última no exame “da compatibilidade dos elementos discricionários [dos atos] com os princípios.”³²⁰

Nesse diapasão, tendo sido analisada a possibilidade de controle judicial sobre os atos das agências regulatórias, faz-se importante salientar a competência do **Ministério Público** para o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas em face das agências. Tendo o Ministério Público competência para a defesa dos interesses sociais e individuais, bem como sendo o defensor e fiscalizador da ordem jurídica em sentido amplo, de acordo com o instituído pela Constituição Federal de 1988, também poderá ele exercer fiscalização em relação às condutas das agências reguladoras e dos respectivos setores regulados. Assim,

³¹⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder Normativo das Agências Reguladoras, Apreciações Técnicas e Controle Jurisdicional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 240, 2004.

³¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 219.

³¹⁸ Na dicção de Germana de Oliveira Moraes, “a motivação dos atos administrativos compreende, ao mesmo tempo, a necessidade de ser trazido a evidência os motivos de fato e os fundamentos jurídicos em que está apoiado o administrador para justificar a tomada de decisão”. Cf. MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de Motivação, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos. In: **Revista de Interesse Público**, São Paulo: Notadez, ano 2, n. 08, out./dez. 2000, p.47.

³¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

³²⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...**, p. 180.

constatando medidas regulatórias viciadas, compete ao Ministério Público questioná-las judicialmente, especialmente por meio de recomendações e de ações civis públicas. Trata-se de mais uma forma de controle sobre os atos das agências reguladoras.

Outro controle que se faz presente sobre as agências reguladoras é o **controle social**, consistente em uma série de mecanismos que permitem aos particulares a participação direta e efetiva nas atividades desempenhadas pelas agências.

Assevera Fernando Herren Aguillar que o controle social consiste no “controle que efetivamente caiba a setores da sociedade diretamente sobre serviços públicos, sejam eles desempenhados por empresas privadas ou pelo próprio Estado”, assim como no “poder de que desfrute a sociedade para inferir nas decisões estatais a respeito dos órgãos reguladores, na sua composição e modelagem.”³²¹

As principais formas de controle social das agências são as seguintes:

a) Participação de membros da sociedade em **conselhos superiores ou conselhos consultivos** das agências. Esta participação decorre de nomeação para exercício de mandato fixo. Normalmente esta participação não é remunerada.

b) Participação em **consultas públicas e audiências públicas**, a fim de se sugerir melhorias nas minutas de resoluções ou outros atos normativos.³²²

c) formulação de **denúncias ou reclamações, as quais implicam no dever da Administração** apurar os fatos e tomar medidas administrativas aptas a corrigir o ilícito e punir o agente responsável. As denúncias ou reclamações também podem ser usadas pela coletividade em face da atuação irregular das delegatárias de serviços públicos, sendo um importante meio para otimizar e direcionar as atividades de fiscalização das agências.³²³

d) por meio das **ouvidorias**.

³²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, 248, apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo...**, p. 107.

³²² Sobre o tema, ver item 3.5 desta obra.

³²³ Por meio de denúncias as agências podem aplicar penalidades, por exemplo, em postos que estejam comercializando combustíveis adulterados, em entidades que estejam mantendo indevidamente rádios clandestinas, em empresas de transporte aéreo que extrapolem os limites de atraso nos vôos, etc

A efetividade dos meios de controle social é fundamental para o reforço da legitimidade democrática das agências, conforme explanação feita no tópico 3.5.

Destarte, verifica-se que apesar das agências reguladoras serem consideradas autarquias de regime especial e terem garantias de independência e autonomia, elas são sujeitas a várias formas de controle no intuito de impedir desvios em suas atuações e, por outro lado, garantir a maior legitimação de sua atuação.

4.7 Poder normativo das agências como instrumento de implementação de políticas públicas

Como já se deixou antever, a atuação das agências na instrumentalização de políticas regulatórias, se bem empregadas e postas em prática de acordo com as metas traçadas pelo Executivo, pode funcionar como eficiente instrumento para a implementação de políticas públicas.

Esse procedimento coaduna-se com as mais modernas diretrizes estatais, que buscam dar efetividade aos objetivos para os quais o Estado se presta. Com efeito, o texto constitucional consagra, em seu artigo 37, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o princípio da eficiência³²⁴. Tal princípio foi inserido em nosso ordenamento através da Emenda Constitucional nº 19/98 (que versou sobre a reforma da Administração Pública) e tem por escopo “fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado”.³²⁵

O Princípio da Eficiência é tido pela doutrina como um dos mais aptos a dar as respostas imprescindíveis para o atual panorama administrativo. É que o referido princípio não se limita a exigir um mero cumprimento das obrigações estatais legalmente estabelecidas.

³²⁴ Constituição Federal, artigo 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

³²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 671.

Busca, na realidade, dar efetividade à prestação das políticas estatais traçando o melhor resultado possível.³²⁶

Nas palavras do professor José Afonso da Silva:

[...] o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII, do art. 5º da (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.³²⁷

Valendo-se dos já consagrados termos de Eros Roberto Grau, de se observar que a aferição da eficiência da Administração Pública adquiriu fundamental importância para a sociedade, tornando-se um *valor cristalizado*, pois não é conveniente à sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente. A cristalização deste valor ganhou normatividade, transformando-se em um princípio a ser observado por todo o ordenamento jurídico no que tange à Administração Pública³²⁸

Assente, portanto, a idéia de que a utilização da atividade regulatória para a implementação de políticas públicas é por demais salutar ao Estado, bem como pode ser compreendida como uma aplicação estatal do princípio da eficiência. Observe-se nesse sentido que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado assinala que o Estado brasileiro “enfrenta [...] um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.”³²⁹

No referido Plano o princípio da eficiência é entendido nos seguintes termos:

³²⁶ De se observar que, para parte da doutrina, a eficiência não deve ser vista como um princípio, mas como mero objetivo a ser atingido. Nesse sentido Maurício Antônio Ribeiro Lopes: "Inicialmente cabe referir que a *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão pública – *finalidade* da mesma Administração. Nada é *eficiente* por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro" LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.

³²⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 672.

³²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 194-196.

³²⁹ Cf. BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995, p. 19.

Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão.³³⁰

A grande vantagem da introdução do Princípio da Eficiência no texto constitucional foi a quebra, pelo menos no aspecto formal, do paradigma da atenção única aos procedimentos (burocracia), o que exige uma re-análise e readaptação da atual estrutura de que se reveste a máquina administrativa. É que o princípio da eficiência envolve uma análise de custos e benefícios, de modo a considerar não só o aspecto econômico, mas também os custos sociais envolvidos nas práticas administrativas. De se observar, porém, que o princípio da eficiência deve ser observado em estrita consonância com o princípio da legalidade, não sendo lícito refutar esse último sob a justificativa de homenagear o primeiro.

