

---

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CIDADÃO, A UNIÃO E A JURISDIÇÃO: OS CONTROLES SOCIAL,  
MINISTERIAL E JURISDICCIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Américo Ribeiro Magro

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CIDADÃO, A UNIÃO E A JURISDIÇÃO: OS CONTROLES SOCIAL,  
MINISTERIAL E JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Américo Ribeiro Magro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP  
2012

# **O CIDADÃO, A UNIÃO E A JURISDIÇÃO: OS CONTROLES SOCIAL, MINISTERIAL E JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Monografia apresentada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em direito.

---

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

---

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

---

JEFFERSON FERNANDES NEGRI

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2012.

“Se a face dos homens, o sofrimento de nossas almas, o abuso dos tempos, se estes são motivos fracos, separemo-nos já, e volte cada qual para o seu leito fofo; deixemos, pois, reinar a tirania déspota, até que, cada um, tombe ao sabor da sorte. Mas se, porém, como estou certo, estas razões têm sobejo ardor para inflamar cobardes, e endurecer as brandas almas femininas, então, compatriotas, de que outro acicate, além da nossa própria causa, necessitamos nós, para fazer justiça?”

(William Shakespeare, Júlio César)

Dedico este trabalho a meus pais, Jefferson e Lindinalva, a quem muito pedi, mas que me deram muito mais.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente a Deus, mestre insubstituível, amigo leal, Pai misericordioso, que apesar das iniquidades da alma humana, me abençoa muito além do que mereço.

A meus pais, Jefferson e Lindinalva, a quem devo minhas realizações, porque sei que elas também lhes pertencem.

A meus avós, Alzira e Livino, que me ensinaram que o esforço do bom trabalho e a gratuita honestidade valem mais que qualquer fortuna.

A meu orientador, Rodrigo Lemos Arteiro, pela paciência e compreensão do mestre que ensina por vocação.

Ao Professor Sérgio Tibiriçá Amaral, pelas muitas oportunidades oferecidas e pelas primeiras e valorosas orientações.

Ao Professor Jefferson Fernandes Negri, com quem tive o prazer de trabalhar e a quem credito minha formação profissional.

Aos meus amigos e a todos aqueles que nestes quase cinco anos fizeram parte da minha vida e cuja importância é grande demais para ser reduzida neste espaço.

Ao povo brasileiro, espírito da República, em cuja vontade soberana deve repousar os desígnios de nosso governo.

À esperança de dias mais claros.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de controle da atividade normativa das agências reguladoras através da intervenção jurisdicional, social e ministerial. Para tanto, cuidou-se de traçar, preliminarmente, um panorama histórico da evolução do Estado, desde as matrizes liberais, oitocentristas, passando pelo *Welfare State* ou Estado Providencilista para desaguar, ao final, no modelo regulador de Estado, atualmente vigente na ordem jurídica pátria, embora ainda em desenvolvimento. Em todas estas etapas, foram analisadas as principais correntes econômicas do período, bem como as repercussões e eventos políticos mais relevantes que culminaram no desenvolvimento de cada modalidade de Administração. Em seguida, foi analisada, em específico, a regulação, notadamente como função compósita do novo modelo de Estado, nascido após as reformas administrativas e os processos de desestatização empreendidos em nosso país na década de 1990. Nesse capítulo, forma debatidos, de forma sucinta, os principais aspectos e caracteres da teoria da regulação, notadamente seu viés normativo. Após, o trabalho centrou-se na análise das agências reguladoras propriamente ditas, quando foi traçado, inicialmente, breve panorama histórico das origens do instituto em suas matrizes norte-americana e francesa, tendo detalhado, em cada um dos modelos, a lógica de funcionamento, as principais entidades e os caracteres mais essenciais. Em seguida, foi analisada a conjuntura das agências reguladoras no Brasil, quando detalhou a natureza, o regime jurídico e as atribuições dessas entidades, bem como os órgãos reguladores atualmente existentes no país, em nível federal e estadual. Após, tratou do poder normativo exercido pelas agências reguladoras, sua exteorização, modo de exercício e limitações. Em continuação, debateu, brevemente, sobre a possibilidade e necessidade de controle da Administração Pública, notadamente a indireta, elencando, de forma simples, os principais tipos e espécies de controle da atividade administrativa. Finalmente, o estudo analisou os controles jurisdicional, social e ministerial, tendo destacado, em cada uma destas espécies, as principais características, as limitações, a legitimidade, relevância e repercussões em relação às atribuições das agências reguladoras independentes.

**Palavras-chave:** Estado regulador; Regulação; Agências Reguladoras; Função Regulatória; Poder Normativo; Controle Jurisdicional; Controle Social; Controle Ministerial.

## ABSTRACT

This present research explores the possibility of controlling the activity of regulatory rules through judicial, social and ministerial intervention. Therefore, cared to draw up, preliminary, a historical overview of the evolution of the state, since the liberal matrices liberal, passing through the so called Welfare State to recede, in the end, in the regulatory model of regulator state, currently adopted in Brazil, although still under development. In all these steps, we analyzed the main economic currents of the period, and the impact and political events that carried on the development of each mode of State. Then, we examined, particular, regulation, notably as a composite function of the new state model, born after the administrative reforms and privatization processes undertaken in our country in the 1990s. In this chapter we discussed, succinctly, the main characters and aspects of the regulation theory, notably its normative bias. After that, the paper has focused on the analysis of the regulatory agencies themselves, drawing, initially, a brief historical overview of the origins of the institute in its North American and French sources, detailing, in each model, the operating logic, the main entities and the most essential characters. Then we analyzed the situation of regulatory agencies in Brazil, the detailed nature, system and assignments of these entities, as well as the regulators currently existing in the country, in federal and state levels. After that, this study dealt with the legislative power exercised by regulatory agencies, their expression, exercise mode and limitations. In continuation, we discussed, briefly, the possibility and need for control of the public administration, notably the indirect one, listing, in a simply way, the main types of species of administrative activity control. Finally, the study examined the judicial, social and ministerial controls, debating the aspects of each of these species, its main characteristics, limitations, legitimacy, relevance and potential impact on the role of the independent regulatory agencies.

**Keywords:** Regulator State; Regulation; Regulation Agencies; Regulatory Function; Normative Power; Jurisdictional Control; Social Control; Ministerial Control.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANA – Agência Nacional de Águas

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional de Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde

ANTAQ – Agência Nacional Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

APA – *Administrative Procedure Act*

CAB – *Civil Aeronautics Board*

CADA – *Commission d'Accès aux Documents Administratifs*

CMN – Conselho Monetário Nacional

CNIL – *Comission Nationale de l'Informatique et dès Libertés*

CNIL – *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*

COB – *Commission des Opérations de Bourse*

CRA – *Congressional Review Act*

CSA – *Conseil Supérieur de l'Audio-visuel*

CSC – *Commission de la sécurité des consommateurs*

CVM – *Comissão de Valores Mobiliários*

EC – *Emenda Constitucional*

FCC – *Federal Communications Commission*

FMC – *Federal Maritime Commission*

FTC – *Federal Trade Commission*

FTC – *Federal Trade Commission*

IAA – *Instituto do Alcool e do Açúcar*

IBC – *Instituto Brasileiro do Café*

ICC – *Interstate Commercial Commission*

IRS – *Internal Revenue Service*

NIRA – *National Industrial Recovery Act*

OMB – *Office of Budget and Management*

OPCVM – *Conseil de Discipline des Organismes de Placement Collection en Valeurs Mobilières*

PND – *Plano Nacional de Desestatização*

REsp – *Recurso Especial*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>15</b>
<b>2 ESTADO LIBERAL, ESTADO PROVIDÊNCIA E ESTADO REGULADOR: A MÃO INVISÍVEL DO MERCADO, A MÃO PESADA DO ESTADO E O APERTO DE MÃOS</b>	<b>19</b>
2.1 Estado Liberal (ou Mínimo): A mão invisível do mercado	22
2.1.1 Antecedentes e formação histórica	23
2.1.2 Contratualismo e liberalismo: Estado x indivíduo	27
2.1.3 Liberalismo(s): Pluralidade de conceitos	29
2.1.4 Liberalismo econômico: intervenção mínima, autonomia máxima	31
2.1.5 A “transformação” do Estado Liberal: O Estado liberal mínimo dá lugar ao Estado liberal interventor	35
2.2 Estado Providência (ou de Bem-Estar Social): A mão pesada do Estado	40
2.2.1 A crise do Estado Social: Excessiva onerosidade e insuficiência econômica	42
2.3 Estado Regulador: O aperto de mãos entre o absenteísmo e o intervencionismo econômico	44
2.3.1 Intervenção direta x intervenção indireta	45
2.3.2 Plano Nacional de Desestatização: A ascensão do Estado Regulador brasileiro	47
<b>3 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO</b>	<b>52</b>
3.1 Origem do termo e aparentes conotações: <i>regulation</i> e <i>regulator</i>	54
3.2 Regulação e Regulamentação: uma diferenciação necessária	56
3.4 A regulação como função compósita do Estado (Regulador)	61
3.5 “Poder regulatório” e poder de polícia: adequação de conceitos tradicionais ao (“novo”) contexto socialdemocrático	64
3.6 A natureza normativa da função regulatória	69
<b>4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS (INDEPENDENTES)</b>	<b>72</b>

4.1 Matrizes internacionais das agências reguladoras: <i>regulation agencies e autorités administratives indépendentes</i> _____	74
4.1.1 O modelo norte-americano de agências (reguladoras): <i>Regulatory Agencies, Administrative Agencies e Regulatory Comissions</i> _____	75
4.1.1.1 As fases de implementação e a evolução histórica das agências reguladoras norte-americanas _____	76
4.1.1.2 Classificação das agências (“reguladoras”) norte-americanas segundo Marçal Justen Filho _____	84
4.1.2 O modelo francês de agências (reguladoras): <i>les Autorités Administratives Indépéndentes</i> _____	87
4.1.2.1 Classificação das autoridades administrativas independentes segundo Alexandre Santos de Aragão _____	92
4.1.3 As Agências Reguladoras no Brasil: o modelo regulatório independente	94
4.1.3.1 Os precedentes nacionais das agências reguladoras e a reforma do Estado brasileiro _____	95
4.1.4 A competência das agências reguladoras para a regulação setorial: precedentes do Superior Tribunal de Justiça _____	102
4.1.5 A natureza e o regime jurídico das agências reguladoras (independentes) _____	107
4.1.5.1 A natureza autárquica das agências reguladoras _____	107
4.1.5.1.1 Agências reguladoras x agências executivas _____	113
4.1.5.2 O regime especial das agências reguladoras _____	116
4.1.5.2.1 Poder normativo técnico _____	117
4.1.5.2.2 Autonomia econômico-financeira e as taxas regulatórias _____	118
4.1.5.2.3 “Autonomia” político-administrativa _____	120
4.6 As agências reguladoras em espécie _____	123
4.6.1 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) _____	125
4.6.2 Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) _____	128
4.6.3 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) _____	130
4.6.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) _____	133
4.6.5 Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) _____	136
4.6.6 Agência Nacional de Águas (ANA) _____	140
4.6.7 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) _____	142

4.6.8 Agência Nacional de Cinema (ANCINE) _____	145
4.6.9 Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) _____	148
4.6.10 As agências reguladoras estaduais e municipais _____	151

## **5 O PODER NORMATIVO (TÉCNICO) DAS AGÊNCIAS**

### **REGULADORAS \_\_\_\_\_ 154**

5.1 Precedentes históricos do poder normativo regulamentar: o <i>rulemaking</i> das agências norte-americanas e a jurisprudência da Suprema Corte _____	154
5.2 O princípio da legalidade e o poder normativo (regulatório): novas perspectivas _____	160
5.3 O objeto e os limites do poder normativo das agências reguladoras: <i>standards</i> e conceitos jurídicos indeterminados _____	163
5.4 A problemática do poder regulamentar das agências e das diversas espécies de regulamentos _____	169

## **6 CONTROLES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS OU “QUIS**

### **CUSTODIET IPSOS CUSTODES?” \_\_\_\_\_ 177**

6.1 Controle da Administração: vigiando os vigilantes _____	177
6.2 As espécies de controle da Administração Pública segundo Hely Lopes Meirelles _____	179

## **7 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA**

### **DAS AGÊNCIAS REGULADORAS \_\_\_\_\_ 183**

7.1 A revisão judicial dos atos das agências na jurisprudência norte-americana: precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos _____	183
7.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição e a inexistência de instância administrativa de curso forçado para revisão dos atos administrativos _____	189
7.3 A impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos das agências reguladoras: precedentes do Supremo Tribunal Federal _____	193
7.4 O controle jurisdicional dos atos normativos e a questão da discricionariedade (técnica) das agências reguladoras _____	195

7.4.1 A discricionariedade dos entes administrativos e a suposta “discricionariedade técnica” das agências reguladoras _____	196
7.4.2 A revisão judicial dos atos normativos (discricionários): controle de legalidade e conformação _____	198

## **8 O CONTROLE SOCIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O OMBUDSMAN \_\_\_\_\_ 203**

8.1 Controle das agências reguladoras: controle político x controle hierárquico _____	203
8.2 Controle social da Administração Pública: participação popular na promoção do bem comum _____	207
8.3 Ombudsman: ouvidor do administrado e instrumento de controle social das agências reguladoras _____	210
8.4 O controle social das agências reguladoras como relação de <i>status activus</i> entre o cidadão e o Estado _____	219
8.5 Considerações finais _____	223

## **9 O “CONTROLE MINISTERIAL” DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS \_\_\_\_\_ 225**

9.1 O Parecer AGU nº AC – 051: origem da discussão _____	225
9.2 Em prol da preservação da autonomia das agências reguladoras _____	227

## **10 CONCLUSÃO \_\_\_\_\_ 230**

## **11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS \_\_\_\_\_ 234**



# 1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras (independentes) são pessoas jurídicas de direito público interno, a rigor manifestadas sob a forma de autarquias especiais, cuja autoridade e finalidade imanam do Poder Executivo. Constituem entes da administração indireta, instituídas por lei específica e que possuem regime especial.

Sua própria razão de existir decorre da necessidade de regulação e fiscalização de determinados setores da economia, ditos de interesse coletivo – necessidade esta exurgida da adoção do modelo de Estado Regulador, que, rompendo com o padrões liberal (de postura negativa) e providencialista (excessivamente positivo), passou a adotar uma postura mais intervencionista na administração dos interesses da comunidade política. Com o modelo regulatório, passa o Estado a disciplinar os mercados que ele mesmo originou, adotando uma postura intermediária entre o prejudicial absentismo e o excessivo, demasiado oneroso, providencialismo.

Exercentes da administração indireta, as agências reguladoras (independentes) guardam certa autonomia (em virtude de sua própria natureza e regime jurídico, bem como pela instituição *ex lege*), o que lhes preserva a teórica regularidade e abnegação no exercício de sua atividade regulatória, isentas estariam de ingerências das potências políticas, notadamente do Poder Executivo de coalizão (de ímpetos narcisistas, ao invés de ulissianos).

Sendo assim, às agências reguladoras é concedida real competência normativa, que se manifesta através da edição, no exercício de sua atribuição, de atos normativos abstratos e concretos, necessários ao exercício de sua atividade regulatória.

Apesar do conteúdo normativo, tal atividade normativa, em virtude de sua origem, têm natureza administrativa, sendo possível, por conseguinte, seu questionamento em sede jurisdicional, a par da possibilidade de revisão dos atos administrativos. Apesar desta “característica de norma”, os atos praticados/produzidos pelas agências reguladoras não se confundem com produção legiferante, razão pela qual podem a eles ser aplicados, *mutatis mutandis*, todos os

princípios gerais de controle jurisdicional, (num primeiro momento), social e, se assim admitido, ministerial.

Deveras, apesar da existência de um âmbito de discricionariedade administrativa na prática dos atos das agências reguladoras, este não afasta sua natureza constitucional, sejam seus efeitos abstratos ou concretos; o que faz por legitimar a investigação (e possibilidade de revisão) pelo Poder Judiciário, bem como pelo cidadão-administrado, cuja participação na administração pública (direta e indireta) também é assegurada em plano constitucional (art. 37, § 1º, CF).

Assim, embora, a princípio, o controle jurisdicional não possa invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade, o respeito a este mesmo núcleo também não pode significar a impossibilidade de questionamento e exame, sob pena de manifesta violação à lógica do Estado Democrático e à harmonia entre os Poderes.

Destarte, este presente trabalho intentou demonstrar a possibilidade de controle e revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos normativos das agências reguladoras, levando-se em consideração os limites da noção de discricionariedade administrativa, da natureza dos atos administrativos e normativos e dos primados de legalidade constitucional e inafastabilidade da jurisdição.

Além disso, buscou-se também analisar a viabilidade do controle social da atividade normativa das agências reguladoras, através da participação do cidadão-administrado nos procedimentos decisórios destas entidades autárquicas, notadamente por meio das ouvidorias legalmente instituídas em sua estrutura – o que atende ao comando constitucional contido no art. 37, § 1º, da Lei Maior. Nesse quesito, a pesquisa tratou de focar a necessidade de legitimação da atividade regulatória, o que se pode ser alcançado, nas atuais circunstâncias do Estado Democrático, através da participação cidadã, formando, tal como define Georg Jellinek, o “consenso Estatal”.

Por fim, o presente trabalho também debateu sobre a possibilidade e eventuais consequências de um controle ministerial exercido sobre as agências reguladoras (e sua atividade normativa), mormente após a edição do Parecer AC-51, da Advocacia Geral da União. Sobre esta forma de controle, admitindo sua validade, tratou esta pesquisa de analisar sua viabilidade em relação a autonomia das

agências (decorrente de seu regime especial) e se tal pode significar uma conforme de controle político ou, maleficamente, um meio de frustrar a abnegação e independência que, *in thesi*, devem nortear a atividade regulatória, de interesse de um Estado potencialmente populista.

Para os fins acima arrolados, este trabalho expôs a evolução histórico-econômica do Estado, do modelo liberal, de postura negativa, ao modelo regulador, de atuação intervencionista.

Após, buscou-se tecer breves, porém essenciais, considerações sobre a função regulatória (compósita) do Estado, seu contexto de delegação e acepção normativa, deslegalização, relação com o poder de polícia e acepção jurídica.