A inserção no texto constitucional de um elemento que, nas palavras de José Afonso da Silva, “não se reporta ao jurídico, mas ao econômico; não qualifica normas, qualifica atividades”,³³¹ deve ser observada com fundamento na idéia de que os princípios não trazem em si uma norma mandamental, mas operam de modo a nortear a interpretação e aplicação do direito, assumindo um papel de enunciado, que cria novas situações jurídicas, ou identificar valores que já se encontram presentes na sociedade.³³²

Nesse contexto, as políticas públicas, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, devem ser regidas de acordo com os preceitos da eficiência. A Reforma Gerencial do Aparelho do Estado assumiu a tese de que as políticas públicas seriam concretizadas de maneira mais eficiente por meio da descentralização e da regulação. Esse pressuposto deu ensejo à estruturação das Agências Reguladoras e à fixação das suas competências no campo das políticas setoriais.

Ora, tendo-se em vista que a efetivação dos direitos fundamentais (política de estado) está sujeita à idealização e implementação de políticas públicas, é salutar que o Estado faça uso de todos os meios possíveis para implementá-las. Some-se a isso o fato de que a

³³⁰ *Ibid.*, p. 19.

³³¹ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 671.

³³² De se rememorar a consagrada divisão das normas em normas regras e normas princípios. As primeiras trariam em si um conteúdo mandamental, cogente; as segundas, por sua vez, teriam como função principal orientar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2ª reimpressão. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

realização das políticas públicas depende de planejamento, direcionamento de recursos e atos executivos os mais diversos, os quais ficam em geral a cargo da administração. Não se pode, destarte, prescindir da participação dos agentes econômicos regulados na fase executória de implementação de políticas públicas.

Esse fenômeno de busca estatal pela implementação de políticas públicas veio junto com o que doutrinariamente se chamou de neoconstitucionalismo.

Sobre o tema, Luis Roberto Barroso aduz que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. [...] Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.³³³

Nessa nova fase, impõe-se a necessidade de planejamento e implementação dos direitos fundamentais, face à reformulação do papel do Estado, que passou à condição de garantidor das condições de equilíbrio econômico e desenvolvimento. Essa função encontra-se constitucionalmente consagrada, consoante preconiza o já abordado artigo 174 da Constituição Federal:

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

Nas palavras de Eros Roberto Grau, o planejamento:

É a forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos.³³⁴

³³³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

³³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**..., p. 301.

Infere-se de tal definição a necessidade, por parte do Estado, da fixação de objetivos claros e precisos, a imperatividade de previsão dos comportamentos sociais e econômicos e a coordenação dos meios de ação.

Nas palavras de Calixto Salomão Filho:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos de desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.³³⁵

Deste modo, conforme observa Fernando José Gonçalves, “é de suma importância que as políticas públicas que compõem planejamento estatal estejam intimamente fundamentadas nas características do objeto de suas implementações.”³³⁶ Esse alinhamento é mister para a efetividade de tais políticas.

Observe-se que a relação entre o planejamento e o seu objeto assume caráter plenamente dinâmico, à medida que a própria ação estatal oriunda de planejamentos pretéritos acaba por modificar e readequar a situação objeto, pelo que o planejamento estatal deve estar constantemente em processo de atualização. Daí a necessidade de fixação de objetivos claros e precisos, haja vista que a dinâmica que envolve a relação entre o planejamento e o objeto na fixação de políticas públicas está fora do alcance da autoridade reguladora. A agência atua apenas nos mecanismos de implementação destes objetivos, por meio da política regulatória, objetivos estes que devem se manter intactos até seu efetivo cumprimento.

Lembre-se que o Estado atua de forma indireta na economia, principalmente através de mecanismos de indução, fiscalização e planejamento,³³⁷ bem como por meio de

³³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. *Op. Cit.*, p. 60.

³³⁶ GONÇALVES, Fernando José. *Op. Cit.*, p. 82.

³³⁷ Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a **indução** ocorre quando “o Poder Público direciona a atuação dos agentes econômicos privados, incentivando determinadas atividades e desestimulando outras. A indução, portanto, pode ser positiva (fomento) [...] ou negativa”. Com relação à **fiscalização**, aduzem os referidos autores: “é exercida primordialmente pela a Administração Pública, manifestando-se pelo exercício do Poder de polícia. O Estado condiciona determinados comportamentos dos particulares, proíbe outros, aplica sanções pelo descumprimento de suas determinações...” Por fim, no que diz respeito ao **planejamento**, prelecionam ser esse o fator que “impede que o Estado atue de forma aleatória ou caprichosa. É por meio do planejamento que o Estado pode identificar as necessidades presentes e futuras dos diversos grupos sociais e orientar (inclusive mediante indução positiva ou negativa) a atuação dos agentes econômicos visando ao atendimento de fins determinados. Cf. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5. ed., São Paulo: Método, 2010, p. 986.

subvenções ou financiamento, sempre em conformidade com o planejamento estatal (políticas públicas).³³⁸

Assim, tendo conhecimento da realidade que se ambiciona alterar e na definição dos escopos de tal mudança, cumpre ao Poder Público simplesmente estabelecer os mecanismos a serem utilizados e os meios de implementação, que poderão decorrer tanto da atuação direta do estado (por meio da máquina estatal) ou por meios indiretos, a exemplo da política regulatória.

Daí se infere, como trazido no tópico anterior, o papel da relação planejamento e políticas públicas como limitador da autonomia das agências reguladoras independentes. Melhor explicando, a atuação das autoridades regulatórias deve ter por escopo a realização das políticas públicas traçadas pelo Poder Central.

Com efeito, um raciocínio que conduzisse a uma não vinculação do exercício do papel das agências reguladoras independentes com os parâmetros e políticas públicas traçados pelo Poder Executivo central acarretaria uma ilegitimidade evidente. É que, como já discutido em tópico anterior, o escrutínio eleitoral legitima a atuação do governo eleito para a fixação de políticas públicas, pelo que a atuação das agências nessa seara só seria legítima se de acordo com as diretrizes, por esse, traçadas.

A idéia central da implementação de políticas públicas através da atividade regulatória, sem perder de vista a importância das políticas aplicadas diretamente pelo poder público, consiste na transferência da responsabilidade e, conforme o caso, dos próprios custos com a implementação de dada política pública para os delegatários de serviços públicos, os quais se tornam obrigados a cumpri-las, nos termos da regulação a qual estão submetidos.

Assim, se o governo pretende implementar, por exemplo, uma política pública de inclusão digital para os menos favorecidos, poderá agir de duas formas: custear e executar diretamente as obras de infra-estrutura para atender à demanda das classes de baixa renda ou implementar uma política regulatória que repasse a responsabilidade (total ou parcial) ao segmento dos delegatários de serviços de telecomunicações. Nesta hipótese, poderia o ente regulador estabelecer, por exemplo, obrigações e metas no sentido de aumentar o fornecimento do serviço e a redução dos seus custos para a população de baixa renda. Assim,

³³⁸ GONÇALVES, Fernando José. *Op. Cit.*, p. 83.

tais políticas podem ser executadas pelo setor econômico com as vantagens decorrentes da iniciativa privada, dentre elas a racionalidade, eficiência e economicidade dos seus processos produtivos.

As Agências, em função do seu poder normativo e fiscalizador, dispõem de várias ferramentas capazes de impelir o cumprimento das políticas por parte dos agentes econômicos, o que as tornam elementos eficientes para a instituição e implementação destas políticas, desde que relacionadas, naturalmente, com os ramos econômicos regulados.

Dentre estas ferramentas, as que mais se destacam são os poderes normativos, fiscalizatórios e de outorga. A regulamentação permite a criação de obrigações para os delegatários. A fiscalização assegura o cumprimento destas metas. Já as funções de outorga são úteis para direcionar a atuação dos delegatários desde o início da concessão ou autorização, de modo a afastar questionamentos tais como os relativos à eventual desequilíbrio da relação econômico-financeira.

O problema do possível desequilíbrio da equação econômico-financeira, para os casos em que as obrigações não estejam previstas no próprio instrumento de outorga, normalmente é minimizado por meio do repasse dos custos da política para os consumidores finais. Caso tal opção não seja a escolhida, poderá o poder público financiar ou mesmo subsidiar os investimentos, de modo a reduzir ou ilidir completamente o ônus financeiro dos delegatários. Ademais, caso a política seja estabelecida por Lei, há a possibilidade de imposição de obrigações com ônus atribuíveis diretamente aos delegatários.

Ressalte-se que muitas políticas atualmente em execução são subsidiadas com recursos provenientes de Fundos Setoriais, os quais foram criados em praticamente todas as áreas de atuação econômica. Estes fundos são alimentados com recursos decorrentes da arrecadação de Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, normalmente repassadas aos consumidores, além de outras fontes.

Dentre os fundos e contribuições criados com esta finalidade, podem-se citar os seguintes: Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL), Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), Contribuição para a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE),

Contribuição para o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), dentre outros.

As possibilidades de implementação de políticas públicas nas áreas dos serviços delegados são infinitas. Apenas a título de exemplo, existem políticas públicas para a universalização da telefonia fixa e do fornecimento de energia elétrica, de inclusão digital, de geração de energia por fontes alternativas, de qualidade dos combustíveis, da segurança e pontualidade do transporte aéreo, da segurança do transporte de pessoas e cargas nas estradas, etc.

Destarte, fica evidenciada a utilidade das políticas regulatórias como meio de implementação das políticas públicas definidas pelo Executivo.

4.8 Algumas políticas públicas implementadas por meio de regulação

Conforme explicado nos tópicos anteriores, em função do novo modelo agencial, ocorreu a descentralização de uma considerável parcela do poder regulatório do Executivo, seja na esfera da produção normativa ou mesmo na executiva propriamente dita (ex. fiscalização, outorga). Por outro lado, como bem ressaltou Lucas de Souza Lehfeld,³³⁹ ocorreu paralelamente à descentralização administrativa o fenômeno da concentração governamental, isto é, as funções de elaboração de políticas públicas foram reunidas no núcleo central do Executivo, representado pelo Presidente e pelos Ministros.

Como também foi aduzido, estas funções não são desempenhadas exclusivamente pelo Presidente, mas delegadas aos ministérios. Dentro da estrutura de cada Pasta existem órgãos responsáveis pela elaboração destas políticas, sob a influência direta do Ministro. Uma vez elaboradas, compete ao ministério executar a parcela de atos administrativos a ele cabível, a exemplo das metas que não possam ser alcançadas por intermédio do poder regulatório das agências.

³³⁹ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 286.

Compete às agências, por sua vez, dar efetividade a tais políticas dentro do seu âmbito de sua atuação, por meio da elaboração de atos normativos que induzam o setor regulado a cumprir a política estabelecida pelo Executivo, bem como fiscalizar o seu cumprimento e adotar outras medidas administrativas neste sentido, a exemplo, da cassação de autorizações de entidades que não se adéquem às novas medidas (caso juridicamente possíveis, naturalmente), a expedição de novos atos de outorga prevendo as novas regras estabelecidas, etc., tudo em prol do cumprimento da meta política em questão.

Ressalte-se que este conjunto de atos materiais corresponde, sob certo enfoque, na política regulatória adotada pela agência, a qual, como estudado antes, deve se amoldar, dentro de certos limites, às decisões estratégicas do governante.

Assim, percebe-se que as políticas públicas podem ser alcançadas pelas agências por meio de produção normativa, fiscalização e atos relacionados à outorga.

Este trabalho não estaria completo, entretanto, se não fossem citados alguns exemplos bem sucedidos de políticas públicas efetivamente implementadas por meio do poder regulatório das agências.

Ressalte-se que o propósito desta pesquisa é realizar um estudo de natureza jurídico-doutrinária com base em metodologia de pesquisa eminentemente bibliográfica. Assim, serão citados alguns casos apenas a título exemplificativo, para enriquecer a exposição, sem qualquer pretensão de se dar um enfoque de pesquisa empírica.³⁴⁰

Em relação ao setor da indústria de telecomunicações, podem-se citar os exemplos das políticas de universalização dos serviços de telecomunicações e de desenvolvimento da telefonia móvel.

As metas de universalização foram tratadas pela Lei Geral de Telecomunicações com bastante detalhamento, pois eram consideradas as mais importantes na época da elaboração da lei.³⁴¹ Ressalte-se que a LGT estabelece regras expressas sobre estas políticas, as quais devem ser elaboradas pelo Poder Executivo, por meio de Decreto,³⁴² e operacionalizadas pela ANATEL, por meio da regulação, contratos de concessão e

³⁴⁰ A pesquisa empírica demanda rigor metodológico diferenciado e seria mais adequada se este trabalho tivesse foco na área da sociologia ou da ciência política, o que não é o caso.