Em seguida, esta pesquisa tratou de demonstrar a origem e o desenvolvimento das agências reguladoras na administração estatal, em terras nacionais e estrangeiras (notadamente, as *agencies* norte-americanas e as *autorités administratives indépendantes* gaulesas), o crescimento de suas atribuições e a evolução dos mecanismos de controle de seus atos no contexto pátrio e alienígena.

Após, buscou-se discorrer sobre as noções primordiais de controle jurisdicional, especialmente sobre sua relevância no Estado Democrático de Direito, e sobre a aplicabilidade do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, consagrado na Constituição da República e vigente no sistema brasileiro, contextualizando tais elementos à lógica das agências reguladoras e seu poder normativo.

Em continuação, tratou-se do controle social, demonstrando a efetividade da participação cidadã nos procedimentos decisórios das agências reguladoras através de suas ouvidorias permanentes. Para tanto, dissertou-se sobre a procedência histórica de tais órgãos, cuja existência remonta à instituição do *Ombudsman*, de origem nórdica.

Assim, buscou-se demonstrar que as agências reguladoras exercem poder normativo de fato, o que é indispensável ao desempenho de sua atividade regulatória, salientando sua origem nas normas programáticas constantes da legislação criadora, bem como a necessidade de correspondência entre o exercício desta atividade normativa e as expectativas legais que motivaram sua criação – o que justificará a possibilidade de controle jurisdicional e social, com a finalidade de adequação a esta mesma legalidade, seja através das decisões judiciais, seja através do consenso com o cidadão-administrado.

Quanto à metodologia utilizada – considerando que método se traduz na observação sistemática dos fenômenos da realidade, mediante sucessão de passos, orientados por conhecimentos teóricos, objetivando explicar a causa, correlações e aspectos não-revelados desses fenômenos – empregou-se, no presente trabalho os seguintes métodos de pesquisa:

- a) método histórico, mediante exposição da evolução da legislação e jurisprudência brasileiras e de seus equivalentes alienígenas mais relevantes atinentes à criação, disciplina e controle das agências reguladoras;
- b) método comparativo, através da conferência dos mecanismos de controle jurisdicional, social e ministerial previstos no ordenamento jurídico pátrio com seus equiparados no direito comparado;
- c) método dialético, através de um raciocínio lógico que, lastreado em princípios e teorias, partiu dos rudimentos do controle jurisdicional e social para deduzir a possibilidade de limitação da atividade normativa das agências reguladoras.

## 2 ESTADO LIBERAL, ESTADO PROVIDÊNCIA E ESTADO REGULADOR: A MÃO INVISÍVEL DO MERCADO, A MÃO PESADA DO ESTADO E O APERTO DE MÃOS

Se quisermos prosseguir com o fito de perscrutar o funcionamento das agências reguladoras, cabe, preliminarmente, compreender o modelo político no qual tais instituições exsurgem, isto é, o *Estado Regulador*, mas antes mesmo de tentar compreender o modelo regulatório de Estado, impõe analisarmos a evolução de seu papel, da absoluta inércia dos tempos liberais ao paternalismo providencialista da política de bem-estar social.

Antes, porém, cabe aqui uma pequena observação preliminar visando a justificação do tema: a inafastável relação entre Direito e Economia.

Por questões históricas, a existência de regras imperativas, editadas, a rigor, por um poder político superior a quem se atribui legitimidade, decorre da necessidade de disciplinar, de acordo com o interesse coletivo, as circunstâncias da vida em sociedade, entre tais, a atividade econômica, seja ela exercida pelos agentes econômicos privados ou pelo Estado-empresário, mas que, tanto em um quanto em outro caso, repercute sobre toda a comunidade política<sup>1</sup>.

Isso não quer dizer que a economia seja a única circunstância social que influencie no processo de normatização estatal, mas, como aponta Hermann Heller (1968, p. 143), “em uma sociedade capitalista, (a economia) certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado”.

Para Ludwig Von Raiser (1990, p. 37),

“numa época em que o Estado intervém para programar e para dirigir a economia nacional, o papel do ordenamento jurídico se manifesta completamente novo. Aos olhos do observador *economia e direito* não estão mais ligados por uma relação meramente causal, mas por um *nexo finalístico ou instrumental*: a ordem imposta pelo Estado sob forma de direito

---

<sup>1</sup> Não se pode olvidar que crises econômicas, como se viu da última “onda” (para alguns, “marola”), não afetam pessoas, mas povos inteiros, repercutindo sobre todo o tecido social.

está relacionada à persecução de objetivos estabelecidos pela política econômica. Nesta perspectiva, o *direito da economia* assume relevo somente como *transposição jurídica das escolhas de política econômica*”.

Apesar da necessária normatização da atividade econômica, tão relevante para a comunidade, é ilusório imaginar que o Direito tem inteira disponibilidade sobre o mercado. Na verdade, “malgrado as suas inegáveis possibilidades de ingerência, os aspectos de maior dinamismo do mercado são dificilmente apreensíveis pelo Direito” (ARAGÃO, 2004, p. 21) – como já apontava Habermas, os mercados observam uma lógica própria, que diverge do controle do Estado.

De qualquer modo, tamanha é a autonomia da atividade econômica que a classificação dos “sistemas” de Estado, a que aqui se pretende tecer brevíssimos comentários, decorre justamente da organização do aparato de poder em relação ao mercado, seja para garantir, à distância, o processo de autorregulação, seja para intervir diretamente como personagem do jogo de interesses (Estado-empresário) ou, ainda, para, simplesmente, garantir o funcionamento saudável da máquina econômica, observadas as expectativas do bem comum.

Com efeito, tal qual destaca João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 170), “a cada momento histórico, *direito e economia* se relacionaram de forma peculiar, como resultado do fenômeno cultural de que são expressão”, de sorte que “em cada fase da história a relação *direito e economia* se exprimiu através de uma linguagem própria, formando um discurso propiciador da imposição de princípios destinados a reger a interação humana”.

Isso porque ao longo da sucessão histórica, é possível detectar uma *razão jurídica*, fruto da ação hermenêutica que dá origem ao ordenamento jurídico vigente em cada época. Esta razão jurídica decorre da opção, em um dado momento histórico, por uma determinada *Weltanschauung*, sendo, portanto, expressão de um referencial, uma tomada de posição filosófica e, principalmente, a adoção de uma determinada linha política <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Como ensina André-Jean Arnauld (1981, p. 27), tal como citado e traduzido por João Bosco Leopoldino da Fonseca, “a razão jurídica é o motor em virtude do qual um sistema jurídico se organiza de maneira coerente e própria para realizar certos fins. A perspectiva teleológica é

Novamente, conforme explica Ludwig Von Raiser (1990, p. 39/41),

“a economia não consiste num conjunto desordenado de ações e de eventos, mas sim em uma estrutura dotada de forma e de sentido, na qual – excetuada a sua específica individualidade histórica – se podem encontrar elementos estruturais e estilísticos fundamentais determinantes. Esclarecer a sua relação significa colocar em evidência o sistema material envolto na realidade econômica. É necessário não esquecer que o conceito de sistema econômico material é somente uma esquematização da realidade histórica. A experiência e a análise histórica ensinam que a economia de uma nação é a resultante de vários fatores concomitantes e de diversos princípios propulsores de natureza ideal ou moral, peculiares a sistemas diversos. De um lado, com efeito no curso da história, o novo não suplanta completamente o velho, mas se superpõe a ele, dando origem a uma vasta gama de formas intermediárias; de outro, também no interior de um mesmo sistema, as diversas esferas da vida econômica não são sempre organizadas com base nos mesmos princípios estruturais. Só uma estrutura econômica tão variadamente articulada, mas em si unitária pode ser definida como o ordenamento concreto da economia de uma nação. [...] No quadro de um dado sistema econômico, o ordenamento jurídico constitui um elemento estrutural essencial, e, por outro lado, os princípios e as instituições jurídicas conquistam pleno significado sob o aspecto sociológico e dogmático somente em relação com o correspondente sistema econômico”.

De qualquer modo, se a relação entre Direito e Economia é necessária, embora dinâmica, ora conferindo-se maior autonomia ao mercado, ora desconfiando dele, é certo que se influenciam mutuamente, o que irá determinar, de acordo com o momento histórico, o tamanho e a extensão dos controles do Estado em relação a formação da riqueza nacional.

Cumpra aqui, porém, destacar uma dificuldade de classificação: todo modelo de Estado, independentemente de sua razão jurídica, exerce um papel interventor na economia – mesmo no Estado Liberal do *laissez-faire* é possível falar em atividade interventora, ainda que reduzida, pois que tal é indissolúvel da noção superior de Estado. Assim, não é frutífero empregar, cruamente, o critério

---

inseparável do aspecto estrutural do sistema jurídico, cuja dinâmica ela justifica. A razão jurídica é a condição necessária e suficiente da existência de um sistema jurídico. Isto deve entender-se de quatro maneiras: *primeiramente*, é necessária uma razão suscetível de ditar raciocínios e condutas uniformes e conforme com as finalidades perseguidas; *em segundo lugar*, somente esta razão pode estabelecer um conjunto suficientemente adaptado, ordenado e consistente para ser considerado como racional; *em terceiro lugar*, um mesmo sistema não pode ser animado por mais de uma razão; *em quarto lugar*, conflitos de razões nascem da simultaneidade de sistemas jurídicos, e o sistema de direito imposto não pode deixar de levá-las em conta, sob pena, por esse motivo, de manifestar-se rapidamente como ultrapassado e defasado”.

*intervenção* para tentar formular a tipologia de Estado que se pretende: o ideal, na verdade, é falar em *graus de intervenção* (TAVARES, 2003, p. 49).

De qualquer modo, feitas as ressalvas, o presente capítulo, sem qualquer pretensão de simular análise política extensa ou se apresentar como um estudo econômico complexo (até porque incompatíveis com o simples objetivo do trabalho), cuida de tentar traçar um sucinto panorama histórico da atuação do Estado na economia, e as razões que forjaram os diferentes níveis de intervenção do poder de império, desaguando, ao final, no estágio regulatório da administração – marco inicial para quem se atreve ao estudo das agências reguladoras.

## **2.1 Estado Liberal (ou Mínimo): A mão invisível do mercado**

Antes de envidarmos qualquer esforço no sentido de apresentar breve noção do que seja o Estado Liberal e, principalmente, o liberalismo econômico (considerando que mesmo uma simples definição de liberalismo é, por si só, tarefa bastante complexa <sup>3</sup>), cumpre, preliminarmente, analisar, de forma sucinta, os processos históricos que levaram à sua afirmação na modernidade. Após, abordaremos as necessárias definições, naquilo que for pertinente ao presente estudo.

---

<sup>3</sup> De fato, segundo Norberto Bobbio (*et al*, 2004, p. 686), “a definição de liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos ou descobrir um Liberalismo ‘ecumênico’, que não têm muito a ver com a história”. Segundo o notável filósofo, tal dificuldade se põe em virtude de uma “tríplice ordem de motivos”: (I) a história do Liberalismo liga-se a história da democracia; (II) o Liberalismo se manifesta em diferentes países e em tempos históricos bastante diversos; (III) em cada país no qual se manifestou, o Liberalismo se defrontou com problemas específicos, cuja solução determinou seu conteúdo e sua fisionomia (por isso, segundo o autor, não é possível falar em uma “história-difusão” do Liberalismo).

### 2.1.1 Antecedentes e formação histórica

No que nos interessa, pode-se dizer que a ascensão do *liberalismo econômico* está associada à derrocada da doutrina do *mercantilismo*, considerando sua “inadequação” em face das transformações do Estado Moderno que se consolidaram no Século XVIII, decorrentes do “triunfo” da burguesia (revolucionária) sobre o absolutismo monárquico. Na verdade, cuidou-se de um conflito de interesses: o mercantilismo era a doutrina econômica do absolutismo, foi idealizada segundo esta ordem e se punha a sustentá-la; com o triunfo da burguesia, triunfaram também os ideais liberais, já defendidos pelos teóricos iluministas (note-se a valorização do individualismo na doutrina liberal) <sup>4</sup>. Nessa ordem, ocupando a burguesia o novo centro de poder, não mais poderia admitir qualquer relação com o *Ancien Régime*, razão pela qual o liberalismo já nasce (ou melhor, é adotado) em oposição dialética ao mercantilismo. Senão vejamos.

O mercantilismo foi a doutrina de ordem no período de formação dos principais Estados Modernos (nos Séculos XV a XVI, aproximadamente), quando começaram as indagações a respeito da atuação do Estado na condução das políticas econômicas. Com a formação dos Estados Modernos e o conseqüente surgimento da ideia de *nacionalidade*, os “novos” Estados pretendem afirmar seus interesses perante as potências estrangeiras e, como o funcionamento de um Poder Central faz acentuar as despesas públicas, lançam-se no comércio internacional em busca de riquezas, notadamente os metais preciosos (instrumentos de troca) – é nessa “nova” ordem que surge, com contornos mais definidos, o *capitalismo*.

No esteio da lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 172), o capitalismo se define como um *sistema econômico* <sup>5</sup> baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com a

---

<sup>4</sup> De fato, como analisa Paulo Bonavides (1995, p. 62/63), quando se dá a “Revolução burguesa”, a doutrina do estado liberal-democrático já se afirmava basicamente pelas obras de Locke e Montesquieu e a contribuição de Rousseau; faltava, “apenas”, a transposição das noções teóricas construídas para a realidade prática do poder.

<sup>5</sup> Aqui compreendido como “um conjunto coerente de estruturas econômicas, institucionais, jurídicas, sociais e mentais organizadas com a finalidade de assegurar a realização de um determinado número de objetivos econômicos (equilíbrio, crescimento, repartição...)” (FONSECA, 1995, p. 172).

finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, através de uma organização permanente e racional.

Seguindo esta definição, sob o prisma jurídico, o capitalismo implica na adoção do princípio da *propriedade privada dos meios de produção*. Doutro modo, sob o aspecto político, importa num *regime de livre empresa*. No sentido econômico, por fim, o capitalismo se manifesta como um sistema econômico que, adotando a propriedade privada dos meios de produção, dá origem à economia de empresa e de mercado – o capitalismo, assim definido, sempre existiu nos mais diversos períodos históricos, mas no período de formação do Estado Moderno adquire especial importância, já que, como apontado, torna-se fundamental para o fortalecimento do poder (econômico), seja o (poder econômico) exercido pelos particulares ou, em escala maior, pelo próprio Estado (FONSECA, 1995, p. 173).

Na lógica de formação do Estado Moderno, pode-se dizer que o mercantilismo (*poder central nacionalmente unificado*) dos “novos” Estados Nacionais, sucessor do feudalismo (*poder central fracionado*) medieval, para além de integrar o processo de formação da idade moderna, é o nascedouro do capitalismo moderno, já que pautado no comércio internacional.

Em sua aplicação, o mercantilismo, para além do fortalecimento do poder através da busca pela riqueza econômica, pautou-se, essencialmente, no protecionismo econômico, através de barreiras aduaneiras e busca pela *balança comercial favorável* (favorecimento da exportação em detrimento da importação). Externamente, pela própria lógica protecionista, o mercantilismo implicou na relação xenofóbica entre Estados, fomentando rivalidades internacionais. Internamente, ao mesmo tempo em que afastava os mercadores estrangeiros, procurou rigidamente fortalecer o comércio nacional, vinculando os mercadores através da concessão de licenças para o exercício da atividade (comercial).

Vê-se que tais medidas protecionistas (do mercantilismo) fizeram por fortalecer economicamente o Estado e, considerando que o mercantilismo inaugurou a noção de que maior riqueza econômica implica em maior autoridade (interna e externa), tal conduziu à formação de um *Poder Absoluto*, caracterizado pela centralização total do poder (político, social e econômico) *in manus regis*, isto é, sob o domínio do soberano. Nessa ordem (*régime*), o poder absoluto é tal forma exercido que a figura do monarca se confunde com a própria noção do Estado (*l'etat c'est*

*moi*”, como proclamou Luis XIV) e, em sua ascensão como semipotestade, acompanham-lhe a nobreza e o clero – formando a *troika* que por tanto tempo iria onerar os cofres reais com os dispêndios necessários à manifestação de um poder real, que, para assim manter-se, acabaria por desgastar-se.

De fato, se, embora os Estados Nacionais e seus monarcas absolutistas <sup>6</sup> tenham se deleitado com os benefícios da política mercantil e os produtos do comércio, tal também lhes foi fatal, pois, na mesma proporção em que se fortaleciam, fortaleceu-se também a classe que se encarregou da atividade mercantil de geração de riquezas: a burguesia (*Terceiro Estado*) – o estamento social que iria liderar as revoluções liberais que tomaram a Europa do Século do XVIII e deixariam as cabeças coroadas em polvorosa.

Cabe aqui, *concessa venia*, uma correção histórica: tomando a França do Século XVIII <sup>7</sup> como referencial, pode-se afirmar que o processo revolucionário liberal não foi resultado da insatisfação de uma burguesia cruelmente oprimida por um poder real autoritário, mas, na verdade, a insatisfação de um grupo social cada vez mais influente, que queria deter, além do poder econômico, também o poder político.

De fato, como explicam Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Morais (2003, p. 46),

“[...] enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, ‘abriu mão’ do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se, *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no Leviatã. Na virada do século, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia”.

---

<sup>6</sup> No caso, refere-se a primeira versão absolutista da monarquia, considerando que, posteriormente, se veria instaurar uma segunda fase de monarquia de plenos poderes, a exemplo de Napoleão Bonaparte, “Imperador” da França.

<sup>7</sup> Cabe aqui um esclarecimento: embora optamos por tomar a França do século XVIII como referência da revolução burguesa, não se pode olvidar que décadas antes da Revolução Francesa, a chamada Revolução Gloriosa de 1688, que destituiu Jaime II do trono da Inglaterra e instituiu a monarquia parlamentarista, já se havia consolidado e, para todos os efeitos, seria mais frutífera que seu semelhante francês, já que não experimentou período de terror semelhante.

Ao que se vê, a burguesia se beneficiou de uma contradição do regime absolutista que acabou por levar-lhe ao cadafalso (no caso francês, melhor dizendo, à guilhotina): a monarquia, ao estimular os interesses econômicos da burguesia ainda nascente, deu-lhes tal relevância que não pôde mais controlá-los – melhor dizendo, não pôde e tampouco pretendia controlar o crescimento burguês, já que, não lhe restando meios para impedir a ação capitalista da primeira idade do Estado Moderno, a monarquia pôs-se a estimulá-la (a expansão capitalista) com a adoção da política mercantil, sequiosa que se encontrava por fundos para sustentar a burocracia e os exércitos (agora necessariamente permanentes) (STRECK et al, 2003, p. 47).