³⁴¹ Cf. artigos 79 a 82 da Lei 9.472/97.

³⁴² Art. 18 da Lei 9.472/97

fiscalização. Consistem na estipulação de metas de atendimento da telefonia em áreas isoladas, pouco habitadas ou consideradas estratégicas para a defesa do país ou para atender a órgãos públicos. A instalação de infra-estrutura de telecomunicações (postes, cabos, centrais, antenas, transmissores, aparelhos telefônicos, etc) nestas áreas gera custos elevados para as concessionárias, custos estes que nem sempre são amortizáveis com o valor do faturamento esperado para a localidade.³⁴³ Entretanto, a legislação estabelece que as despesas com estes investimentos, apesar de serem encargos inerentes aos próprios concessionários, poderão ser parcialmente subsidiadas pelo poder público, por meio de recursos provenientes do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), cuja principal receita é justamente uma contribuição incidente sobre os serviços de telecomunicações. Este subsídio normalmente se destina a cobrir (total ou parcialmente) apenas a parcela não amortizável do investimento em infra-estrutura para atender estas metas, não se destinando, assim, a cobrir integralmente tais despesas.³⁴⁴

De se observar, portanto, a inegável função social da política em foco, a qual permite a difusão de meios de comunicação para praticamente todas as áreas habitadas do país, o que traz o mérito de tirar as regiões menos favorecidas do isolamento e abandono.

Em relação às políticas públicas relacionadas com a telefonia móvel,³⁴⁵ também é evidente o enorme crescimento e o barateamento deste meio de comunicação. Graças a políticas públicas bem pensadas o telefone celular deixou de ser um item de luxo e ostentação para se tornar um serviço extremamente útil e acessível, inclusive para as mais baixas camadas sociais. O barateamento decorreu da expansão do serviço, do estabelecimento de um amplo regime de concorrência, da evolução tecnológica, da criação de novos planos de serviços (inclusive os pré-pagos), dentre outros motivos. Certamente esta foi uma política regulatória bem sucedida e de amplo alcance social.

³⁴³ Locais isolados exigem custos de implantação e manutenção elevados. Um exemplo claro de investimento que dificilmente será amortizado foi a instalação de um telefone via satélite alimentado por energia solar em uma ilha oceânica do arquipélago de São Pedro e São Paulo, distante 1.100 km do litoral do Rio Grande do Norte, um dos pontos mais extremos do país. A localidade foi identificada como ponto estratégico no território nacional, pois na ilha existe uma estação científica da Marinha. As precárias comunicações com o continente eram realizadas, até então, por meio de rádio ou telefone via satélite, ambos sujeitos a falhas por motivos meteorológicos. A instalação ocorreu em 2004 e foi divulgada pela assessoria de imprensa da Anatel.

³⁴⁴ Cf. Leis nº 9.472/97, 9.998/00, Decreto nº 3.624/00 e Resoluções ANATEL nº 199/99 e 247/00, diplomas normativos que regulamentam o FUST.

³⁴⁵ Regulado, inicialmente pela Lei nº 9.295/96 e Decreto nº 9.295/96, sendo substituídos pela Resolução ANATEL nº 245/00.

Outro exemplo de política pública bem sucedida diz respeito à introdução do biodiesel na matriz energética do país. Pesquisas, investimentos, incentivos e o aumento da produção do biodiesel por parte da iniciativa privada só foram possíveis em função de mudanças regulatórias implementadas pela ANP, em consonância com políticas de Estado fixadas na Lei nº 11.097/05.³⁴⁶ A demanda pelo biodiesel foi estimulada em função da elevação progressiva da proporção obrigatória de biodiesel no diesel combustível comercial. Atualmente a mistura obrigatória é de 5%, valor totalmente impensável há alguns anos.

Ressalte-se que as pesquisas e o aumento da produção de biodiesel não decorreram diretamente de investimentos do governo no setor energético. Pelo contrário, a atuação estatal foi reduzida, sendo certo que a maior parte adveio de investimentos da iniciativa privada em pesquisa e tecnologia, justamente decorrentes do aumento da demanda interna do biocombustível. Ressalte-se que esta política industrial aumentou a produção agrícola de matéria-prima para a produção do biodiesel e vem garantindo emprego e renda para trabalhadores rurais, exercendo evidente função social.³⁴⁷

A política é complementada por ações do governo central e pela legislação, que estabeleceram incentivos, linhas de crédito e isenções fiscais para as categorias de produtor extrativista, de economia familiar ou de agronegócio. Ademais, o uso de biocombustíveis gera economia de divisas e vantagem estratégica para o país, em função da redução da dependência da importação de combustíveis fósseis, e, ainda, contribuem com a redução das taxas de emissão de poluentes no ar.

³⁴⁶ A Lei nº 11.097/05 introduziu o biodiesel na matriz energética brasileira e ampliou a competência administrativa da ANP, que passou, desde então, a denominar-se Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

³⁴⁷ “A produção e o uso do biodiesel no Brasil propiciam o desenvolvimento de uma fonte energética sustentável sob os aspectos ambiental, econômico e social e também trazem a perspectiva da redução das importações de óleo diesel. Em 2008, o uso do biodiesel evitou a importação de 1,1 bilhões de litros de diesel de petróleo resultando numa economia de cerca de US\$ 976 milhões, gerando divisas para o País.

Além da diminuição da dependência do diesel importado, o biodiesel traz outros efeitos indiretos de sua produção e uso, como o incremento a economias locais e regionais, tanto na etapa agrícola como na indústria de bens e serviços. Com a ampliação do mercado do biodiesel, milhares de famílias brasileiras serão beneficiadas, principalmente agricultores do semi-árido brasileiro, com o aumento de renda proveniente do cultivo e comercialização das plantas oleaginosas utilizadas na produção do biodiesel. A produção de biodiesel já gerou cerca de 600 mil postos de trabalho no campo, de acordo com dados do Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Outro benefício para a sociedade, resultante da ampliação do uso do biodiesel, é o efeito positivo sobre o meio ambiente, acarretando a diminuição das principais emissões veiculares em comparação ao diesel derivado do petróleo”. Retirado do *site* da ANP: BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <www.anp.gov.br/?id=472>. Acesso em: 27 de jul. de 2010.

O mesmo ocorreu em relação ao álcool etanol, biocombustível implantado na matriz energética do país na década de 70, que até hoje reduz consideravelmente os gastos do país com a importação de petróleo e estimula a indústria de biomassa nacional, o emprego no campo, a tecnologia automobilística nacional (motor a álcool, motor bi-comustível, etc),³⁴⁸ além de contribuir grandemente com a redução de emissão de poluentes, já que os subprodutos da queima do álcool³⁴⁹ são bem menos poluentes que os produzidos pelos combustíveis fósseis.