Como resume Paulo Bonavides (1995, p. 70), daí se manifesta a mencionada contradição: “a superestrutura política do feudalismo abrindo à infraestrutura econômica da burguesia caminhos que lhe eram fatais” – ao fim e ao cabo, o absolutismo monárquico aparelhou a *crise revolucionária* que resultaria na própria destruição.

Assim, quando, em 14 de julho de 1789 – logo após a Assembleia Nacional ter se declarado Assembleia Constituinte – a Bastilha caiu, ruiu com ela a monarquia absolutista (ao menos, a primeira versão) e o modelo mercantilista que a sustentava, para ascender o Estado Liberal-Burguês, calcado nos ideais contratualistas (notadamente, de Locke) e na plena liberdade de mercado (que teve em Adam Smith seu mais conhecido defensor), bem como na valorização do individualismo e autodeterminação.

Conforme resume João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 175),

“a teoria mercantilista é suplantada pela ideia do liberalismo econômico, que assenta nos princípios do liberalismo filosófico e político trazidos principalmente pelas doutrinas justnaturalistas do século XVII, em que se exaltam os princípios de *liberdade*, de *valorização do indivíduo*, de revolta contra os privilégios e contra o poder absoluto dos reis”.

Aqui, um parêntese: o liberalismo, como doutrina filosófica e política, não surge com a formulação inglesa de Locke e tampouco é inaugurado pela Revolução Francesa; na verdade, originou-se com as restrições ao poder feudal e monárquico, ocorridas já desde o Século XV, embora consolidadas apenas na

segunda metade do Século XVIII (TAVARES, 2003, p. 49). De fato, tal como aponta Lênio Luiz Streck (2003, p. 49/50), citando José Guilherme Merquior, o pensamento liberal remonta desde a reivindicação de direitos – religiosos, políticos e econômicos – e a tentativa de controlar o poder político. Segundo o autor, ao passo que a tolerância religiosa se insere angularmente na teoria liberal, “ao lado, a reformulação da teoria do direito natural, o modelo contratualista cimenta uma ‘explicação individualista da sociedade’” (idem).

### **2.1.2 Contratualismo e liberalismo: Estado x indivíduo**

Pois bem. Com a tomada do poder, a doutrina do *contrato social* se converteu no mais importante referencial ideológico dos revolucionários burgueses – com efeito, o clamor por uma Constituição nacional<sup>8</sup> decorria justamente da tese de que o contrato social nela se manifestava.

O contratualismo, como doutrina, consiste na ideia de que, para superar os inconvenientes do *estado de natureza*<sup>9</sup>, os homens se reúnem e convencionam entre si um pacto, que servirá de instrumento de passagem da condição “negativa” do estado de natureza para o estágio político do estado social, bem como forma de legitimação do “Estado de Sociedade” (STRECK et al, 2003, p. 33). Dentre os teóricos que, ao fio dos anos, moldaram as noções de contrato social que tanto influenciaram os revolucionários franceses, podem-se destacar dois deles: Thomas Hobbes e John Locke.

Para Hobbes, cujos ideais teóricos se encontram em “O Leviatã”, o contrato social é firmado na forma de um pacto em favor de terceiro: os homens, para preservarem suas vidas (constantemente em risco no estado natural), transferem a um terceiro todos os seus poderes em troca de proteção e segurança –

---

<sup>8</sup> Note-se aqui importante influência do Abade Sieyès, teórico das origens modernas do constitucionalismo, que propôs que a Assembleia dos Estados Gerais se convertesse em Assembleia Constituinte.

<sup>9</sup> Isto é, o estado natural do homem, antes do estabelecimento da sociedade civil. Para Hobbes, o “homem é o lobo do homem”, de sorte que seu estado natural é, invariavelmente, perverso – sem a presença do Estado, o estado de natureza do homem conduz a uma “guerra de todos contra todos” (*Bellum omnia omnes*).

este terceiro é justamente o Estado, que Hobbes, baseado na mitologia bíblica <sup>10</sup>, definiu como o *Leviatã* (STRECK et al, 2003, p. 33/34). Em outras palavras, para pôr fim ao que Hobbes denominou “guerra de todos contra todos” (*Bellum omnia omnes*), própria do estado de natureza, os homens despojam-se de seus poderes <sup>11</sup> para, em troca, receberem a segurança do Leviatã, que, como um “deus mortal”, se ergue acima de todos os homens e, por sua superioridade, é capaz de instituir limites a todos.

Doutro modo, para Locke, conforme expôs em seu “Segundo tratado sobre o governo civil”, o estado de natureza é encarado como um estágio que ainda pode existir e não um referencial distante e, diversamente do que entendia Hobbes, nele (no estado de natureza) já existem direitos estabelecidos. Assim, segundo Locke, o contrato social, nele mais definido como um “pacto de consentimento”, que se estabelece serve para consolidar os direitos já existentes no estado de natureza.

O convênio, portanto, é “firmado no intuito de resguardar a emersão e generalização do conflito” e, através dele, “os indivíduos dão seu consentimento unânime para a entrada no *estado civil* e, posteriormente, para formação do governo quando, então, assume o princípio da maioria” (STRECK et al, 2003, p. 35).

Conforme se vê, o contratualismo se pauta no ideal de *individualismo*, seja em Thomas Hobbes ou em John Locke – o último, no entanto, aprofunda a ideia de outorga do consentimento, tornando-o periódico e condicional e, ao fazê-lo, inaugura uma política de confiança que deverá pautar o estado civil. Assim, o individualismo e o consentimento defendidos por Locke, em lugar da subserviência automática, é justamente a principal característica de legitimidade da política liberal (MERQUIOR, 1991, p. 45).

Pelo quadro que acima se desenhou, temos que em oposição ao modelo preponderante de Estado dos Séculos XV a XVIII, caracterizado pela centralização estatal, o Estado democrático liberal consolidou-se nos Séculos XVIII e XI, fundamentado, basicamente, na ideia de que todos, inclusive os governantes, deveriam sujeitar-se aos ditames genéricos albergados nas leis (TAVARES, 2003, p. 50) – tal permitiu assegurar as liberdades individuais, especialmente, no que nos

---

<sup>10</sup> Mais especificamente, o Livro de Jó, capítulos 40/41.

<sup>11</sup> E não direitos, pois estes, nesse contexto, só surgem com o Estado (STRECK, 2003, p. 33).

interessa neste estudo, as liberdades econômicas, que constituíram limites à atuação estatal.

Feita esta pequena digressão histórica a respeito da afirmação histórica do Estado Liberal, cabe agora debruçarmo-nos sobre a tarefa inicial – a definição do liberalismo – para então analisarmos, de forma rudimentar, suas repercussões na atividade econômica.

### **2.1.3 Liberalismo(s): Pluralidade de conceitos**

Como já destacado, a definição do que seja o Liberalismo é tarefa árdua e há amplíssima biografia especializada sobre o assunto. Por isso, o presente estudo não pretende, petulantemente, apresentar conceito “definitivo” do que seja tal doutrina, até porque autores da mais alta estirpe (a exemplo de Norberto Bobbio) admitem a pluralidade de acepções do termo<sup>12</sup> – o que dificulta, sobremaneira, uma construção semântica ampla o suficiente.

Historicamente, o Liberalismo é um fenômeno histórico que se manifesta na Idade Moderna e que tem seu biocentro na Europa, embora tenha exercido notável influência nos países que sentiram mais fortemente esta hegemonia cultural, a exemplo da Austrália, América Latina e, em parte, a Índia e o Japão (BOBBIO et al, 2004, p. 687).

Conforme apontam Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2003, p. 52), no Século XIX, o liberalismo tornou-se a doutrina da monarquia limitada e de um governo popular igualmente limitado, considerando “que o sufrágio

---

<sup>12</sup> De fato, segundo Norberto Bobbio (*et al*, 2004, p. 686), “a definição de liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos ou descobrir um Liberalismo ‘ecumênico’, que não têm muito a ver com a história”. Segundo o notável filósofo, tal dificuldade se põe em virtude de uma “tríplice ordem de motivos”: (I) a história do Liberalismo liga-se a história da democracia; (II) o Liberalismo se manifesta em diferentes países e em tempos históricos bastante diversos; (III) em cada país no qual se manifestou, o Liberalismo se defrontou com problemas específicos, cuja solução determinou seu conteúdo e sua fisionomia (por isso, segundo o autor, não é possível falar em uma “história-difusão” do Liberalismo). Para maiores explicações acerca dos diversos “conceitos”, vide *Dicionário de Política*, especialmente o verbete *Liberalismo*.

e a representação eram restritos a cidadãos prósperos”. Quanto à sua atual acepção do termo, os mesmos autores (2003, p. 52) apontam que

“[...] o que a palavra liberal geralmente significa na Europa continental e na América Latina é algo de muito diverso do que significa nos EUA. Desde o *New Deal* de Roosevelt, o liberalismo americano adquiriu, nas festejadas palavras de Richard Hofstadter, ‘um tom socialdemocrático’. O liberalismo nos EUA aproximou-se do liberal-socialismo – uma preocupação igualitária que não chega ao autoritarismo estatal, mas que, no entanto, prega uma ação estatal muito além da condição mínima, de vigia noturno, exaltada pelos velhos liberais”.

Para Norberto Bobbio, o liberalismo é “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social” (1995, p. 07). Pauta-se, portanto, na ideia de limites: “[...] é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções” (BOBBIO, 1995, p. 17).

Segundo definição de Celso Ribeiro de Bastos (2000, p. 110), o liberalismo “vem a ser um amplo conjunto de ideias, ou concepções, com uma visão mais ampla, abrangendo o homem e os fundamentos da sociedade, tendo por objetivo o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado”.

Ao menos em suas origens, o Estado Liberal, de um modo geral (considerando, como já anotado, as variações regionais dos locais onde foi praticado), teve como moto a conhecida expressão “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”<sup>13</sup> (“deixai fazer, deixai ir, deixai passar”), que ilustra a característica abstenção (ou limitação) do Estado Liberal em relação às questões mais internas das áreas econômica, política e social, em prol da preservação das liberdades individuais, que, nesse contexto, deveriam se desenvolver autonomamente. Significa dizer que, segundo os idos liberais, ao Estado cumpriria apenas cuidar da ordem pública (Locke), proporcionado um aparato policial, defendendo as instituições e protegendo-se contra agressões internacionais (TAVARES, 2003, p. 50)<sup>14</sup> – tal

---

<sup>13</sup> De origem imprecisa, embora usualmente atribuída a Vincent de Gournay, comerciante francês dos idos de 1750 e fervoroso ativista da desregulação do comércio e da indústria.

<sup>14</sup> Observa-se nesse quesito a influencia lockiana no pensamento liberal: o Estado exerce, basicamente, a função guardião, zelando pela aplicação dos direitos individuais (especialmente, por óbvio, a liberdade), mesmo aqueles já conquistados no estado de natureza.

política de abstenção foi notadamente verificada na área econômica, que, marcadamente, é o traço mais característico da política liberal <sup>15</sup>.

#### **2.1.4 Liberalismo econômico: intervenção mínima, autonomia máxima**

Pois bem. O modelo econômico do liberalismo pauta-se nos pilares da propriedade privada e economia de mercado livre de controles estatais, com ênfase no caráter voluntário das relações entre os diversos fatores econômicos (com plena liberdade de contrato) (STRECK et al, 2003, p. 55). Assim, se ao Estado cabia a estrita função de guardião (garantia dos meios de preservação da liberdade, mas sem intervenção direta para efetivá-la), o mercado, *pari passu*, “deveria desenvolver-se *livremente*, isto é, sem interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais não haveria interesse para a iniciativa privada” (TAVARES, 2003, p. 50) – é justamente nesse contexto que o Estado Liberal também foi denominado de “*État Gendarme*”, isto é, “Estado Policial” ou “Estado-Polícia” (*Polizeistaat*), já que atua apenas para garantir os meios por meio dos quais o mercado possa se desenvolver, segundo sua própria autodeterminação e de acordo com as regras consensualmente estabelecidas pelos agentes econômicos.

Tal política se mostrava justamente plausível em virtude da concepção otimista do mercado que até então se tinha (e que assimilava, frontalmente, os ideais liberais de individualismo e autodeterminação): ponto de encontro de várias vontades individuais, que se auto-organiza constantemente, sensível tanto à procura por parte do consumidor quanto inteiramente aberto, permitindo a entrada de novos competidores e a saída dos que não tiveram sucesso e regulado pela competição entre os agentes econômicos (STRECK, 2003, p. 55).

---

<sup>15</sup> No entanto, cabe aqui ressaltar, conforme aponta José Paschoal Rossetti (2000, p. 379) que “a abstenção total do Estado, o ideal do *laissez-faire* e a plena liberdade nos domínios da economia (bem como em outras áreas) não chegaram a ser praticados nem mesmo no século XVIII, quando o Estado Liberal emergia das revoluções francesa e industrial”.

Pelo que se vê, o liberalismo, embora *in origine* uma doutrina de organização política, tornou-se mais conhecida por sua conotação econômica. De fato, tal como aponta Fábio Nusdeo (2000, p. 126), o liberalismo político não teria sentido concreto se dissociado da liberdade econômica, pois

“[...] o homem não vive ou não vivencia no dia-a-dia de sua existência os grandes embates políticos, mas sim exerce tarefa diuturna de prover o atendimento de suas necessidades, pela administração de recursos escassos. Portanto, a liberdade política teria de encontrar, para se tornar plenamente eficaz, o seu complemento necessário, a liberdade econômica”.

Significa dizer, conforme aponta João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 174), que o liberalismo pôde assumir variadas formas, mas o que se sucedeu ao mercantilismo caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual “o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado” – é justamente nesse ponto, que se sobressai a doutrina de Adam Smith, o mais conhecido teórico do liberalismo econômico e a quem se atribui a criação da economia política<sup>16</sup>.

As teorias de Adam Smith sobre a economia encontram-se reunidas em seu mais famoso escrito, “A riqueza das nações”, publicado na Inglaterra em 1776, onde sua “investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações” o faz endossar os postulados liberais – segundo o pensamento econômico-liberal elaborado pela chamada *escola fisiocrática*, fundada por François Quesney, autor do famoso *Tableau économique* (1758), que preconizava a ordem natural e providencial das coisas sem a influência da vontade humana, como a melhor solução para atingir o bem de todas as nações (NUSDEO, 2000, p. 126).

Segundo as postulações de Adam Smith (e de todos os outros teóricos que o influenciou), a economia está sujeita a leis naturais que a levam, fatalmente, a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com frutos positivos para toda a sociedade, que também será rica se os seus integrantes o forem

---

<sup>16</sup> Não se pode olvidar que David Hume, já em seus *Ensaio Econômicos*, procura refutar o mercantilismo, mostrando a importância do comércio exterior como estimulante da economia e fonte do progresso manufatureiro. É o primeiro a expor a *teoria do equilíbrio automático das trocas*. Por sua contribuição (que não se encerra no estudo econômica, dada a fama de sua literatura), Hume é o precursor de Adam Smith, seu amigo e a quem influenciou grandemente (FONSECA, 1995, p. 174).

(FONSECA, p. 174). Assim, segundo o entendimento de Smith, o Estado não deveria, mesmo através da lei, interferir no funcionamento do mercado, mas conferir a maior liberdade possível à ação individual e limitar seu papel à simples manutenção da ordem e segurança (*État Gendarme*). Nas palavras do eminente economista:

“[...] sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade. [...] As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar mais ou menos esta distribuição natural e muito vantajosa do capital” (SMITH, 2009, p. 199).

Pode-se dizer, tal qual aponta Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 452), que a *livre iniciativa* é expressão fundamental da concepção liberal do homem, já que coloca como centro a individualidade de cada um. Conforme o autor (2010, p. 452), a livre iniciativa é necessária para sua própria expressão e dignidade enquanto homem, “[...] porque lhe cabe imprimir um destino à sua vida, uma escolha, a expressão de sua capacidade, e isso tudo só é conseguido através da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a individualidade econômica”.

Nesse entendimento, preservando a liberdade individual de iniciativa, o trabalho de cada indivíduo contribui para o próprio enriquecimento e, ao fazê-lo, beneficia igualmente a sociedade. Segundo Adam Smith (2009, p. 346/347):

“Todo o indivíduo está, o tempo todo se esforçando para encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer capital que possa controlar. Ele tem em vista sua própria vantagem, e não da sociedade, mas o estudo de sua própria vantagem, de forma natural, ou como deve ser, leva-o a preferir investir naquilo que é mais vantajoso para a sociedade. Em primeiro lugar, todo indivíduo procura empregar seu capital o mais próximo possível de sua casa e, por consequência, no apoio à indústria doméstica, contanto que ele seja muito inferior aos lucros ordinários do capital. [...] Em segundo lugar, todo indivíduo que emprega seu capital no suporte da indústria doméstica necessariamente procura direcionar essa indústria para que sua produção tenha o maior valor possível. [...] Como todo indivíduo, portanto, tenta o máximo que pode empregar seu capital no suporte da indústria doméstica, e assim direcionar essa indústria para que sua produção atinja o máximo valor, todo indivíduo necessariamente trabalha para tornar a renda anual da sociedade a maior possível. Ele geralmente, de fato, não tem a intenção de satisfazer o interesse público, nem tem ideia do quanto o está satisfazendo”. (grifo nosso).

Pelas ideias do liberalismo econômico e nos termos da teoria de Adam Smith, o Estado não deve interferir, de forma alguma, no processo de desenvolvimento do mercado, pois este se guia pelo que Smith denominou de “mão invisível”, isto é, as leis naturais do mercado, que, independentes de qualquer intervenção estatal, ordenam, por conta própria, a produção de riquezas e garantem o equilíbrio entre os interesses concorrentes. Nas palavras de Adam Smith (2009, p. 348):

“Ao dar preferência ao apoio da indústria doméstica em vez da estrangeira, ele (o indivíduo) almeja apenas sua própria segurança; e ao direcionar essa indústria de forma que sua produção possa atingir o maior valor possível, ele almeja somente seu próprio ganho, e é nesse caso, assim como em muitos outros, guiado por uma mão invisível a atingir um objetivo que não fazia parte de sua intenção inicial. Ao almejar seu próprio interesse, ele quase sempre promove o da sociedade com maior eficácia do que quando de fato deseja promovê-la. Nunca ouvi falar de tantas coisas boas realizadas por aqueles que mudaram o curso de seus negócios em favor do bem público. Isso só poderia ser um gesto dissimulado, na verdade, o que não é muito comum entre os mercadores, e não há muita necessidade de tentar convencê-los de que isso lhes seria vantajoso”. (grifo nosso).

Não obstante as proposições de Adam Smith, no mesmo sentido também convergiram as postulações de teóricos de grande escola, como Jeremy Bentham, com seu *utilitarismo*, que defende que qualquer objeto tem a sua utilidade, sendo esta um atributo subjetivamente conferido, e que o propósito da vida é satisfazer o prazer para evitar a dor, tirando, cada um, o maior proveito possível imediato que lhe estiver ao alcance (STRECK, 2003, p. 55) – no último caso, tem-se o que Bentham denominou de *cálculo utilitário*. Também no mesmo sentido, John Stuart Mill, outro conhecido utilitarista, propunha que o *autointeresse esclarecido* permitiria a alguém recusar um prazer imediato para aproveitar outro ainda maior mais tarde, demonstrando esclarecimento – nessa lógica, as concessões surgem como estratégia para evitar o risco de se perder tudo e, para tanto, deve-se analisar as qualidades intrínsecas dos objetos envolvidos em dada disputa, o que lhes permite atribuir um valor próprio e diverso dos demais (STRECK, 2003, p. 56).

### 2.1.5 A “transformação” do Estado Liberal: O Estado liberal mínimo dá lugar ao Estado liberal interventor

Como anota João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 177), a concepção de um liberalismo atomista, de plena liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida pela realidade histórica. A partir da metade do Século XIX o capitalismo se transforma com o advento do Estado industrial, resultado do esforço dos novos grupos econômicos. Com a crise econômica de 1929, no período entre guerras, surge um novo Direito, e a imperiosidade de atuação do Estado no domínio econômico. De fato, segundo Vincenzo Tosi (1935, p. 129),

*“[...] scoppio la crisi mondiale (1929), la quale si differenzia dalle precedenti, non solo per la sua grandiosità e durata, ma anche perchè documenta la incapacità del sistema economico liberale a ristabilire l'equilibrio con quella automaticità che si riteneva costituisse il suo pregio fondamentale”.*

A concepção de Estado liberal gerou, em momentos críticos da humanidade (notadamente a crise econômica de 1929), uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de notável tradição liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Estado no mercado e na economia, ainda que tal intervenção se desse muito restritamente ou se limitasse a setores específicos.

Dentre os fatores que motivaram a transmutação do Estado Liberal Mínimo em (Estado Liberal) Interventor, pode se destacar a *concentração econômica* – “fenômeno pelo qual as empresas tendem a aumentar sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão setorial e geográfica, quer também pela eliminação da concorrência” (FONSECA, 1995, p. 177) – cuja origem está assentada em dois princípios fundamentais: o da *maximização dos lucros* e o da *segurança*.

Segundo Gérard Farjat (1982, p. 141 apud FONSECA, 1995, p. 177), foi em virtude da concentração econômica que surgiu a necessidade de o Estado intervir (através de normas) no mercado, não para impedir a concentração de

empresas <sup>17</sup>, como falsamente se entende, mas para garantir efetivamente a liberdade de mercado, com a proteção das classes que poderia vir a ser desfavorecidas com a nova feição dos grupos empresariais.

Conforme João Bosco Lepoldino da Fonseca (1995, p. 178), a concentração empresarial provocou dois fenômenos importantes: de um lado, a grave situação da questão social e, do outro, a crise da liberdade de livre iniciativa.

Na questão social, o grande poderio econômico acumulado pelas empresas passou a impor pesado ônus à classe trabalhadora. O enaltecimento da liberdade de iniciativa e de mercado (como formas de afirmação do individualismo), teve consequências extremamente negativas ao trabalhador em geral, já que nela se admitem a exploração e a opressão econômicas (TAVARES, 2003, p. 59).

A crise social materializou-se, acentuadamente, a partir da Revolução Industrial, deflagrada na Inglaterra em 1770 e que modificaria fatalmente a realidade social em todos os países, criando problemas até então desconhecidos, mas perfeitamente previsíveis. Conforme Sahid Maluf (2010, p. 146):

“A revolução industrial apresentaram ao mundo um novo tipo de homem até então desconhecido: o operário de fábrica. O aparecimento das máquinas produziu um desemprego em massa. Cada nova máquina introduzida na organização industrial jogava à rua centenas de milhares de empregados. O trabalho humano passa a ser negociado como mercadoria, sujeito à *Lei da oferta e da procura*. O operário se vê compelido a aceitar salários ínfimos e a trabalhar quinze ou mais horas por dia para ganhar o mínimo necessário à sua subsistência. A mulher deixa o lar e procura no trabalho das fábricas um reforço ao salário insuficiente do marido. As crianças não podem frequentar as escolas e são atiradas ao trabalho impróprio, prejudicial à sua formação física e moral, na luta pela subsistência que o pai não pode prover” <sup>18</sup>.

E prossegue magistralmente o autor (2010, p. 146):

“Por outro lado, o contraste era chocante: fortunas imensas se acumulavam nas mãos dos dirigentes do poder econômico; o luxo, a ostentação, a ânsia irrefreada de ganhar cada vez mais criaram o conflito entre as classes

---

<sup>17</sup> Já que, embora com tons interventores, o Estado, nesses idos, ainda é liberal.

<sup>18</sup> Nesse contexto, cabe a leitura de “Germinal”, décimo terceiro romance da série Les Rougon-Macquart, de autoria Émile Zola. Na obra, referência na literatura mundial, o autor (que para escrever o romance viveu, de fato, como mineiro) descreve as condições sub-humanas de vida e trabalho dos operários das minas de carvão na França da segunda metade do século XIX, bem como o início das primeiras greves e movimentos sindicais incipientes.

patrimoniais e assalariadas. Organizaram-se as grandes empresas, os *trusts*, os cartéis, os monopólios e todas as formas de abuso de poder econômico, acentuando-se cada vez mais o desequilíbrio social. E o Estado liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a *policar* a ordem pública. Indiferente ao drama doloroso da maioria espoliada, deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia”.

Diante do quadro de miserabilidade dos operários industriais e a exploração desumana contra eles exercida pelos grandes empresários, que enriqueciam à revelia de qualquer limite moral, considerando, até então, a inexistência de limites, formam-se os primeiros movimentos operários pela regulação das relações produtivas – forma-se a luta pelos três oitos: oito horas de sono, oito horas de lazer e oito horas de trabalho.

Compelido pelas pressões sociais (especial destaque à encíclica “*Rerum Novarum*” de 1891, do Papa Leão XIII), o Estado opta por transformar seu perfil, de Estado mínimo a Estado interventor (o que o levaria, conforme se verá, à formação do Estado social). Assim, a partir de meados do século XIX percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ato privilegiado do jogo socioeconômico (STRECK et al, 2003, p. 57/58).

Segundo essa nova ordem político-econômica, intervenções são assumidas para manter os desempregados, oficinas públicas são mantidas para resolver o desemprego, advêm as primeiras legislações sobre o trabalho de menores, regulação da jornada de trabalho, segurança do trabalho, etc. Enfim, tal como resumem Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2003, p. 59),

“[...] a liberdade contratual e econômica, símbolos da doutrina liberal, é fortemente reduzida pela inserção do Estado como ator do jogo econômico, atuando *no* e *sobre* o domínio econômico, e, em um sentido mais amplo, do jogo social como um todo. Esta atuação, todavia, não irá se limitar à simples normatização, mas irá se espalhar pela participação efetiva e positiva do poder público no âmbito do mercado capitalista como agente econômico privilegiado”.

Nessa linha, pode-se dizer que a intervenção do Estado liberal no domínio econômico tem como marco a implantação do plano do *New Deal* pelo

Presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt como meio de superação da crise econômica de 1929. De fato, conforme Robert Heilbroner (1987, p. 205), foi por ocasião do *New Deal* que, “meio por intenção, meio por acidente, foram lançados os alicerces de um novo padrão de relacionamento entre o Governo e a iniciativa privada, um padrão que iria significar uma radical mudança na organização do capitalismo”.

Dentre as leis aprovadas dentro do *New Deal*, podem ser elencadas as seguintes (TAVARES, 2003, p. 54): (I) a *Lei Bancária de Emergência*, que reabriu os bancos sob o que equivalia a uma supervisão governamental; (II) o estabelecimento do *Corpo Civil de Conservação*, para absolver parte dos jovens desempregados; (III) a *Lei de Ajuda Federal de Emergência*, para suplementar os exauridos recursos assistenciais dos Estados e cidades; (IV) a *Lei da Hipoteca Agrícola de Emergência*, que emprestou aos agricultores quatro vezes mais em sete anos do que todos os empréstimos federais nos quatro anos prévios; (V) a *Lei da Tennessee Valley Authority*, que instituiu a TVA, empreendimento inteiramente novo no âmbito da iniciativa governamental; (VI) a *Lei Bancária de Glass-Steagall*, divorciando os bancos comerciais de suas atividades de colocação de ações e obrigações no mercado e garantindo os depósitos bancários; (VII) a primeira das *Leis dos Valores Mobiliários*, com a finalidade de reprimir a especulação mobiliária e imprudente pirâmide empresarial <sup>19</sup>.

Pelo que se vê, o plano do *New Deal* caracterizou-se, pois, pela intervenção do Estado na economia, contra os postulados clássicos do liberalismo econômico (do Estado mínimo). Conforme Heilbroner (1987, p. 206), o plano “foi importante como marco de uma autêntica mudança no desenvolvimento da própria economia de mercado” e “com seu advento, começamos a descrever a evolução de uma nova espécie de capitalismo”.

Conforme se vê, a doutrina liberal do século XIX, apoiada no individualismo, liberdade plena de mercado e mínima intervenção econômica, foi forçada a conviver, pelas circunstâncias históricas do fim do século XIX e início do

---

<sup>19</sup> Apesar de tais leis, como ressalva Heilbroner (1987, p. 205/206), os Cem Dias somente inauguraram o *New Deal*, mas, de modo algum, o completaram. Ainda restariam por aprovar a Lei da Previdência Social, a legislação habitacional, a Lei da Recuperação Nacional, a Lei Wagner, dentre outras. De fato, só em 1938 é que o plano seria completado, com a aprovação da Lei dos Padrões Justos de Trabalho, estabelecendo salários mínimos e jornada máxima de trabalho, bem como banindo o labor infantil no comércio interestadual.

século XX, com um novo fator: era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos de uma ou outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto necessário demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas (STRECK et al, 2003, p. 59/60).

À guisa de demonstração, pode-se elencar aquilo que Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 235/237) define como *causas privilegiadas* do processo de transformação do perfil mínimo adotado pelo Estado Liberal:

- a) a revolução industrial e suas consequências de proletarização e urbanização;
- b) a Primeira Guerra Mundial, que rompe a tradição do liberalismo econômico, acelerando violentamente a ação de fatores desagregadores;
- c) a crise econômica de 1929 e a Depressão, que trouxeram a necessidade de uma economia interventiva, onde se reconciliam os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental;
- d) a Segunda Guerra Mundial, que impõe a assunção de um papel controlador dos recursos sociais;
- e) as *crises cíclicas* que, já no final do século, apontavam para as fissuras do liberalismo (monopólios e exacerbamento das desigualdades sociais);
- f) os movimentos sociais, que rechaçam o dogma de que livre força do mercado (*mão invisível*) seria capaz de levar a bom termo o processo econômico;
- g) a *liberdade* positiva em lugar da *potencialidade* liberal, sustentada em suas liberdades negativas.

Em suma: a centralização da questão social no debate econômico que se operou nestes termos, viria a alterar, fundamentalmente, o papel do Estado em relação a economia, já que, com os clamores da classe operária crescente e a crise econômica experimentada no período entre guerras, o modelo abstenteísta e o livre

desenvolvimento do mercado não mais se compatibilizavam com o novo contexto social.

Conforme acentua Nicola Matteucci (et al, 2004, p. 702/703),

“[...] o liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades de (isto é, de religião, de palavra, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo), e conseqüentemente reivindicara a não interferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para liberdades do ou da (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância), e para atingir estas finalidades implícitas na lógica universalista do liberalismo renunciou-se ao dogma da não intervenção do Estado na vida econômica e social”.

Assim, diante da insuficiência do dogma do individualismo em relação a nova situação social do século XX, o Estado, antes pragmático, experimentou novos contornos sociais, o que implicaria na adoção de um novo modelo político, essencialmente prestacional, com relevantes repercussões no domínio econômico: trata-se do *Estado Providência* ou, como é usualmente conhecido, *Estado de Bem-Estar Social (Welfare State)*.

## **2.2 Estado Providência (ou de Bem-Estar Social): A mão pesada do Estado**

No florescer do memorável Século XX, a “era dos extremos” (emprestando-se aqui a conhecida expressão cunhada por Eric Hobsbawn), a ideologia do Estado Providência significou a “a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social”, transformando-se em “prestador de serviços e empresário” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 22).

Ou seja, no ímpeto de institucionalizar a prestação particular, o Estado tomou de assalto setores que antes eram tidos como próprios da iniciativa privada, embrenhou-se por novos meios comerciais e industriais, reestruturou o mercado e liderou a renovação das estruturas sociais e econômicas; abandonando, ao fazê-lo,

a postura negativa do modelo liberal do século anterior (predomínio do liberalismo *laissez faire* e a crença na “mão-invisível” de Adam Smith).

Conforme leciona Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 57),

“sendo um sistema estatal intermediário entre o liberalismo e o marxismo, o *Welfare State*, ou também chamado de ‘Estado de Bem-Estar Social’, surgiu com o propósito de amenizar, de um lado, os problemas sociais (p. ex. miséria e desemprego) do pós-guerra e consequentemente o fracasso do Estado Liberal e, de outro, a falta de competitividade e eficiência produtiva em razão da apropriação, por parte do Estado Socialista, dos meios de produção, da propriedade privada e também de seu planejamento econômico burocratizado, que sucumbiu por completo à iniciativa privada e à livre concorrência”.

No mesmo sentido, André Ramos Tavares (2003, p. 60/61) argumenta que

“[...] o conceito de *Welfare State*, que aqui se enfrenta, tem essencialmente, nas políticas públicas assistenciais, sua razão de ser. Identifica-se por força da existência de uma determinada parcela de políticas públicas, que se ofertam à sociedade com finalidades bastante precisas: promoção do bem comum com a prestação assistencial geral e econômica. A expressão refere-se, pois, à ação do Estado”.

Historicamente, o modelo providencialista de Estado tem como marco de implantação a Constituição Mexicana de 1910, que se preocupou com a incorporação de direitos econômicos. Mas foi na Lei Fundamental de Weimar de 1919, que inaugurou a primeira elaboração de um capítulo dedicado à ordem econômica em texto constitucional, que o papel do Estado na economia foi devidamente ampliado, “de modo que a via de inserção da matéria no rol daquelas consideradas constitucionais foi a escolhida para transformar a posição do Estado, admitindo-o na economia com maiores aberturas”, com o que se pretendia assegurar a prevalência do interesse público sobre os egoísticos interesses privados e individuais decorrentes do liberalismo exacerbado e seu individualismo correlato (TAVARES, 2003, p. 61).

Tomando-se a sistematização formulada por Erros Grau (2006, p. 122), podem-se destacar 03 modalidades de intervenção do Estado na economia: (I)

*intervenção por absorção ou participação*; (II) *intervenção por direção* e (III) *intervenção por indução* <sup>20</sup>. Tem-se, portanto, a par de tal sistematização, que o Estado Providência se afirma pela *intervenção por absorção*, já que assumiu amplo prisma de funções econômicas, avocando postos que antes pertenciam a iniciativa privada (a título de intervenção) e atuando, de forma direta, em setores que já lhe eram naturalmente reservados, mas, então, com alcance reduzido.

### **2.2.1 A crise do Estado Social: Excessiva onerosidade e insuficiência econômica**

No contexto nacional, o modelo do Estado Providência atravessou o Atlântico para fincar-se em terras brasileiras com a tomada do poder por Getúlio Vargas, na intitulada “Revolução de 1930”. Imbuído de forte ideologia populista, o Estado, então, dedicou-se ao desenvolvimento da máquina pública (e do *establishment* estatal), tomando integralmente para si o ônus de fomentar e sustentar o desenvolvimento econômico da nação.

Embora tenha obtido resultados positivos (no contexto nacional, especial destaque às conquistas trabalhistas e previdenciárias), por evidente que o modelo providencialista brasileiro não pôde sustentar-se, em virtude de sua onerosidade.

Em mui apertada síntese, podem-se destacar, dentre outras, como causas principais que tornaram inviável a manutenção do Estado de Bem-Estar no Brasil: a (I) *crise fiscal*, gerada pelo (inédito e espantoso) crescimento populacional (quanto maior o conforto experimentado, maior a expectativa de vida) e pela crescente ineficiência das funções assumidas pela administração estatal, que representou a incapacidade do Estado em cumprir as obrigações assumidas (mesmo as mais essenciais) e levar adiante o desenvolvimento dos pretendidos projetos ambiciosos; e (II) a *elevação dos passivos governamentais* (em âmbito

---

<sup>20</sup> Salienta-se, contudo, que não há que se falar em intervenção quando o Estado apenas atua em área que já lhe é reservada por natureza, v.g., quando desenvolve atividades atinentes à prestação do serviço público.

interno e externo), já que os projetos assumidos ultrapassavam, de forma crescente, os recursos estatais disponíveis.

Destacam-se, ainda, como motivadores da crise estrutural do Estado Providência brasileiro, o *problema previdenciário* (inadequação dos cálculos previdenciários ao novo patamar de longevidade, capacidade laborativa, de participação no mercado de trabalho, dentre outros), a *evolução tecnológica* experimentada pelos países estrangeiros capitalistas (em contraposição à estagnação local), a *crise social* (motivada pelo descrédito do *establishment*, *demasiado burocrático e inepto*), *bem como a pressão política dos setores privados, interessados na abertura do mercado*.