Percebe-se assim a extrema importância econômica que as políticas públicas relacionadas aos biocombustíveis representam ao país, pois contribuem com a redução do preço final dos combustíveis e minoram o volume das importações, além de proporcionar uma série de outras vantagens de ordem social, industrial, ambiental e estratégica. Outrossim, também acarretam a importante vantagem de não gerar custos elevados aos cofres públicos ou, pelo menos, gerar em proporção extraordinariamente inferior aos custos que seriam necessários caso a opção governamental fosse pela intervenção direta na economia.

Em relação ao setor de energia elétrica, importante papel foi desempenhado pelo órgão regulador respectivo, não obstante a crise de abastecimento ocorrida em 2001 e 2002, que ficou conhecida popularmente como a “crise do apagão”. Na verdade, esta crise ocorreu em função da crônica falta de investimentos e de políticas públicas no setor, quadro que vinha se arrastando há anos, e da incapacidade (inclusive de meios) da ANEEL gerir a magnitude do problema.

Ressalte-se que o setor foi reformulado pelas leis 10.847/04 e 10.848/04, decorrentes das Medidas Provisórias 144/03 e 145/03 (dentre outras), tendo passado o setor elétrico a ser composto pelo Ministério de Minas e Energia, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), pelo Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) e, ainda, pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

³⁴⁸ Lembre-se que o motor bi-combustível, apesar de ser, a rigor, uma invenção americana, foi grandemente desenvolvido graças à indústria automobilística brasileira, a qual já detinha uma formidável experiência na produção de motores a álcool (desde a época do PROALCOOL). A tecnologia bi-combustível já está disseminada em todo o mundo.

³⁴⁹ Gás carbônico e água, a princípio.

Com efeito, mesmo que grande parte das políticas públicas do setor tenha sido adotada no contexto da administração da crise energética, é de se mencionar que no geral, ela contribuiu para a melhoria geral da qualidade do fornecimento de energia elétrica e dos serviços correlacionados. A qualidade pode ser medida por critérios técnicos, a exemplo dos indicadores de continuidade estabelecidos pela ANEEL.³⁵⁰ Em estudos feitos pela própria agência, constatou-se que os indicadores médios de duração e de frequência de interrupções do fornecimento de energia (DEC e FEC) foram reduzidos significativamente,³⁵¹ o que evidencia a melhora na qualidade do serviço.

Destaque-se, ainda, a política de universalização dos serviços de energia elétrica, instituída pela Lei nº 10.438/2002 e alterada pelas Leis nº 10.762/2003 e 10.848/2004. As metas de atendimento às populações rurais e urbanas foram planejadas inicialmente para serem atingidas em 2015, nos termos da legislação e da Resolução ANEEL nº 223/2003. As despesas com os investimentos em universalização foram atribuídas às concessionárias de distribuição de energia, tendo sido criado um fundo específico apenas para financiamento parcial destes custos.

Entretanto, por decisão governamental, optou-se por antecipar as metas para 2008. Para permitir tal façanha, foi concedido auxílio financeiro por parte do poder público, sob a forma de subvenção e financiamento.³⁵² O alcance social desta política é inegável, pois trouxe

³⁵⁰ Os indicadores utilizados pela ANEEL são: DEC (Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora) indica o número de horas em média que um consumidor fica sem energia elétrica durante um período, geralmente mensal; FEC (Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora) indica quantas vezes, em média, houve interrupção na unidade consumidora (residência, comércio, indústria etc); DIC (Duração de Interrupção por Unidade Consumidora) e FIC (Frequência de Interrupção por Unidade Consumidora) indicam por quanto tempo e o número de vezes respectivamente que uma unidade consumidora ficou sem energia elétrica durante um período considerado; DMIC (Duração Máxima de Interrupção por Unidade Consumidora) indicador de tempo máximo de cada interrupção. Os três últimos indicadores, medidos individualmente, bem como as metas de qualidade correspondentes constam obrigatoriamente na fatura de energia elétrica, nos termos da Resolução ANEEL nº 24/2000. Caso os indicadores ultrapassem as metas estabelecidas a concessionária é obrigada a indenizar o usuário por meio de compensação financeira na própria fatura, independentemente da iniciativa do cliente, nos termos da Resolução ANEEL nº 395/2009.

³⁵¹ Conforme o estudo feito pela ANEEL no período de 1996 e 2007, o DEC reduziu-se 38% e o FEC 47%. Disponível em <www.aneel.gov.br>. Acesso em 15 de jun. de 2010; BERNINI, Eduardo José. **O Papel das Agências de Regulação: Agências Reguladoras e o Mito da Esfinge.** Relatório da palestra apresentada em 24 de set. de 2008. São Paulo: Fundação de Desenvolvimento Administrativo do Estado de São Paulo – FUNDAP, 2008. Disponível em <<http://debates.fundap.sp.gov.br>>. Acesso em 15 de jun. de 2010.

³⁵² A política de antecipação das metas foi instituída pelo Decreto nº 4873/2003, sob a denominação *Programa Luz Para Todos* e pela Resolução ANEEL nº 175/2005. Para custear a antecipação das metas, foram destinados recursos federais provenientes da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), na forma de subvenção e da Reserva Global de Reversão (RGR), na forma de financiamento, além de recursos oriundos dos Estados correspondentes e das próprias concessionárias de distribuição de energia elétrica.

o conforto proporcionado pela energia elétrica para uma grande parcela da população rural que ainda não tinha acesso a este serviço básico.

Noutra quadra, citamos no campo da indústria farmacêutica as políticas públicas relacionadas à regulamentação do medicamento genérico, iniciadas pela Lei nº 9.787/99 e normatizadas pela Resolução-RDC nº 10/2001, da ANVISA. Trata-se de um projeto bem sucedido na área da saúde pública que teve o mérito de reduzir os preços dos medicamentos (inclusive os de referência) e estimular a concorrência no setor farmacêutico, o que gerou grandes benefícios para a coletividade. A confiabilidade e a segurança, bem como o atendimento aos parâmetros farmacológicos e técnicos dos medicamentos genéricos (a exemplo da bioequivalência e a da biodisponibilidade)³⁵³ são exigidos pela ANVISA, quando da realização dos testes para fins de registro. Ademais, tais parâmetros são passíveis de verificação periódica por meio da fiscalização sanitária da Agência, a fim de se garantir a observância dos padrões esperados.