Em resumo, conforme explica Phillip Gil França (2008, p. 114),

“[...] essa política (providencialista), ao longo do tempo, apenas gerou o crescimento desordenado e a insustentabilidade da máquina administrativa, pois a Administração viu-se obrigada a arcar com ônus impraticáveis e sem perspectiva de recuperação de bônus que a sustentasse [...]. Entre outros fatores que revelaram a *bancarota estatal*, frisa-se a crise financeira, uma vez que o Estado afundou-se em suas dívidas externa e interna para – no mesmo sentido – empurrar o problema de manutenção da máquina pública para frente”.

Nesse quadro de desequilíbrio entre a *pretensão* avocatória do modelo providencialista e sua incapacidade de *prestação* das obrigações assumidas no plano concreto, o Estado viu-se compelido a reduzir sua estrutura produtiva e prestacional. Na realidade nacional, tal preocupação (em reestruturar a “titânica” burocracia local), materializou-se com a implantação do *Programa Nacional de Desestatização* (PND), deflagrado com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que representou a flexibilização do monopólio estatal em diversas áreas estratégicas, como energia elétrica, exploração de petróleo, telecomunicações, dentre outras.

Nesse jaez, o *Programa Nacional de Desestatização* marca, em terras nacionais, a mais recente transição do Estado brasileiro, do modelo providencialista, de ímpeto estatizante, para o modelo regulatório, termo médio entre a abstenção e a intervenção. Cabe-nos, portanto, prosseguir em análise do modelo de Estado

Regulador, nascedouro político das agências reguladoras independentes, objeto deste estudo.

### **2.3 Estado Regulador: O aperto de mãos entre o absentéismo e o intervencionismo econômico**

*A priori*, cabe aqui destacar que a presente seção cuida apenas de elucidar as principais etapas político-históricas que levaram à afirmação de um Estado regulador Brasileiro. Noções técnicas sobre o direito regulatório em si serão analisadas no capítulo seguinte.

Pois bem. Como já destacado, a ascensão do Estado Providencialista significou a assunção de inúmeras atividades pela administração pública, notadamente os setores ditos *essenciais* ou de *interesse público*, quais sejam, as telecomunicações, a exploração petrolífera e energética, os serviços de saneamento, a aviação civil, dentre outros.

Ocorre que, no caso do Estado brasileiro, a participação marcante do Estado no domínio econômico, através da criação de inúmeras empresas públicas, gerou irreversível crise fiscal e administrativa, considerando a incapacidade técnica da administração nacional em conduzir, de forma adequada, os setores que havia pretendido assumir, bem como pela ausência de recursos suficientes para arcar, de súbito, com inúmeras prestações sociais. Em termos claros: o Estado brasileiro, assim como outros que embarcaram no projeto de Estado Social, era maior do que sua economia era capaz de sustentar, de sorte que o papel social que havia utopicamente reivindicado não correspondia à sua realidade estrutural.

Como acima explanado, apesar das inegáveis conquistas sociais que o Estado Providencialista foi capaz de proporcionar (especialmente à multidão de descamisados sempre presentes em nosso país), tais fatores levaram a uma inevitável crise econômica e crescimento exponencial da dívida externa, considerando que a ausência de recursos próprios impôs que o Estado se

socorresse de fundos internacionais, tomando vultosos empréstimos (com vultosas taxas de juros) destinados a “tapar os buracos” das combalidas finanças sociais.

É diante de tal crise estrutural que surgem os primeiros movimentos político-econômicos que propõem a correção de rumos, com a *desregulamentação*, a *desestatização* e a *redução das cargas impositivas*, para reestimular o crescimento – é nesse contexto, como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 74) “que a velha interpretação pesada, pró-Estado, se transforma na nova interpretação leve, pró-sociedade”. Segundo o respeitável autor (MOREIRA NETO, 2003, p. 74), nessa nova interpretação “o papel do Estado muda: de agente *monopolista*, *concorrente* ou *regulamentador*, torna-se uma um agente *regulador* e *fomentador*” – tal mudança, ressalva-se, não significa um movimento para chegar a um *Estado mínimo*, como se poderia pensar, mas para torná-lo um *Estado melhor*.

O Estado, portanto, encara a proposta de uma nova mudança: as funções sociais do Estado permanecem, mas são indispensáveis novos regimes de intervenção e controle capazes de evitar o crescimento descontrolado da despesa pública, com desagradáveis consequências orçamentárias e burocráticas, e promover a eficiência econômica (MONCADA, 2003, p. 44).

### 2.3.1 Intervenção direta x intervenção indireta

Nessa ordem, vislumbra-se a oposição entre dois modelos de intervenção no domínio econômico: a *intervenção direta*, adotada pelo Estado Providencialista, e a *intervenção indireta*, idealizada no Estado Regulador<sup>21</sup>.

Para Luís Cabral S. de Moncada (2003, p. 42), a *intervenção direta*<sup>22</sup> existe quando é o próprio Estado que assume o papel de agente produtivo, criando

---

<sup>21</sup> Tal terminologia (intervenção direta e indireta) é a adotada por J. Simões Patrício, Manoel Afonso Vaz e Luís S. Cabral de Moncada. Diversamente, Bernard Chenot e Alberto Venâncio Filho, preferem a denominação *Direito Regulamentar Econômico*, referindo-se ao conjunto de normas que regem, estimulam e incentivam a atividade econômica no setor privado, e *Direito Institucional Econômico*, para designar a situação em que o Estado atua diretamente na atividade econômica.

<sup>22</sup> A intervenção direta aqui menciona refere-se a um *comportamento político do Estado*, e não se confunde com o conceito homólogo usado no Direito Administrativo para definir a atuação da

empresas públicas ou controlando sociedades comerciais, através das quais atua, intervindo nos circuitos de comercialização, se adquire produtos através dos organismos de coordenação económica, se intervém na importação, quando importa diretamente certos produtos através de monopólios de importação, etc., de modo a não desequilibrar o mercado interno. De um modo geral, na intervenção direta o Estado “ou assume a posição de um sujeito económico, ou determina directamente a conduta de um sujeito económico dele distinto, por ex., uma empresa privada ou pública” (MONCADA, 2003, p. 42).

Em outras palavras, através da atuação *direta*, o Estado passa a atuar como *empresário*, comprometendo-se com a atividade *produtiva*, quer sob a forma de *empresa pública*, quer sob a de *sociedade de economia mista*, em *regime concorrencial*, em que se equipara com as empresas privadas, ou em *regime monopolístico* (FONSECA, 1995, p. 198). A intervenção direta pode se dar, ainda, quando o Estado *assume* a gestão de empresa privada, passando a dirigi-lo quando interesses de ordem social o exigiam.

A seu turno, a *intervenção indireta* existe quando a atividade das empresas privadas, mistas ou mesmo públicas, é objeto de medidas de carácter fiscalizador (poder de polícia) ou de estímulo (poder de fomento). Vale dizer: a intervenção indireta do Estado limita-se a condicionar, a partir de fora, a atividade económica privada, sem que assuma a posição de sujeito económico ativo. Tal como explica Luís Cabral S. de Moncada (2003, p. 43)

“na intervenção indirecta o Estado nem sempre produz bens e serviços, orientando simplesmente a partir de fora a actividade dos sujeitos económicos, sejam eles privados ou públicos, de acordo com finalidades públicas ou simplesmente evitando que a actividade respectiva lese interesses socialmente relevantes. Trata-se da regulação”. (grifo nosso)

Ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade económica empreendida pelos particulares, o Estado Regulador adota determinadas formas de *política económica*, peculiares a cada campo de atuação. Conforme explica João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 201), a *política*

*econômica* tem como objetivos fundamentais, ao menos nos países desenvolvidos, assegurar o *crescimento sustentado na economia*, assegurar o *pleno emprego dos fatores de produção*, particularmente da mão de obra, uma *relativa estabilidade de preços*, e garantir o *equilíbrio da balança de pagamentos*. Para tanto, afirma o mesmo autor (FONSECA, 1995, 201), “deverá o Estado (Regulador) adotar uma série de *medidas de política econômica* que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais, mas que não têm por isso sua importância diminuída”.

Ao que se vê, o Estado Regulador opta pela descentralização institucional de certas tarefas e atribuições, substituindo a intervenção direta por formas de intervenção indireta ou reguladora, para conferir à atividade privada o desempenho total ou parcial de suas funções sociais. O paradigma, portanto, “é o do Estado regulador e não o do Estado (directamente) intervencionista” (MONCADA, 2003, p. 45).

### **2.3.2 Plano Nacional de Desestatização: A ascensão do Estado Regulador brasileiro**

Como anteriormente exposto, o Estado Providencialista brasileiro, que se estendeu desde o governo Vargas até os estertores do regime militar, resultou em uma crise fiscal sem precedentes. Nesse cenário, o Estado Democrático, definitivamente (re)inaugurado com a promulgação da Constituição da República de 1988, já nasce com inúmeros problemas de receita, especialmente o elevado passivo contraído a nível internacional e, internamente, o ineficiência do controle inflacionário.

Às voltas de uma severa crise econômica, defronta-se o Estado com a necessidade de reduzir sua imensa estrutura econômica, adquirida ao cabo de sucessivas governanças populistas. Para tanto, dá-se início ao chamado *Plano Nacional de Desestatização* (PND), deflagrado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que passou a discipliná-lo, através do qual o Estado brasileiro, à custa de concessões e

privatizações, intentou adotar a intervenção indireta em detrimento da atuação direta no domínio econômico; ao optar por esta mudança setorial, o Estado abandona o gigantismo do Estado Social em favor do pragmatismo do Estado Regulador <sup>23</sup>.

Assim, o *Programa Nacional de Desestatização* objetivou a transferência de atividades e serviços públicos do Estado aos particulares, reestruturando a Administração Pública de forma a (apenas) controlar a atuação das empresas privadas, conferindo-o o caráter de “interventor subsidiário perante a prestação do serviço público e atendimento da sociedade” (FRANÇA, 2008, p. 126).

À guisa de demonstração deste intento, o art. 1º da Lei nº 9.491/97 prevê que o *Programa Nacional de Desestatização* tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

É de se notar que com a *desestatização* <sup>24</sup> (fenômeno geral, que optamos por identificar a partir da expressão consagrada *intra legem* no Brasil),

---

<sup>23</sup> Não se olvide também a importância da Emenda Constitucional nº 19/98, a chamada *Emenda da Reforma Administrativa*, que igualmente prestou-se a conferir caráter mais técnico à Administração Pública, condizente com seu (novo) papel regulador.

<sup>24</sup> Nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.491/97, considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União,

inaugurou-se uma nova forma de capitalismo liberal, em substituição ao Estado de Bem-Estar Social (ou Providência) – assim, surge o *neoliberalismo*<sup>25</sup>, em oposição ao modelo anterior, que “nada promete, mas parece tudo cumprir, com uma mudança do papel do Estado, fomentador da atividade econômica, que passa agora a ser *regulador*” (LEHFELD, 2008, p. 58).

Desta forma, se no Estado Providência (ou de Bem-Estar Social), o modo de promover o bem comum “reside num complexo heterogêneo de atuações estatais”, o Estado Regulador “atenua a relevância das propostas de intervenção direta e material”, realizando o bem comum através da atuação regulatória, com a edição de regras e outras providências destinadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições (FRANÇA, 2008, p. 27).

Como destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006, p 02), a “reforma administrativa do Estado gerou a flexibilização dos rígidos modos de atuação da administração pública” e, para esse fim,

“é proposta a substituição de seu modelo burocrático, no qual ‘a norma, a finalidade, o meio e a impessoalidade objetiva dominam sua conduta’, para gerencial, ou seja, de uma Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada, para outra mais democratizada, com prevalência da eficiência e indicadores objetivos e mensuráveis de gestão, dando maior ênfase ao resultado do que ao processo. Objetiva também o atendimento do cidadão-usuário, ou cidadão-cliente; a descentralização instrumentalizada, através das agências executivas, reguladoras e organizações sociais controladas por indicadores de desempenho, através dos contratos de gestão”. (grifo nosso)

Para melhor compreensão e seguindo a sistematização proposta por Marçal Justen Filho (2002, p. 25/26), o modelo regulatório inaugurado pelo PND apresenta, dentre outras, as seguintes modificações fundamentais em relação padrão providencialista anterior:

- a) *Âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado*: De um lado, cogita-se a transferência de atividades antes desenvolvidas pelo Estado em

---

diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

<sup>25</sup> Ressalvamos aqui o emprego do termo *neoliberalismo*, considerando as inúmeras divergências acerca de sua real acepção. Por isso, no mais, optamos pelo uso da terminologia Estado regulador, que consideramos mais condizente com o estudo.

favor da iniciativa privada; por outro, propõe-se a flexibilização dos monopólios estatais sobre atividades estratégicas, para oportunizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado;

- b) *Inversão da relevância do instrumento interventivo*: O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não como interventor direto e sim como partícipe indireto, valendo-se, nesse novo paradigma, do instrumento normativo e de suas competências política para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum;
- c) *Ampliação das possibilidades de intervenção*: Tradicionalmente, a intervenção estadual no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios; no modelo regulatório, doutro modo, admite-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social;
- d) *Institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada*: No modelo regulador, o Estado abandona o regramento *estático* em favor de uma concepção de regramento *dinâmico*, no sentido de que tem de dispor de mecanismos de acompanhamento e controle dos agentes privados, o que implica na necessidade de inovação *contínua*.

Pois bem. A reforma administrativa brasileira, com a assunção, ainda em transição, do (novo) papel regulador do Estado, consolidou-se *de facto* com a instituição das agências reguladoras federais, idealizadas como instrumentos de intervenção estatal no setor econômico. Ao instituí-las, o Estado brasileiro assumiu, concretamente, o papel de regulador dos mercados que originou. Com efeito, como bem destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2002, p. 03), “através do processo de *desestatização*, o Estado brasileiro redimensionou sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica” (grifo nosso), tal qual disposto no art.

174, da Constituição Federal <sup>26</sup>, “voltando-se para a criação de agências reguladoras e para um novo modelo de regulação para a competição”. É o que se verá a seguir.

---

<sup>26</sup> 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.

### 3 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO

Como visto no capítulo anterior, na virada do último século, com o retumbante fracasso do modelo comunista-soviético, o Estado “forte”, de pesadas intervenções <sup>27</sup>, careceu de legitimidade e, sobretudo, viabilidade para manter-se como tal, impondo-se a instituição de um novo modelo de administração que prestigiasse eficiência e dinamicidade, reduzindo a massa burocrática adquirida pelo *Welfare State*. Nesse cenário, surge como protagonista desta “virada interventiva”, o Estado Regulador que, através de sua reforma administrativa, assumiu o dever de *regular* e não mais *dirigir* a atividade econômica de interesse geral. Ao fazê-lo, como já salientado, o Estado torna-se *orientador* dos mercados que ele mesmo, na condição de *gestor*, instituiu, legando à iniciativa privada o dever maior de geração de riquezas <sup>28</sup>.

De fato, tal como resume Marcos Juruena Villela Souto (2008, p. 01):

“A insuficiência de recursos públicos para atendimento de todos os anseios e expectativas confiados pela sociedade ao Estado e a busca da eficiência nesse atendimento levou à substituição do Estado gestor pelo Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral; fruto do princípio da subsidiariedade, a regulação representa a disciplina jurídica da atividade econômica privada em segmentos relevantes para o desenvolvimento social”.

No mesmo sentido assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 95), para quem

“[...] a regulação é um dos mais expressivos frutos das tendências contemporâneas do Direito Público para o aperfeiçoamento da decisão administrativa com vistas a que seja eficiente em seu desempenho e

---

<sup>27</sup> Como já alertado, não se pode olvidar que, em menor ou maior escala, o Estado, por sua própria natureza, exerce atividade interventiva de alguma ordem. A política providencialista, no entanto, significou um “agigantamento” inédito do Estado, em comparação ao modelo liberal anterior, o que, em terras brasileiras, só veio a ser “sanado” com o Programa Nacional de Desestatização, a que nos referimos no capítulo anterior.

<sup>28</sup> Apesar disso, no caso brasileiro, como sabido, o Estado ainda é um “relevante” agente econômico, notadamente através da razoável (e questionável) quantidade de empresas estatais e de economia mista.

legitimada em seu resultado, superando assim as linhas tradicionais da administração burocrática da corte positivista, em que, tanto a eficiência como a legitimidade, não eram mais que referências secundárias e periféricas”.

Segundo Marçal Justen Filho (2012, p. 639), a regulação consiste na opção preferencial pela intervenção indireta e revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados não se basta com o exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. Nos dizeres do autor (2012, p. 639),

“o Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos. Esse conjunto de normas chega a ser identificado como um ramo específico do direito, o direito econômico (ou o direito público da economia).

A regulação, no entanto, como ressalva Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 23), é um “fenômeno multifacetário e complexo”, dotando de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, “[...] mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia”.

De fato, tal como assinala Joaquín Tornos Mas (1999, p. 61 *apud* ARAGÃO, 2004, p. 22),

“[...] a introdução na linguagem jurídica do conceito de regulação é problemática. A utilização de um termo dotado de diversos conteúdos choca-se com a necessária segurança que deve reger o mundo do Direito. [...] Não faltam vozes críticas em relação à utilização da expressão regulação. Assim, já se disse que ‘da mesma forma que o conceito de comunicação, a regulação é um conceito polissêmico, um gigante com pés de barro, falta de rigor e de precisão jurídica’. Mas também se tem reconhecido que, apesar do termo regulação não fazer parte do vocábulo tradicional dos juristas, ‘é cada vez mais utilizado pelos publicistas, especialmente quando estudam as autoridades administrativas independentes’.” (grifo nosso).

No mesmo sentido também admoesta Marçal Justen Filho (2002, p. 25):

“A alusão a ‘Estado Regulador’ não pode ser interpretada no sentido da existência de uma configuração padronizada e unitária. Fala-se muito mais de um ‘modelo regulador’ de Estado para indicar uma situação variável e heterogênea, que se concretiza de diversos modos. A propósito do Estado, poderiam ser aplicadas as palavras de Eros Grau, no sentido de que ‘a cada sociedade corresponde *um direito*, integrado por determinadas regras e determinados princípios. Não obstante podemos, no plano do abstrato, falar em certos *modelos de direito*”.

Sobre a imperiosidade da regulação, cabe, também, a observação formulada pelo Papa João Paulo II quando de sua carta encíclica *Centesimus Annus* (1991, p. 48), em comemoração aos 100 anos da encíclica *Rerum Novarum*<sup>29</sup>, de Leão XIII

“A atividade econômica, em particular a da economia de mercado, não se pode realizar num vazio institucional, jurídico e político. Pelo contrário, supõe *segurança* no referente às garantias da liberdade individual e da propriedade, além de uma moeda estável e serviços públicos eficientes. A principal tarefa do Estado é, portanto, a de garantir esta segurança, de modo que quem trabalha e produz possa gozar dos frutos do próprio trabalho e, conseqüentemente, sinta-se estimulado a cumpri-lo com eficiência e honestidade”.

Passemos, inicialmente, a discutir as questões semânticas atinentes ao tema, como se fará a seguir.

### **3.1 Origem do termo e aparentes conotações: *regulation* e *regulator***

Antes de compreendermos a regulação como função do Estado contemporâneo (regulador), cabe-nos solucionar a questão terminológica que envolve a palavra *regulação*.

---

<sup>29</sup> Que, como visto, também representou forte contribuição ao reconhecimento dos direitos sociais, notadamente os de titularidade dos proletariados.

A investigação científica sobre a acepção do termo *regulação* não se deu na doutrina pátria, mas sim em países de língua inglesa, “[...] os quais indicam a atividade desenvolvida pelo Estado de *regulation* e, para o sujeito que a realiza, *regulador*” (LEHFELD, 2008, p. 65). A tradução, para o vernáculo, destas expressões implica em algumas dificuldades, considerando que a tradicional concepção de Estado não contempla esta nova competência da Administração. Com efeito, para Calixto Salomão Filho (2001, p. 14), a razão para o problema da definição do termo é simples:

“Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer”.

Também Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 29) observa que a tradução do termo *regulação* é bastante problemática. Segundo o autor (2004, p. 29):

“‘Regulation’ se traduz usualmente por ‘regulamentação’, ‘regulamento’, ‘regulação’, e ‘regra’. Há, portanto, uma assimilação de ‘regulation’ a ‘regulação normativa’, ou seja, a produção de normas jurídicas de caráter regulamentar. [...] No sistema norte-americano o termo ‘regulation’ tem duas acepções distintas, uma mais restrita do que a outra. Em sentido amplo, ‘regulation’ equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, ‘regulation’ consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. [...] O poder mais importante do Estado é o da coerção. ‘Regulation’ é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos”. (grifo nosso).

A tradução mais próxima para a língua portuguesa das expressões *regulation* e *regulator* poderia ser *regulamentação* e *regulamentador*. No entanto, a expressão regulamentação, como se verá a seguir, já possui conotações específicas no direito brasileiro, referindo-se à “função normativa infralegal que especifica as condições necessárias para ampliar a eficácia de certos dispositivos legais” (LEHFELD, 2008, p. 66); assim, esta tradução não corresponde ao que efetivamente deve se entender como *regulation*

Vê-se, portanto, que o fenômeno aqui analisado dificilmente se resume às três funções tradicionalmente assimiladas ao Estado. Por isso, tal como aponta Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 67), temos que a expressão *regulation* refere-se a atribuições do Estado “[...] que não se identificam nem com a função normativa em sentido próprio, nem com a prestação jurisdicional e nem com a atividade administrativa em sentido estrito”<sup>30</sup>.

Assim, considerando que a acepção a ser conferida ao termo *regulation* é mais ampla do que uma interpretação superficial pode fazer supor, Calixto Salomão Filho (2001, p. 15) define que tal expressão “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”. Desta feita, o Estado exerce a regulação

“[...] no momento em que delega a execução do serviço à iniciativa privada, por meio da concessão, permissão ou autorização, regulando seu desempenho e qualidade, como também na criação de regras em decorrência do exercício do poder administrativo de polícia” (LEHFELD, 2008, p. 67).

Ainda sobre pontos semânticos, cabe também diferenciar regulação de regulamentação, conceitos que, apesar da similaridade gráfica não se confundem.

### **3.2 Regulação e Regulamentação: uma diferenciação necessária**

Prosseguindo na linha assumida no tópico antecedente, temos que, a despeito das similitudes gráficas, regulação e regulamentação são conceitos diversos e prestam-se a identificação de institutos que não se confundem. Cabe aqui, portanto, traçar breve, porém relevante, distinção que permita o adequado detalhamento do objeto que esse estudo pretendeu analisar – como deve se dar,

---

<sup>30</sup> Nesse quesito, Marçal Justen Filho diverge. Segundo o autor (2012, p. 642), “a competência regulatória envolve tanto competências legislativas como administrativas, tal como discriminadas constitucionalmente”, razão pela qual, ao ver do autor, não seria absurda “[...] a tese de que a regulação se produz também por meio da intervenção jurisdicional”.

segundo as bases assentadas da Hermenêutica, em todos os conceitos que compõem o cabedal de elementos que integram a Ciência Jurídica.

Com efeito, o Direito, sendo Ciência (Jurídica), externa-se por conceitos muito próprios e precisos, elaborados para definir elementos específicos. Em cruas palavras, o que se identifica por um modo, não pode ser reconhecido por outro (a despeito de eventuais semelhanças gráficas ou fonéticas) já que o rigor científico exige precisão no uso da linguagem, o que determina a atuação do operador – com efeito, segundo o conhecido adágio de Ludwig Wittgenstein, autor do indispensável *Tractatus Logico-Philosophicus*, “os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo”<sup>31</sup>.

Cabe, nesse sentido, a precisa definição de Herbert Hart (2009, p. 17), um dos mais conhecidos e memoráveis jusfilósofos, para quem: “uma definição é, como a palavra sugere, principalmente uma questão de traçar linhas divisórias ou distinguir entre um e outro tipo de coisa, que a língua demarca pelo uso de palavras distintas”.

Pois bem. Feita esta pequena intervenção, cabe-nos verificar a real diferença entre os conceitos de regulação (poder regulatório) e regulamentação (poder regulamentar).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 60), o *poder regulamentar*<sup>32</sup> é “[...] a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”. Tal prerrogativa decorre de que o Poder Legislativo, ao editar leis, sem sempre possibilita sua execução. Nesse cenário, cabe, então, à Administração “[...] criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 60).

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2004, p. 132),

---

<sup>31</sup> Ao leitor, que indulgencie o autor por esta inicial elucubração sobre a precisão da linguagem na Ciência e no Direito; mas, considerando os atuais clamores em prol da redução dos ditos “formalismos” da linguagem dos operadores, considerada demasiado “empolada” pelos que desconhecem os rigores do método, cabe aqui esta humilde e despretensiosa intervenção. A despeito disso, não se pode olvidar que os eventuais excessos que, a título de falsa erudição, prejudicam a compreensão dos leitores e ouvintes, devem ser evitados e combatidos, já que igualmente prejudiciais à precisão da linguagem.

<sup>32</sup> Maria Sylvania Zanella de Pietro opta pela adoção do termo *poder normativo*, já que, nos dizeres da autora, “não esgota toda a competência normativa da Administração” (2009, p. 89).

“[...] sob o aspecto material, a *regulamentação* é uma *função política*, no exercício de uma *prerrogativa do poder político* de impor *regras secundárias*, em complementação 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 escritíssima previsão constitucional, por isso mesmo, geralmente cometida a chefes de estado ou de governo”.

A formalização do poder regulamentar se processa por *decretos* e *regulamentos*, expedidos pelo Presidente da República <sup>33</sup> nos termos do art. 84, IV, da Constituição da República, *in verbis*:

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;

Existem diversos graus de regulamentação, a depender do local na hierarquia normativa em que se encontre o ato regulamentador. Assim, os decretos e regulamentos podem ser classificados como *atos de regulamentação de primeiro grau*, ao passo que outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, com maior detalhamento, podem ser qualificados como *atos de regulamentação de segundo grau*, e assim por diante (CARVALHO FILHO, 2010, p. 61/62) – *ad exemplum*, as *instruções* expedidas pelos Ministros de Estado, com o fim de regulamentar as leis, decretos e regulamentos, possibilitando sua execução, são exemplos de atos regulamentação de segundo grau.

Salienta-se que a Administração Pública está restrita, no exercício de seu poder regulamentar, à *complementação* da lei, mas não à sua *alteração*, a pretexto de regulamentá-la, sob pena de caracterizar *abuso de poder regulamentar*, que autoriza o Congresso Nacional a “sustar os atos normativos do Poder Executivo

---

<sup>33</sup> E que se estende aos outros Chefes do Poder Executivo, como governadores, prefeitos e interventores, para os mesmos fins.

que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, na forma do art. 49,V, da Constituição Federal<sup>34</sup>.

Conforme se vê, ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegável *função normativa*, “[...] porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamento de validade na lei” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 60).

Pois bem. Diversamente da *regulamentação*, a *regulação* (função regulatória), pelo que foi exposto, é uma *função administrativa*, que não decorre, portanto, do exercício de uma *prerrogativa do poder político*, mas, muito pelo contrário, “[...] decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra com interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos” (MOREIRA NETO, 2004, p. 132/133).

Como resume Marcos Juruena Villela Souto (2008, p. 03),

“A função regulatória é distinta da função regulamentar porque esta, nos termos da Constituição Brasileira, art. 84, IV, só pode ser exercida pelo Presidente da República. Embora muito se fale na existência, no âmbito das agências reguladoras, de um ‘poder regulamentar amplo’, essa não é a expressão adequada, posto que privativo do Chefe do Poder Executivo. Ademais, enquanto o regulamento é ato informado por critérios políticos de detalhamento da lei, a norma regulatória explicita conceitos jurídicos indeterminados, implícitos na lei”. (grifo nosso).

Apesar da diferenciação que aqui se delineou, há vozes discentes na doutrina especializada sobre a pertinência desta distinção. *Ad exemplum*, para José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 63),

“a despeito da distinção entre os modelos, parece-nos não existir erronia no emprego da expressão *poder regulamentar* para ambos. É que tanto num como noutro caso, o órgão administrativo está complementando a lei e possibilitando a sua execução, o que, em última instância, se configura como objeto do poder regulamentar”.

Verificadas tais observações iniciais, cabe-nos conceituar o instituto da regulação, como se fará a seguir.

---

<sup>34</sup> Não nos aprofundaremos na questão da (in)existência do chamado *regulamento autônomo*, que é objeto de profunda divergência na divergência doutrinária.

### 3.3 Os tipos regulatórios de Vital Moreira e a conceituação do instituto

A par do acima exposto, cabe-nos, agora, tentar traçar um conceito jurídico satisfatório para definir o instituto da regulação, a fim de prosseguirmos na análise de seu exercício e variáveis.

Nesse quesito, o autor português Vital Moreira (1997, p. 34), de forma resumida, consegue destacar três linhas de concepções, intituladas *tipos regulatórios*, aplicáveis ao vocábulo *regulação*, que norteiam o entendimento dos autores brasileiros e estrangeiros, que seriam: (I) no *sentido amplo*, regulação seria toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente de seus instrumentos e fins; (II) no *sentido menos abrangente*, a regulação seria a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e (III) no *sentido estrito*, a regulação seria somente o condicionamento normativo da atividade privada, seja por lei ou qualquer outro instrumento normativo (ARAGÃO et al, 2006, p. 146).

Segundo Marçal Justen Filho (2004, p. 49), os *tipos regulatórios* elaborados por Vital Moreira são de grande contribuição para a adequação das definições doutrinárias relativos instituto da regulação, considerando tais tipos como “[...] modelos de organização estatal relativamente à partilha de competências regulatórias em face da organização interna do Estado e da relação com entidades extra-estatais”. Conforme explica o autor (2004, p. 50),

“no âmbito da organização estatal, as competências regulatórias são distribuídas segundo um critério de concentração, o que pode conduzir a um acúmulo de poderes em âmbito central. Mas também podem ser instituídas outras órbitas de poderes estatais orientadas a promover a regulação (tal como as agências reguladoras independentes). Admite-se, ademais disso, a regulação por entidades não estatais (o que poderia colocar a séria dúvida sobre a natureza das entidades reguladoras de profissões reconhecidas em face do Direito brasileiro). Isso permitiria diferenciar várias formas de conjugação de três núcleos teóricos da atribuição das aludidas competências, que são os órgãos estatais propriamente ditos, as agências e a chamada autorregulação”. (grifo nosso)

Dentre os tipos regulatórios elaborados por Vital Moreira, pode-se dizer que parte considerável da doutrina pátria opta por adotar o terceiro sentido, “[...] que correlaciona a regulação a todo tipo de intervenção do Estado na economia, seja por meio direto ou indireto, sem limitação de forma” (ARAGÃO et al, 2006, p. 147);

Com base nisso, temos mais acertada a definição elaborada por Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 37), para quem

“[...] a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controle ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

Em resumo, pode-se dizer que a regulação “[...] engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 14). Assim, consiste na “atividade *estatal* de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 637).

### **3.4 A regulação como função compósita do Estado (Regulador)**

Considerando a definição acima exposta, temos que a regulação constitui legítima função do Estado (daí que se falar em função reguladora ou função regulatória), que se expressa em “um *híbrido de atribuições de variada natureza*: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras” (MOREIRA NETO, 2003, p. 107). Em outras palavras, trata-se de um dos tipos de atividade estatal, que se traduz tanto no desempenho de função legislativa, jurisdicional e de controle, não se

restringindo, apenas, ao exercício da atividade administrativa (muito embora seja este objeto do presente estudo).

Neste exato rumo, Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 24) argumenta que a regulação implica na integração de diversas funções, pressupondo que “um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes”. Segundo o autor (2004, p. 24),

[...] este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações”. (grifo nosso).

No esteio da sistematização elaborado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 112/113), deflui-se que o exercício integrado da *função compósita da regulação* evidencia algumas características absolutamente novas, tais como:

- 1º) *um novo processo político*, que rompe a linearidade da decisão administrativa, que se originava no partido governante e terminava no agente administrativo;
- 2º) *uma nova visão administrativa* especializada, que hoje se legitima pelos *resultados* e não apenas pelo cumprimento de trâmites burocráticos;
- 3º) *um novo tipo normativo* que não apenas considera as razões de conduta individual, como faz a normatividade tradicional, mas também as suas consequências específicas sobre o setor regulado;
- 4º) *uma nova postura coercitiva* que não se limita tanto à repressão de abusos, mas está mais voltada à *prevenção de desequilíbrios* nos sistemas regulados;
- 5º) *uma nova concepção de relacionamento público*, que não se funda predominantemente na subordinação dos agentes privados

interessados nos setores regulados, mas na cooperação que possam oferecer para sua homeostasia;

6º) *um novo iter de permanente retroalimentação do sistema setorial a seu cargo*<sup>35</sup>, considerando a imensa complexidade da administração pública nos Estados contemporâneos e a necessidade de produzir continuamente correções oportunas e flexíveis, o que vem a ser afinal uma das características mais interessantes da função reguladora;

Cabe aqui, ainda, uma necessária observação: a função regulatória do Estado não se confunde com o dirigismo estatal ou econômico, praticado em diversos países sob os auspícios da política providencialista<sup>36</sup>.

De fato, o dirigismo estatal consiste na “supressão da autonomia empresarial privada (senão na eliminação da própria empresa privada), assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 639). Tal modelo caracterizava-se pelo planejamento centralizado e rejeição a espaços alheios ao Estado para a implantação de projetos de outra configuração.

Pelo que se vê, o dirigismo econômico antagoniza-se com os próprios fundamentos do Estado Regulador, opondo-se ideologicamente a ele. Com efeito, tal como destaca Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 23):

“A regulação é – isso, sim – característica de certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica”.

Finalmente, cabe aqui observar que a função regulatória do Estado, especialmente exercida através das agências reguladoras (independentes), muito recai sobre o que se denomina de *setores críticos*, relativos à certas atividades econômicas e/ou sociais de interesse coletivo. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 06), os setores chamados críticos são

---

<sup>35</sup> Como anotado pelo autor, cuida-se de termo de lavra de Marcos Juruena Villela Souto.

<sup>36</sup> Sobre o Estado Providencialista e seus caracteres, reportamo-nos ao capítulo anterior.

[...] o dos transportes, o da vigilância sanitária, o das telecomunicações, o energético, que se mencionam entre tantos outros, incessantemente a eles se somam, e cada vez mais se agravam na medida em que a adequada solução para cada um deles necessita de uma negociação extenua e permanente entre diferentes polos de interesses, que estão simultaneamente protegidos pela ordem jurídica”.

Verificado o “real” conceito de regulação, cabe-nos verificar a relação entre o tal poder (ou função compósita) e a noção de poder de polícia (administrativa), conforme se fará adiante.

### **3.5 “Poder regulatório” e poder de polícia: adequação de conceitos tradicionais ao (“novo”) contexto socialdemocrático**

Para Marçal Justen Filho (2012, p. 642), “sob certo ângulo, a regulação consiste na utilização permanente, racional e intensificada das competências do poder de polícia”.

Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti (1960, p. 06/07), o poder de polícia “constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa, dos direitos individuais por parte de todos”. Conforme resume o memorável publicista (CAVALCANTI, 1960, p. 07), trata-se de “[...] limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 809), esta atividade estatal comporta dois sentidos, um amplo e outro restrito. Em sentido amplo, o poder de polícia abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo, referindo-se, portanto, “ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e propriedade dos cidadãos” (MELLO, 2010, p. 809) – por isso, argumenta o autor, “nos Estados Unidos, a voz *police power* reporta-se sobretudo as normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos”. Doutra modo, em sentido estrito, o ilustre administrativista observa que o poder de polícia relaciona-se unicamente

“[...] com as intervenções, quer gerais ou abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa” (MELLO, 2010, p. 809).

O poder de polícia exercido pelo Estado pode incidir em duas áreas de atuação, administrativa e judicial. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 118), “a principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter *preventivo* da polícia administrativa e no *repressivo* da polícia judiciária”; assim, “primeira terá por objetivo impedir as ações antissociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal”. Doutra forma, Álvaro Lazzarini (2008, p. 20/25 apud DI PIETRO, p. 118, 2010), sintetiza que

“[...] a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do lícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

Não obstante as eventuais distinções, o que nos interessa, para os fins deste estudo, é que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), ao passo que a polícia administrativa se reparte entre os diversos órgãos da Administração pública, incluindo, além da própria polícia militar, “[...] os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social” (DI PIETRO, 2010, p. 118).