Os exemplos relatados, apesar de se resumirem a uma pequena parcela da atuação das agências, já são suficientes para ilustrar como estes órgãos reguladores participam ativamente do processo de implementação de políticas públicas nos mais variados setores da economia. Esta atuação, inclusive, é bem variada podendo se expressar em atos normativos, executivos (licitações, outorgas, contratos), fiscalizatórios, etc, sendo certo que todos estão inseridos no contexto da função regulatória exercida pelas agências.

Ressalte-se, ainda, que uma faceta interessante deste moderno poder regulatório é justamente a possibilidade das políticas serem idealizadas de modo a transferirem para os delegatários a responsabilidade pela sua execução e os custos a elas inerentes, as quais podem ser repassadas de forma diluída aos consumidores.

Assim, para o poder público, obtém-se a vantagem de ser possível a implantação de políticas de amplo alcance social e com baixos custos para o erário. A depender do porte da empreitada, poderá o Poder Público patrocinar total ou parcialmente tais investimentos, por meio de incentivos fiscais, financiamentos, subsídios ou outras formas de participação financeira. Como visto acima, estas formas de subsídios foram previstas para as políticas de

³⁵³ Ressalte-se que são exigidas para os medicamentos genéricos as mesmas características de bioequivalência, biodisponibilidade, etc., dos medicamentos de referência. Assim, o consumidor pode adquirir o medicamento genérico tendo a garantia de que o mesmo terá a mesma eficácia do remédio de referência. A mesma eficácia não é garantida, entretanto, para os medicamentos similares, os quais, apesar de usar o mesmo princípio ativo, podem apresentar parâmetros e eficácia diversos.

universalização dos serviços de telecomunicações e de fornecimento de energia elétrica, em função dos pesados custos inerentes à implantação da infra-estrutura necessária para tal, os quais dificilmente poderiam ser diluídos para os consumidores sem onerá-los excessivamente.

Lembre-se, ainda, que existem vantagens para a adoção do modelo regulatório para a execução de políticas públicas, pois certamente estas políticas poderiam ser desempenhadas pela iniciativa privada, por meio de processos produtivos mais eficientes e econômicos, ao contrário do que se poderia esperar se estas atividades fossem desenvolvidas diretamente pelo poder público, por meio da intervenção direta na economia (a exemplo das empresas públicas).

Um exemplo prático de política realizada com baixo custo para o poder público é o projeto *Banda Larga nas Escolas* do Governo Federal, iniciado em 2008. A meta estabelecida para o programa foi a implantação de acessos de banda larga à internet para todas as escolas públicas com mais de 50 alunos do país, notadamente as que foram beneficiadas com a implantação de laboratórios de informática em função do Programa Nacional de Informática na Educação (PROINFO), do Ministério da Educação. Ao todo, estima-se que mais de 64 mil escolas serão beneficiadas pelo projeto até dezembro de 2010.

Caso este programa fosse realizado diretamente pelo Poder Público, certamente seriam necessários pesados investimentos para a construção de uma extensa rede de telecomunicações, capaz de atender a todo o país. Tal solução certamente seria economicamente inviável, além de ir de encontro com a atual tendência desestatizante, própria do estado regulador. Por outro lado, caso o programa fosse realizado por meio da contratação de empresas delegatárias de serviços de telecomunicações, os custos certamente seriam incrivelmente menores, entretanto ainda assim seriam muito elevados, pois boa parte das escolas alvo do programa se encontra em zona rural ou em municípios pobres, mal atendidos pelas redes já instaladas, o que demandaria custos iniciais de grande porte.

A opção adotada, entretanto, foi bem mais vantajosa para o Poder Público. Estabeleceu-se, por meio de políticas públicas refletidas em políticas regulatórias, que o ônus da instalação dos acessos nas escolas deveria recair sobre as próprias concessionárias. Elas foram, então, obrigadas a implantar os acessos conforme um cronograma pré-estabelecido e a

prestar o serviço até 2025. Todos os custos foram atribuídos às concessionárias e diluídos, portanto, nas tarifas aplicadas aos consumidores.³⁵⁴

O exemplo acima mostra como políticas públicas de largo alcance social podem ser engenhosamente implantadas mediante a participação de setores regulados da economia. A depender da política, pode haver a possibilidade do Poder Público atribuir os encargos e até mesmo os próprios custos da meta planejada aos delegatários de serviços públicos. A atuação dos órgãos reguladores funciona, muitas vezes como um intermediário entre o Executivo Central e os agentes econômicos, responsáveis últimos pela execução das políticas.

Ressalte-se que a atuação das agências pode se mostrar extremamente relevante. No exemplo citado, a implantação da infra-estrutura necessária só foi possível mediante o estabelecimento de obrigações na regulação. Ademais, a atuação técnica e criteriosa do órgão regulador é fundamental para evitar que os ônus impostos às delegatárias acabem se tornando fatores de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão ou termos de autorização, uma vez que estes custos poderiam ser interpretados como verdadeira forma de tributação indireta do poder público.

A situação de desequilíbrio da equação econômico-financeira poderia acarretar no questionamento judicial das obrigações estabelecidas, caso as mesmas não estivessem previstas originalmente no contrato de concessão ou termo de autorização, havendo a possibilidade da suspensão da própria execução da política, o que seria politicamente desinteressante para o governante.³⁵⁵

Assim, através dos exemplos transcritos, os quais representam apenas uma parcela dentro do universo de políticas implementadas pelas agências reguladoras, pode-se observar a real possibilidade de implementação de políticas econômicas e sociais voltadas às necessidades nacionais, sem que sejam necessárias intervenções diretas por parte do Estado. Neste ínterim, desponta-se como fundamental a atuação coordenada do legislador, do Poder

³⁵⁴ O programa é resultado de uma alteração no Plano Geral de Metas para a Universalização (Decreto nº 4.769/03). A alteração foi introduzida pelo Decreto 6.424/08, que substituiu as metas de construção de postos de atendimento pelas concessionárias por metas de *implementação de infra-estrutura de rede de suporte para conexão em banda larga (backhaul)* para atender a todos os municípios do país até 2010 e possibilitar a disponibilização dos serviços de banda larga para as escolas, além da sua comercialização para os demais usuários da prestadora. Parte dos custos não amortizáveis poderão ser subsidiados, a longo prazo, por meio de recursos do FUST, nos termos dos Decretos mencionados.

³⁵⁵ No exemplo mencionado, o reequilíbrio econômico-financeiro foi mantido, pois houve a substituição das metas de construção de postos de atendimento pelas metas de instalação da infra-estrutura de suporte ao acesso à internet.

Executivo central e das agências reguladoras na elaboração e implementação de tais políticas, de modo a se alcançar, da melhor forma possível, os objetivos sociais planejados.

Deve-se destacar, desse modo, o papel essencial das agências reguladoras na implementação das políticas necessárias ao desenvolvimento social, considerando-se a atual conjuntura do país. Resta claro que as agências tornaram-se importantíssimas ferramentas para este desiderato, pois possibilitam ao Estado Regulador a intervenção necessária sem a necessidade de grandes dispêndios financeiros, tal como se procurou demonstrar ao longo desta pesquisa.

5 CONCLUSÕES

O atual panorama de regulação do Estado sobre atividades privadas é fruto de uma evolução que trouxe para o contexto administrativo algumas características eminentemente neoliberais.

O Estado liberal, fruto da Revolução Francesa, predominou nos primórdios do constitucionalismo, porém cedeu espaço ao Estado Intervencionista observado principalmente após grandes crises do capitalismo ocorridas no século XX (Quebra da Bolsa de Nova York, em 1929 e guerras mundiais, etc.).

Com o endividamento posterior do Poder Público, e ante a manifesta ineficiência estatal frente aos reclames da dinâmica econômica, o Estado acabou transferindo à iniciativa privada a prerrogativa de exercer atividades econômicas de interesse coletivo, passando à condição de mero regulador.

Essa função reguladora, inicialmente exercida pelo próprio Poder Público central e pelo Legislativo, passou a ser desempenhada por autarquias especiais concebidas especificamente para esse fim – as agências reguladoras. É que o modelo regulatório implicou em um aumento progressivo da demanda legiferante, o que mostrou desinteressante e ineficiente o modelo anterior, em função dos problemas de ordem burocrática e técnica de que padece o Legislativo.

Com a criação das agências, e em face do exercício da competência normativa, a doutrina preconizou que tal fenômeno seria uma releitura do princípio da separação dos poderes, decorrente da evolução sócio-política da sociedade brasileira no contexto do estado neoliberal e regulador.

O poder normativo das agências reguladoras é compatível com o ordenamento pátrio, notadamente com a Constituição Federal, podendo as Agências expedir atos normativos regulatórios desde que observados os estreitos limites de sua competência de atuação, não podendo, inclusive, suplantarem ou contrariarem os atos normativos primários – leis e constituição.

Uma vez detectada a inobservância às leis ou ao Texto Maior, o Poder Judiciário tem ampla possibilidade de rever o ato regulatório, sendo possível, segundo parte da doutrina, a ampla invasão do mérito do ato, a fim de se preservar a normatividade da Constituição e a própria manutenção da legitimidade do modelo regulatório.

O poder normativo das Agências, se bem utilizado, é uma excelente ferramenta de implementação de políticas públicas específicas para as áreas de atuação de cada agência, pois permite que o Poder Público direcione os investimentos do setor regulado de acordo com as políticas de estado e políticas de governo vigentes.

Ademais, o órgão regulador possui muitas ferramentas para obrigar a realização de investimentos ou a obtenção de determinadas metas institucionais, a exemplo da meta de universalização da telefonia fixa, estabelecida em 1997, época da privatização das empresas de telecomunicações.

A idéia central da implementação de políticas públicas por meio da atividade regulatória é transferir, total ou parcialmente, a responsabilidade e os custos com a implementação de dada política pública para os próprios delegatários de serviços públicos, os quais estariam obrigados a cumpri-las, nos termos da regulação a qual são submetidos.

Some-se a isto o fato de que a transferência da execução de tais políticas acaba desonerando o Estado, pois os pesados custos com investimentos em infra-estrutura são transferidos, total ou parcialmente para os delegatários, os quais repassam tais custos, de forma diluída, para os usuários finais dos serviços públicos, não afetando, assim, o orçamento público.

Ademais, dependendo da política idealizada, poderá haver participação financeira do poder público, por meio de subvenção, subsídios ou financiamentos, utilizando-se recursos próprios ou oriundos de fundos setoriais. Tal participação poderá ocorrer caso não seja conveniente repassar os custos das políticas diretamente aos usuários.

A utilização da competência normativa das agências para a implementação de políticas públicas vem a se somar com a prerrogativa que tem o Estado de fazê-lo diretamente. Esse procedimento coaduna-se com as mais modernas diretrizes estatais, que buscam dar efetividade aos fins aos quais o Estado se presta.

Essas políticas implementadas por meio dos atos regulatórios devem ser congruentes com a política de governo traçada pelo Poder Executivo, já que, como ressaltado, o conjunto de políticas públicas estatais necessita estar alinhado com o plano geral, plano este que vincula a atuação de todas as esferas do executivo à sua persecução.

Daí se infere o papel do planejamento estatal e das políticas públicas como condicionantes da atuação das agências reguladoras na implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, observa-se a possibilidade de controle dos atos das agências reguladoras, que, apesar de fazerem jus a diversas prerrogativas, não estão imunes a averiguação da conformidade dos seus atos com as determinações legais e constitucionais.

Esse controle deve ser feito inicialmente pelas próprias agências, dando-se primazia ao controle interno. Ou seja, importa ter em mente que as agências reguladoras devem ser responsáveis pelo controle de legalidade dos seus próprios atos.

Não sendo suficientes os meios de controle interno, deverá o Poder Público utilizar-se dos demais meios disponíveis para proceder ao devido controle dos atos regulatórios, não podendo se furtar ao poder-dever de, uma vez criadas entidades regulatórias, exercer certo controle sobre a sua atuação, de modo a evitar a ocorrência de excessos e deformações no funcionamento destes órgãos.

Além disso, há a possibilidade de controle das agências exercido pelo Congresso Nacional, que tem competência constitucional de fiscalizar o Poder Executivo e seus órgãos.

Por fim, é uníssono o entendimento de que é possível ao Judiciário exercer forte controle quanto ao aspecto da constitucionalidade e legalidade dos atos das agências (exame de juridicidade). Há autores quem entendem que o exame pericial pode permitir ao magistrado intervir até mesmo no próprio mérito da atividade regulatória, ultrapassando, assim, a barreira técnica comumente imposta ao controle exercido pelo judiciário.

Conclui-se, assim, pela constitucionalidade da competência normativa das agências reguladoras, as quais podem funcionar como eficiente instrumento para a implementação de políticas públicas. Esta atuação, com efeito, deve estar de acordo com as balizas legais e orientações emanadas pelo governo central, havendo mecanismos de controle para o caso de inobservância dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Sobre políticas de governo e políticas de Estado: distinções necessárias. **Via Política**. Brasília, ano 13, 11 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. 4. reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. 2004.