Quanto à atuação, no exercício da atividade de polícia, pode a Administração atuar de duas maneiras. Em primeiro lugar, pode editar *atos normativos*, que, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 91), “têm como característica o seu conteúdo genérico, abstrato e impessoal, qualificando-se, por conseguinte, como atos dotados de amplo círculo de abrangência”. Nesse caso, “as restrições são perpetradas por meio de decretos, regulamentos, portarias, resoluções, instruções e outros de idêntico conteúdo” (CARVALHO FILHO, p. 91).

Além desses, a Administração, no exercício do *police power*, pode criar *atos concretos*, que, também segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 91), são “preordenados a determinados indivíduos plenamente identificados, como são, por exemplo, os veiculados por atos discricionários, como a multa, e por atos de consentimento, como as licenças e autorizações”.

Pois bem. Apesar de tradicionalmente enquadrado como função legítima do Estado, no esteio do que afirma Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 33), temos que o poder de polícia é um dos temas que mais está a merecer atualização, considerando que “remonta ele a épocas em que a Administração Pública possuía uma competência ‘natural’ e genérica para conformar os direitos individuais a um metafísico ‘interesse público’”. Segundo o autor (ARAGÃO, 2004, p. 33):

“Em um Estado Democrático de Direito, a noção tem que, ao mesmo tempo, ser claramente limitada pelo conteúdo das leis, e ampliada para contemplar facetas regulatórias não existentes no Estado liberal-burguês que lhe deu origem. O próprio termo ‘polícia administrativa’ deve ser revisto, uma vez que o poder de polícia não é naturalmente inerente à Administração Pública de per se, mas a ele atribuído pela lei. Em última análise, portanto, o poder de polícia é do Legislador (art. 5º, II, c.c. 37, caput, CF), que, através de conceitos jurídicos mais ou menos indeterminados, atribui o respectivo exercício e, geralmente, também a regulamentação, à Administração Pública”.

No mesmo sentido, Agustín Gordillo (2010, p. 22) aponta que o poder de polícia

*“es una noción demasiado vieja a fines del siglo XX, uncida al carro de las tradiciones autoritarias de ese mismo siglo, de que tanto nos cuesta desprendernos. No tiene cabida en el siglo XXI. Y está finalmente cediendo su lugar a una proposición que al menos se presenta a sí misma como eje de debate, antes que como postulación de poder”.*

E conclui o ilustre autor (2010, p. 22):

*“[...] la ‘noción’ de policía es ambigua, confusa y además peligrosa por el uso que históricamente se ha hecho de ella. Si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo de hacerlo. Sin embargo, no lo hay y sólo por algún extraño fenómeno de resistencia al cambio, temor*

*a lo nuevo, comodidad, apego a lo antiguo, empatía con el poder o la razón que fuere, se mantenga en vigor lo que ya ha sido y puede volver a ser, sepultura de la libertad. Sostener esta noción es negar la finalidad misma del derecho administrativo; es en definitiva deliberadamente preferir el poder y no la libertad; la autoridad y no los derechos”.*

Tais ajustes necessários ao conceito do poder de polícia face às novas perspectivas do Estado Democrático de Direito somados à multiplicidade de funções assumidas por este novo modelo de Estado (de perfil regulador da economia), fazem crer em alguns autores que se está diante de uma “deformação do conceito tradicional de polícia administrativa”, que tenha por objeto a intervenção no domínio econômico, consistente em “toda uma variada gama de técnicas restritivas e moduladoras da liberdade de indústria e comércio por meio das quais o Estado desenvolve um importante meio de atuação” (CHIRILLO, 2003, p. 461 apud ARAGÃO, 2004, p. 35).

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 34),

*“a perplexidade desses autores com o ‘novo’ poder de polícia sobre a economia, faz com que afirmem que esta atividade, fundada em um interesse público para assegurar a ‘ordem pública econômica’, que apresenta uma importante semelhança com a atividade de polícia, deva ser denominada de regulação das atividades econômicas”.*

Em vista disso, Gaspar Ariño Ortiz (1993, p. 50 apud ARAGÃO, 2004, p. 34) estabelece a seguinte distinção entre *polícia econômica* e *regulação econômica*: a polícia econômica tem caráter externo, obstando que a atividade econômica prejudique o meio ambiente, a saúde pública, os padrões urbanísticos, a segurança, etc., ao passo que a regulação econômica centra-se, fundamentalmente, na entrada e saída da atividade e afeta as condições econômicas em que a atividade se desenvolve: o *quantum* de produção, as zonas ou mercados em que atua cada empresa, os preços ou retribuições que recebem em decorrência da atividade e o negócio mesmo em que consiste a atividade.

Em meios nacionais, uma das mais relevantes (e pioneiras) revisões que o conceito de poder de polícia recebeu credita-se a Carlos Ari Sundfeld, por ocasião de sua notável obra “Direito Administrativo Ordenador”. Nela, como o próprio nome indica, Sundfeld substitui a acepção do poder de polícia pela noção de *Direito*

*Administrativo Ordenador*, em oposição ao *Direito Administrativo Prestacional*, e que corresponderia à “[...] parcela da função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo que lhe é próprio” (SUNDFELD, 1997, p. 32).

A despeito disso, para Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 35), *regulação* parece assumir um sentido mais amplo do que a *administração ordenadora* e o *poder de polícia*. De fato, para o autor (2004, p. 35),

“[...] a doutrina do Direito Público Econômico faz uso deste termo para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, o Estado desempenha a regulação tanto quando tem vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão)”.

De qualquer modo, *data venia* aos posicionamentos diversos, forçoso entender que a delimitação da diferenciação entre poder de polícia e a regulação (ou poder regulatório, se assim se entender), dependerá do ponto de vista do operador: partindo-se de um conceito tradicional de *police power*, oitocentrista, restrito à fiscalização da atividade econômica para que esta não cause prejuízos à coletividade, temos que o âmbito conceitual da regulação será mais amplo do que o do poder de polícia (ARAGÃO, 2004, p. 35).

Doutro modo; doutro modo, caso endossemos um conceito de poder de polícia mais próximo dos padrões do Estado Democrático de Direito, da atual conjuntura sócio-econômica do modelo regulatório e que seja praticado de acordo o dever de compatibilizar, na medida do possível, as atividades privadas ao interesse coletivo, temos que tal (o conceito de poder de polícia) se aproxima do conceito de regulação, “[...] apesar de não alcançá-lo *in totum* por não abranger a regulação dos serviços públicos e outros aspectos a ela inerentes, tais como o da composição dos conflitos” (ARAGÃO, 2004, p. 36).

De forma diversa, Marçal Justen Filho (2012, p. 642) que “a ampliação da complexidade socioeconômica conduziu à necessidade de ampliação do conceito

de intervenção estatal” que constitui objeto do poder de polícia. Assim, para o autor (2012, p. 642), “a regulação é um estágio posterior nessa evolução, em que o Estado restringe a autonomia dos particulares, visando a constrangê-los ou a induzi-los a produzir as condutas reputadas como socialmente úteis ou indispensáveis”<sup>37</sup>.

### 3.6 A natureza normativa da função regulatória

Quando à sua exteriorização, pode-se dizer que uma característica essencial da regulação é a sua natureza eminentemente *normativa*, já que se traduz em uma atuação repressiva e promocional, visando alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados – de fato, a regulação, embora se destine a disciplinar, preponderantemente, a conduta dos particulares, não exclui a submissão dos sujeitos públicos; na verdade, trata-se de uma característica marcante na função regulatória, “obtida através da consagração de entidades administrativas dotadas de forte autonomia e de competência para vincular a própria Administração direta centralizada” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 53).

Assim, pode-se dizer, tal como acentua Marçal Justen Filho (2012, p. 638) que a regulação também consiste “[...] na adoção de normas e outros atos estatais, sem se traduzir, a rigor, na aplicação dos recursos estatais para o desempenho direto de alguma atividade no domínio econômico e social”.

Ainda sobre o viés normativo da regulação, as *normas reguladoras* surgem como *espécies normativas sui generis*, distintas das *normas legais* tradicionais, empregadas no Direito Administrativo. De fato, a par da diferenciação elaborada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2004, p. 15/16), registram-se as seguintes importantes diferenças na *natureza jurídica* de uma e de outra espécie de *norma de Direito Administrativo*:

- a) *quanto ao interesse público*: Na *norma legal* há um *interesse público específico*, predefinido pelo legislador, a ser vinculado ou

---

<sup>37</sup> Calha destacar, ainda, a existência de um poder de polícia sanitário, conforme proposto por Hely Lopes Meirelles, assim exercido no âmbito das competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

discricionariamente realizado, ao passo que na *norma reguladora* o interesse público é considerado ponderadamente, juntamente com vários outros interesses protegidos pela ordem jurídica, pois o que se visa é a realização harmônica de valores protegidos;

- b) *quanto à discricionariedade*: Na *norma legal* existe discricionariedade quando ela, embora contendo a definição de uma conduta, abre um espaço de opções para que o administrador público a integre legitimamente, sopesando razões de oportunidade e conveniência, ao passo que na *norma reguladora* não há discricionariedade para a administração integrar a definição de uma conduta, mas uma relativa liberdade para ponderar interesses concorrentes, de modo a atingir resultados eficientes, atuando dentro de um espaço de *opções deslegalizadas*, criado pelo legislador, no qual não se exige mais do que a observância de princípios e de *standards* que foram estabelecidos pela lei deslegalizadora e pelo Direito <sup>38</sup>;
- c) *quanto ao título jurídico da fonte normativa*: Na *norma legal*, as fontes têm *natureza política*, pois apenas assim podem definir interesses públicos específicos, bem como a eles subordinar quaisquer outros interesses protegidos pela ordem jurídica (obviamente, sempre que respeitadas as reservas constitucionais), ao passo que na *norma reguladora*, por não terem que definir interesses públicos específicos nem subordinar interesses legalmente protegidos, as fontes não necessitam ter natureza política, atuando apenas nos espaços administrativos que forma tornados *politicamente neutros* pela *deslegalização*;
- d) *quanto ao conteúdo da norma*: Na *norma legal*, o conteúdo preceptivo é predominantemente *restritivo ou condicionante* das decisões privadas, pois seu endereço é o comportamento dos atores econômicos ou sociais, ao passo que na *norma reguladora*, o

---

<sup>38</sup> O fenômeno da deslegalização e sua relação com a (nova) função regulatória do Estado é debatida adiante, a cujas pontuações reportamo-nos.

conteúdo preceptivo é a situação de *equilíbrio* dessas relações complexas postas sob regulação.

O êxito obtido pelas entidades reguladoras em todo o mundo, o que justificou a adoção do instituto no Brasil, muito se deve à celeridade, à precisão e, sobretudo, à flexibilidade obtidas com a norma reguladora (MOREIRA NETO, 2003, p. 116/117).

Com efeito, segundo assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 117),

“[...] está na atribuição de uma *competência normativa reguladora* a chave para operar em setores e matérias em que devam predominar as *escolhas técnicas*, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às *escolhas político-administrativas*, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas *escolhas administrativas*, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração Direta”.

Também nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto (2008, p. 03) assinala que

“existem outras competências normativas no âmbito da administração pública, exercida por outras autoridades públicas. Daí a nova distinção, esclarecendo que, embora a função regulatória também envolva editar normas, a isso não se limita, já que ela é inerente a uma função ‘quase legislativa’, ‘quase executiva’ e ‘quase judicial’. Ademais, naquilo que diz respeito à edição de normas, é informada por critérios técnicos e não critérios políticos, critérios esses que devem ser garantidos pela independência (técnica e política) da qual deve ser dotada a agência reguladora”.

Assim, conscienciosos da repercussão normativa da função regulatória do Estado, cabe-nos, então, deitar específica análise sobre o mais conhecido instrumento de regulação da economia à serviço da Administração e que, por seu poder normativo legalmente assumido, concentra relevantes repercussões jurídicas a serem verificadas: as agências ou entidades reguladoras (independentes). É o que fará, sucintamente, no capítulo a seguir.

## 4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS (INDEPENDENTES)

Seguindo a ordem lógica assumida pelo presente trabalho, expomos os processos históricos e econômicos que levaram a afirmação de um Estado Regulador, bem como as questões afetas àquilo que se pode denominar como função regulatória da economia. Nesse panorama, por uma questão lógica, tem-se que a próxima etapa natural deste estudo é a análise das agências reguladoras propriamente ditas, que se constituem em representantes, *par excellence*, do (atual) Estado Regulador.

Com efeito, no contexto histórico apresentado nos capítulos anteriores, as agências reguladoras independentes adquirem especial importância, tendo em conta que “a ampliação do poder de controle estatal sobre a atividade privada exige instrumentos jurídicos e materiais compatíveis com as necessidades inexistentes anteriormente” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 51). Cuida-se, portanto, de uma mudança de perfil da Administração Pública, evoluindo (e a evoluir), segundo lição da doutrina italiana, daquilo que se denominava de “*amministrazione di erogazione (gestione dei servizi)*”, para “*amministrazione di regolazione*” – o que gera fundamentais consequências, tal como ressalta Maria Alessandra Stefanelli (1994, p. 02/03),

*“si tutto ciò gioca la sempre maggiore frammentazione della società, per la presenza (e per il riconoscimento di rilevanza giuridica) di una molteplicità sempre crescente di interessi in essa presente: il che consegue la trasformazione dello stato in stato pluricasse, nel quale il problema maggiore diviene per l'appunto contemporare tra loro gli interessi di settore; va da sé che in questa trasformazione è sempre più difficile la reductio ad unum, e cioè il ricondurre questa varietà di interessi a quella unità (teórica piùche reale) che à constituitá dall' interesse pubblico” .*

No entanto, deve-se ter em mente que a criação de entidades reguladoras independentes (assim chamadas pela sua teórica<sup>39</sup> autonomia especial frente ao Executivo Central) não é fenômeno exclusivo do Brasil. Na verdade,

---

<sup>39</sup> Cabe a ressalva, já que a questão sobre a autonomia das agências reguladoras será objeto de específica análise em tópico anterior. Outrossim, a vinculação política das agências reguladoras ao chamado *governo de coalizão*, pautada em controle hierárquico, também é alvo de comentários no capítulo dedicado ao “Controle Social das agências reguladoras”, ao qual reportamo-nos.

“muitos países, uma há mais, outra há menos tempo, recorreram a este modelo organizativo para dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certos setores da economia” (ARAGÃO, 2004, p. 220).

Com efeito, tal como resume Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 133),

“a instituição de agências reguladoras como representantes do Estado contemporâneo consubstanciou-se em um processo histórico que se iniciou no século XIX, com a revolução industrial na Inglaterra, e se desenvolveu em diversos países, especialmente nos Estados Unidos da América do Norte, onde se tornaram grandes protagonistas na ação regulatória estatal na atividade econômica”.

No mesmo sentido também aporta a lição de Joaquim B. Barbosa Gomes (2005, p. 39):

“[...] se o Estado oitocentrista pôde perfeitamente se encaixar no esquema organizatório e funcional preconizado pelos citados pensadores (John Locke e Montesquieu), dúvidas passaram a existir quanto à adaptabilidade do figurino institucional por eles concebido, sobretudo em face da colossal expansão das atividades produtivas proporcionada pelas revoluções industrial e tecnológica e do correspondente agigantamento das atividades de regulação e correção que o Estado, em consequência teve que assumir. É, pois, nesse contexto de irreprimível necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista que nasce a ideia de regulação como indeclinável função governamental, pelo menos naquele que é visto como seu berço histórico, isto é, os Estados Unidos da América”.  
(grifo nosso)

No Brasil, como já visto, as agências reguladoras começam a tomar a forma a partir da década de 1990, com a deflagração do *Plano Nacional de Desestatização* (PND), marco do Estado Regulador brasileiro. Nesse movimento de transformações, a (“nova”) Administração optou por adotar o modelo norte-americano de agências reguladoras independentes (*agencies* ou *comissions*), tendo em vista a “[...] relevante experiência desse país na composição dessas organizações e legitimação de suas funções” (LEHFELD, 2008, p. 133), sendo do mesmo modo influenciado por figuras similares introduzidas na Europa (*autoridades administrativas independentes*).

De fato, tal qual observa Marçal Justen Filho (2002, p. 51),

“a experiência dos demais países ocidentais propiciou o surgimento de figuras específicas, às quais foi atribuída a competência para o exercício de poderes essenciais para a configuração do modelo regulatório. São entidades integrantes da estrutura estatal, mas que apresentam peculiaridades que as diferenciam das entidades administrativas tradicionalmente verificadas nos países de tradição continental. Costumam ser identificadas como agências reguladoras (independentes ou não). Figuras similares começaram a ser introduzidas nos países europeus a partir de década de 1970, sob a denominação de autoridades administrativas independentes – ainda que muitas das quais a fins peculiares”.

Assim sendo, no presente estudo optamos por traçar sucinto panorama do modelo de agências reguladoras internalizado em nosso ordenamento jurídico a partir de matrizes europeias e, principalmente, norte-americanas. É o que se fará na seção a seguir.

#### **4.1 Matrizes internacionais das agências reguladoras: *regulation agencies* e *autorités administratives indépendentes***

Como já assinalado, a experiência institucional das agências reguladoras independentes não constitui invenção pioneira do direito público brasileiro. Com efeito, seguimos, nesse quesito, guardadas as peculiaridades próprias de nossa formação publicista, a trilha dos dois modelos essenciais em nossa formação constitucional e administrativista: o modelo norte-americano e o modelo francês (CASTRO, 2011, p. 841), de onde foram delineadas as iniciais noções de regulação e de “entes reguladores” autônomos<sup>40</sup>.

Conforme explica Francisco Queiroz de Bezerra Cavalcanti (2000, p. 255):

---

<sup>40</sup> A despeito disso, temos que a Inglaterra e a Itália também devem ser considerados como matrizes da gênese das agências reguladoras. No entanto, *data venia*, entendemos que os modelos norte-americano e francês é que foram efetivamente recepcionados pelo direito brasileiro, com características mais afins, razão pela qual é indispensável seu estudo.