_____. **Agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril-maio, 2002.

_____. O Poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n. 148, out. a dez. de 2000, p. 292. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>>. Acesso em: 30 de julho de 2010.

_____. (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Regulamento e Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Público**. n. 96, out. a dez. 1990.

BARCELOS, Cristina. **O poder normativo das agências reguladoras no direito norte-americano e no direito brasileiro: um estudo comparado**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. n. 229, p. 285-311, Jul./Set. 2002.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2003.

BERNINI, Eduardo José. **O Papel das Agências de Regulação: Agências Reguladoras e o Mito da Esfinge**. Relatório da palestra apresentada em 24 de set. de 2008. São Paulo: Fundação de Desenvolvimento Administrativo do Estado de São Paulo (FUNDAP), 2008. Disponível em <<http://debates.fundap.sp.gov.br>>. Acesso em 15 de jun. de 2010.

BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2ª reimpressão. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU nº AC-51**, de 12 de junho de 2006. Publicado no Diário Oficial da União em 19 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>>. Acesso em: 20 de jul. de 2010.

_____. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU nº GM-20**, de 5 de abril de 2001. Publicado no Diário Oficial da União em 25 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>>. Acesso em: 20 de ago. de 2010.

_____. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. Brasília: ENAP, 1998.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Humberto Alves de. O decreto autônomo e as competências das agências reguladoras. L & C: **Revista de Administração Pública e Política**, Brasília, v. 10, n. 105, p. 4-7, mar. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado Regulador e Controle Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 35, nº 138, abril a junho de 1998.

_____. **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 466.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, ano III, n. 25, agosto, Curitiba: Zênite, 2003.

_____. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, ano III, n. 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004.

_____. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

CRUZ, Verônica Paulino da. **Agências Reguladoras: Entre Mudanças Institucionais e Legados Políticos**. 2007. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

_____. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: RT, n. 229, p. 157, jul/set. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Carta**: Falas, reflexões, memórias. Informe de distribuição restrita do Senador Darcy Ribeiro. n. 1, ano 1991. Brasília: Gabinete do Senador Darcy Ribeiro, 1993. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/97>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras**. In Fórum Administrativo, Belo Horizonte. n. 3. p. 253-257, maio 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento revisitado. **Economia e Sociedade**, v. 1, p. 5-19, ago. 1992.

GODOI JUNIOR, José Vicente. **Agências reguladoras: características, atividades e Força normativa**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília. Marília, 2008.

GONÇALVES, Fernando José. **As autoridades regulatórias brasileiras e seus relacionamentos com as demais entidades do poder público**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O Controle da regulação: limites do controle do Tribunal de Contas aos atos de agências reguladoras. **Interesse Público**: revista bimestral de direito público, Belo Horizonte, v. 9, n. 43, p. 199-235, maio/jun. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 13 de nov. de 2008.

GUERRA, Evandro Martins. **Agências reguladoras e poder normativo**. Jam Jurídica, Salvador, v. 12, n. 10, p. 7-25, out. 2007.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____ (coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 75-76.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Vols. I e II. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética, 2002.

KARAN, Fabiana Silveira. **As Agências Reguladoras no cenário brasileiro: Os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2008.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das Agências Reguladoras: A participação-cidadã como limite à sua autonomia**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

LENNERTZ, Marcelo Rangel. **Agências Reguladoras e Democracia no Brasil: entre Facticidade e Validade**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

LILLEY, Floy. **As lições da Nova Zelândia: como reduzir drasticamente o estado e prosperar**. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 27 maio 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=692>>. Acesso em 07 ago. 2010.

LIMA, Liana Issa. **Conflito Positivo de Competências entre CADE e BACEN**. Associação Arcos. [s.d.] Disponível em <<http://www.arcos.org.br/artigos/conflito-positivo-de-competencias-entre-cade-e-bacen>>. Acesso em: 15 de ago. de 2010.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. A Competência normativa das agências reguladoras e o poder regulamentar dos chefes do poder executivo. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 1, n. 14, p. 616-608, jul. 2007.

MARCHIORI, Bárbara. **Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras na Formulação de Políticas Públicas**. 2009. Monografia. Contemplada com o IV PRÊMIO SEAE – 2009.

Brasília: SEAE, 2009, p. 31-32. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado. In III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos**, 2003, Gramado. Anais..., São Paulo: ABAR, 2003.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Editora Singular, 2006.

_____. (coord.). **Regulação econômica e democracia: O debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agência reguladora e o direito brasileiro**. São Paulo: atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Obrigatoriedade de Motivação, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos. In **Revista de interesse Público**, São Paulo: Notadez, ano 2, n. 08, out. / dez. 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

NUNES, Edson de Oliveira. **Agências Reguladoras e a Reforma do Estado no Brasil – Inovação e Continuidade no Sistema Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Garramond, 2007.

OLIVEIRA, Fernando Faria de. **Análise Institucional do Sistema Regulatório Brasileiro**. 2007. Monografia. Contemplada com o II prêmio SEAE – 2007. Brasília: SEAE, 2007, p 7. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. **Regulação e Defesa da Concorrência: Bases Conceituais e Aplicações do Sistema de Competências Compartilhadas**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 38. Disponível em: <<http://eaesp.fgvsp.br/pt/node/485>>. Acesso em: 7 ago. 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Relationship between Regulators and Competition Authorities. Comitée on Competition Law and Policy of OECD. 04 jun. 1998. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5. ed., São Paulo: Método, 2010.

SALGADO, Lúcia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional**. Texto para Discussão nº 941, IPEA. Rio de Janeiro, Março de 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2010

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Alexandre Vitorino. Agências regulatórias e o seu poder regulamentar em face do princípio da legalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3674>>. Acesso em: 13.11.2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 58, p. 220-234, jan./mar. 2007.

_____. **Controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras.** II Ciclo de Palestras da ASSETANS. 2009. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/Institucional/Aspar/AgenciasReguladoras/MarcosJuruenas-ControleJudicialDosAtosNormativos.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

_____. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações.** 3. ed. Rio de Janeiro, 2000.

_____. **Direito Administrativo Regulatório.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. **Controle Jurisdicional dos Atos Regulatórios.** 2008. Dissertação (MBA em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2008.

VASCONCELOS, J. **Democracia Pura:** História e atualidade, reforma política, teoria e prática sobre governo sem políticos profissionais. São Paulo: Nobel, 2007.

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](#)