“É natural que a figura do ‘Ente Regulador’ relativamente autônomo e também, as técnicas reguladoras tenham se desenvolvido, inicialmente, em Estados nos quais tenha havido, historicamente, menor participação do setor público no exercício das atividades produtivas, sentindo-se, pois, com mais intensidade e mais precocemente, a necessidade de rigoroso e efetivo disciplinamento das atividades econômicas exercidas por particulares”.

Feita esta breve introdução, cabe verificar, de forma específica, os modelos norte-americano e francês de entes reguladoras, que tanto influenciaram as agências nacionais.

#### **4.1.1 O modelo norte-americano de agências (reguladoras): *Regulatory Agencies, Administrative Agencies e Regulatory Comissions***

Segundo Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2000, p. 257), a grande maioria dos doutrinadores reconhece o modelo norte-americano de agências reguladoras como a principal fonte inspiradora para o surgimento de institutos similares, já que as agências têm sido, efetivamente, um dos pilares da administração Pública nos Estados Unidos da América “[...] e é, normalmente, com a criação delas que o Estado americano procura responder aos anseios de participação do setor público na disciplina da vida em sociedade”.

Com efeito, conforme lecionam Ernst Gellhorn e Ronald M. Levin (1997, p. 01):

*“Administrative Agencies usually are created to deal with current crises or to redress serious social problems. Though out the modern era of administrative regulation, which began approximately a century ago, the Government’s response to a public demand for action has often been to establish a new Agency or to Grant new powers to a existing bureaucracy. Near the turn of the century, Agencies like the Interstate Commerce Comission and The Federal Trade Comission were created in the attempt to control the anticompetitive conduct of monopolies and powerful corporations”.*

Pois bem. Introduzidas no Direito norte-americano nas últimas décadas do século XIX, as agências reguladoras só vieram a se consolidar na paisagem

administrativa dos EUA a partir do *New Deal*, o plano colossal de recuperação econômica conduzida sob a batuta de Franklin Delano Roosevelt, cujo objetivo era retirar o país da Depressão dos anos 30. Segundo Joaquim Barbosa (2005, p. 46), tal ruptura marca, como cediço, “o surgimento do que se convencionou denominar *the regulatory state* – isto é, o Estado altamente intervencionista em matéria econômica, intervenção essa que se instrumentaliza precisamente através das agências”.

#### **4.1.1.1 As fases de implementação e a evolução histórica das agências reguladoras norte-americanas**

Conrado Hübner Mendes (2000, p. 99) divide a história das agências reguladoras nos Estados Unidos em quatro fases principais.

A primeira delas consiste naquela que pode ser considerada, com o perdão da metáfora, o “embrião” das *agencies* norte-americanas: a *Interstate Commercial Commission* (ICC), instituída no ano de 1887, com a incumbência de disciplinar as agudas disputas entre os Estados membros da federação norte-americana atinentes ao comércio interestadual, “sabido que os conflitos federativos constituíram uma das mais sensíveis questões constitucionais nos Estados Unidos” (CAVALCANTI, 2011, p. 841/82).

Numa segunda fase, entre os anos de 1930 e 1945, a economia norte-americana, abalada pelo *Crash* de 1929, foi socorrida por uma irrupção de inúmeras agências administrativas que, como parte da política do *New Deal*, intervieram fortemente na economia. Segundo Conrado Hübner Mendes (2000, p. 99), tal intervenção, “suprimindo os princípios básicos do Liberalismo e conferindo ampla autonomia a tais agências administrativas, foi motivo de um início de debate constitucional-jurisprudencial substancial”, atinente à questão das *delegações normativas ou delegações legislativas* – tal se deu, segundo Carlos Roberto Siqueira Castro (2011, p. 425),

“[...] porque o Congresso Norte-Americano é o grande eixo de representação popular, a grande academia do pensamento político-legislativo, e por tradição detém uma espécie de monopólio para a edição das leis e dos atos normativos de maior expressão. Daí não ser constitucionalmente possível, em linha de princípio, por força do dogma da separação dos poderes, transferir a agências do Poder Executivo esse poder normativo e regulador difuso, para a edição de normas, resoluções e demais deliberações nos vários campos da atividade econômica e de serviços essenciais, à margem da atuação político-legislativa dos congressistas eleitos pelo povo”.

Com efeito, segundo a visão tradicional da literatura jurídica norte-americana do século XIX, predominava a distinção entre *poder executivo*, diretamente atribuído ao Presidente pela Constituição e de natureza política (artigo II), e *poder administrativo*, apolítico, que deveria ser exercido por especialistas e de titularidade definida pelo Congresso. Ocorre que, com a irrupção de agências reguladoras nos anos 1930, a administração interventiva teve seu poder administrativo incrementado progressivamente, passando a concentrar e cumular poderes executivos, legislativos e judiciais (assim entendidos segundo a visão norte-americana), o que justificava para alguns a sua atribuição como uma quarta instância, não hierarquicamente subordinada ao Presidente dos Estados Unidos, para que fosse preservado o sistema de *checks and balances* adotado pela Constituição (ARAGÃO, 2004, p. 230).

De fato, considerando que o princípio da legalidade e a reserva legal são vetores rígidos no direito constitucional norte-americano, a criação de agências reguladoras, para regular e fiscalizar setores importantes da atividade econômica e dos serviços de interesse coletivo, gerou justificável impacto e perplexidade nos Estados Unidos; razão pela qual a Suprema Corte americana foi forçada a intervir diversas vezes nessa ordem de questões, “a fim de avaliar, em cada caso, a constitucionalidade das transferências ou delegações de competência normativa a organismos e autoridades sediados fora do âmbito do Congresso” (CASTRO, 2011, p. 425) <sup>41</sup> <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Sobre as controvérsias relativas às delegações normativas e poder normativo das agências reguladoras, remetemos o leitor ao tópico destinado a esse fim.

<sup>42</sup> Casos emblemáticos decididos pela Suprema Corte dos EUA sobre as delegações normativas a órgãos do Poder Executivo: *Panama Refining Company v. Ryan* (293 US 388, 1935); *Schechter Poultry Corp v. United States* (295 US 495, 1935); *Carter v. Carter Coal* (298 US 238, 1936).

“Assim é que, durante a era Roosevelt e do New Deal, a Suprema Corte americana, muito ciente do seu papel de arbitragem constitucional, houve por bem colocar alguns freios e alguns limites à tendência, que então ia se generalizando, de atribuir poder normativo amplo às agências reguladoras, proclamando não ser constitucionalmente admissível uma delegação legislativa aberta e irrestrita, a ponto de permitir que uma agência governamental pudesse dispor ou estabelecer regras de direito como bem entendesse” (CASTRO, 2011, p. 425).

Prosseguindo, o terceiro momento principal na evolução das agências reguladoras norte-americanas, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo: o *Administrative Procedure Act* (APA), que trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, através do estabelecimento de dois tipos de procedimentos: o *rulemaking*, consistente na “competência normativa de feição regulamentar, para disciplinar genericamente certo ramo de atividade” e o *adjudication*, que confere à agência a competência de “emitir *orders*, que são decisões, muitas vezes de caráter punitivo, sobre conflitos de interesses dos particulares, levando-se em consideração o cumprimento das regras legais e regulamentares” (LEHFELD, 2008, p. 144) – pelo que se vê, tal procedimento “conferiu maior garantia aos cidadãos, uma vez que os atos das agências poderiam ser considerados ilegais pelos tribunais, caso desobedecida a Lei de Procedimento” (OLIVEIRA, 2010, p. 04).

Alem disso, a APA também contribuiu para delimitar, como técnica legislativa norte-americana, o conceito de agências (por exclusão). Daí que temos que o vocábulo *agency*, de onde deriva a noção de *agência*, tem, no direito norte-americano, sentido mais amplo, já que abrange, nos termos do § 551, 1, do *Federal Administrative Procedure Act* (APA), “*each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include*”,

(A) *the Congress;*

(B) *the courts of the United States;*

(C) *the governments of the territories or possessions of the United States;*

(D) *the government of the District of Columbia;*

*or except as to the requirements of section 552 of this title -*

(E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them;

(F) courts martial and military commissions;

(G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or

(H) functions

Significa dizer que no sistema norte-americano, “excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências”, de sorte que, nesses termos, “falar em Administração Pública significa falar nas agências (*agencies*), excluída do conceito a própria Presidência da República”, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde o Chefe do Poder Executivo a integra em seu ápice, dirigindo seu funcionamento (DI PIETRO, 2010, p. 463) <sup>43</sup>.

Vê-se, portanto, que o direito administrativo norte-americano, diversamente do que se dá no publicismo nacional, resume-se à disciplina das agências. Com efeito, é o que sintetiza Leila Cuéllar (2001, p. 70):

“A doutrina (norte-americana) concebe o direito administrativo como o conjunto de normas e princípios que definem os poderes e a estrutura das agências administrativas, especificam as formalidades procedimentais a serem adotadas por elas, determinam a validade das decisões por elas proferidas e fixam o papel a ser desempenhado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no controle das agências”.

Seguindo a descrição das fases históricas das agências reguladoras norte-americanas, entre os anos de 1965 e 1985 o sistema regulatório americano defrontou-se com um problema que acabou por desvirtuar as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a *captura* das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados, fenômeno que a doutrina norte-americana definiu como *capture theory*.

Segundo Conrado Hübner Mendes (2000, p. 99), a *captura* ocorria quando 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

---

<sup>43</sup> Não por menos, o direito administrativo norte-americano é também conhecido como o *direito das agências*.

regulação que iriam sofrer; o que, evidentemente, terminou por prejudicar os consumidores, emparedados por práticas comerciais abusivas não repelidas. Tratava-se, portanto, de uma inversão e um desvirtuamento da missão regulatória: o setor regulado regulando a autoridade reguladora, minando a independência e autonomia concedidas às autoridades administrativas.

Nesse jaez, Agustín Gordillo (2009, VII-6), estabelece a seguinte relação entre a captura dos entes reguladores pelos regulados com o controle social destas mesmas autoridades:

*“El argumento de que los controlados pueden capturar a los controladores, que algunos extienden para oponerse también a la participación de los usuarios en el directorio de estos entes, pierde de vista que por su mayor cercanía a la sociedad están mejor sujetos a control social y deben rendir mayor cuenta de sus actos que los integrantes del Poder Ejecutivo; su propio sistema de designación tiene más garantías objetivas y deben todos rendir más cuentas a la comunidad que un Ministro o Secretario de Estado”.*

De todo modo, a pressão exercida pelos agentes do mercado sobre as Agências norte-americanas exacerbou o controle de legalidade de seus atos normativos por parte do Judiciário, já acentuado durante a segunda fase de implementação, nos anos do *New Deal*. Com efeito, a Suprema Corte dos EUA

*[...] passou a exigir ampla motivação dos atos da agência, a fim de se verificar a razoabilidade das decisões diante dos fatos, o que anteriormente não era exigido, por confiança na especialização das agências” (BRODBEKIER, 2003, p. 159).*

Segundo relata Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p. 05), o controle judicial das agências reguladoras norte-americanas é ampliado através do que se denomina de *hard-look doctrine*, que “permite ao judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias”, apurando o conteúdo das decisões administrativas das agências.

No âmbito do Executivo, as Agências também sofreram restrições de controle, notadamente através das chamadas *executive orders* (ordens executivas). A título de exemplo dessa forma de controle, temos a implantação do *Office of Budget and Management* (OMB), durante o governo Ronald Reagan, “[...]”

responsável, à época, pela adequação das agências à política traçada pelo Chefe do Poder Executivo, como também por supervisionar as propostas orçamentárias das agências”, tendo em conta que o seu orçamento também estava sujeito à aprovação do Congresso (LEHFELD, 2008, p. 142/143).

Outrossim, no Legislativo também foram desenvolvidos instrumentos de controle das Agências (além da própria limitação decorrente da lei que institui cada agência), a exemplo do *Congressional Review Act* (CRA), editado em 1966, que institui “[...] um mecanismo de revisão e desaprovação (se o caso) das regras estabelecidas pelas agências federais” (LEHFELD, 2008, p. 143). Segundo Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 143),

“o referido ato legislativo ainda que exige que as agências submetam suas propostas normativas, acompanhadas com sua descrição e motivos, bem como a data para início de sua vigência, aos dois órgãos representativos do Congresso norte-americano e ao *Comptroller General*”.

Finalmente, como última fase da evolução histórica das agências reguladoras, em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo (de agências reguladoras) “[...] começou a se redefinir para que se consolide um modelo regulador independente, mas com os controles externos adequados para garantir essa independência” (MENDES, 2000, p. 99).

Como se vê, tal como observa Joaquim Barbosa (2005, p. 47), “essas entidades nasceram da indeclinável necessidade de mudança do curso do sistema capitalista e da conseqüente alteração da postura do Estado às relações econômico-sociais engendradas por esse sistema”. E prossegue o mesmo autor (2005, p. 47):

“Consolidadas e legitimadas pela crise econômica dos anos 30 e pelos seus desdobramentos institucionais, paulatinamente elas se aperfeiçoaram e se multiplicaram, integrando-se definitivamente na estrutura administrativa do Estado norte-americano”.

Afigura-se, portanto, um movimento crescente na instituição das agências reguladoras na Administração pública norte-americana, desde a ICC de

1887. Com efeito, é o que analisa Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2000, p. 257), que traça o seguinte panorama de evolução das agências norte-americanas:

“A figura das Agências é uma constante e até crescente no ‘Administrative Law’ norte-americano, dentre elas se destacando, como espécie as *Regulatory Agencies*. [...] Nos EUA, antes de 1900, existiam apenas seis grandes Agências na administração Federal, incluindo a *Interstate Commerce Commission* (1887) e a *Comptroller of The Currency* (1863). Na década entre 1900 e 1910 apenas uma Agência Reguladora foi criada, a *Antitrust Division*. No período entre 1910 e 1920 surgiram mais cinco novas Agências Reguladoras, dentre elas destacando-se a *Federal Trade Commission* (1914) e *Federal Power Commission* (1920). Na década entre 1920 e 1930 foram criadas apenas duas. Na década do “New Deal” o congresso norte-americano criou dez novas Agências, além de outras entidades, que, embora não incluídas no rol das Agências Reguladoras exerciam funções como spending, taxing, insurance. De 1940 a 1960 foram criadas apenas quatro Agências e na década de sessenta, sete”.

Apenas de paulatinamente crescente, a criação de Agências Reguladoras no âmbito da administração norte-americana encontrou seu auge na década de 1970. De fato, tal como aponta Cass R. Sunstein (1990, 242/243), nos anos setenta

“[...] no fewer than twenty-one agencies were created by far the most explosive period of regulatory growth in the nation’s history. In the período 1970-1980 the most dramatic changes occurred in the area of social regulation (defined to include consumer safety and health, job safety and working conditions and environment and energy) rather than economic regulations”.

Apesar do crescimento exponencial experimentado nos anos 1970, as autoridades reguladoras norte-americanas sofreram um revés com o fenômeno da *deregulation*, isto é, da “desregulação” de setores críticos da economia, a partir de 1980, em virtude do *lobby* dos agentes econômicos interessados, notadamente os bancos e seguradoras de *Wall Street*. Expressão concreta da *capture theory*, estes agentes econômicos lograram nefasto êxito em enfraquecer, especialmente, a Agência Reguladora encarregada da supervisão do mercado de ações, a *Federal Trade Commission* (que data de 1914), que em 2007, às vésperas da crise econômica, chegou a contar com um único funcionário, como bem demonstrou o documentário “Trabalho Interno”, de Charles Ferguson (2011).

Nesse cenário, ausentes quaisquer barreiras regulatórias, os agentes econômicos levaram a termo, por quase uma década, exploração desenfreada dos meandros do mercado de ação, o que conduziu, em 2008, ao estouro do que se denominou de “bolha imobiliária”, deflagrando a crise econômica que ainda assola quase que a integralidade da comunidade internacional – exemplo sinistro de que o Estado, embora não possa avocar totalmente para si a tarefa de produção de riquezas, o que contraria a atual lógica do Estado Democrático, também não pode se dar ao luxo de legar a exploração de atividades de interesse coletivo à autorregulação, omitindo-se em sua fundamental tarefa de garantir a manutenção do bem comum. Não se trata de negar o capitalismo, mas de garantir de que ele não se mantenha à custa de muitos para benefício de poucos.

De qualquer modo, à guisa de resumo, temos que o movimento regulatório norte-americano pode ser descrito em três ondas, conforme sintetiza Sebastião Botto de Barros Tojal (2002, p. 156):

- a) a primeira delas, ocorrida no final do século XIX e início do século XX, concentrou-se na ação de agências de defesa da concorrência e controle de monopólios naturais;
- b) a segunda onda, contemporânea ao New Deal, foi marcada pela intensa criação de agências independentes, em várias áreas, com funções legislativas (grande autonomia para emitir normas), adjudicantes (arbitragem de conflito entre as partes) e executivas (implementação de decisões administrativas);
- c) a terceira, e última, onda, conhecida como a onda desregulatória dos anos 80, em que o padrão de atuação das agências mudou de forma expressiva em virtude do surgimento de um ambiente hostil à intensa atividade regulatória <sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Conforme assinalado, temos que a onda desregulatória dos anos 1980 foi um dos fatores centrais que acarretaram na exploração abusiva do mercado de ações, que culminou com a “bolha da Internet, em 2000, e a “bolha imobiliária”, em 2008 – a última, ainda em propagação. Cuidou-se, portanto, de autêntico exemplo da *capture theory*.

#### 4.1.1.2 Classificação das agências (“reguladoras”) norte-americanas segundo Marçal Justen Filho

Segundo classificação elaborada por Marçal Justen Filho (2002, p. 64/69), temos que as agências norte-americanas podem ser classificadas segundo (I) o critério do âmbito de atuação, (II) o critério do âmbito da natureza das atividades, (III) o critério da autonomia e (IV) o critério do nível federativo <sup>45</sup>.

Antes, porém, cabe aludir à diferença entre *agência executiva* e *agência independente*. Segundo Marçal Justen Filho (2002, p. 64), a qualificação de uma agência como *executiva* deriva da natureza das competências a ela atribuídas, ao passo que a classificação como independente resulta do vínculo mantido entre ela e os Poderes Executivo e Legislativo; a agência executiva, a seu turno, se contrapõe à regulatória, ao passo que a independente se diferencia da não-independente. Segundo o autor (2002, p. 64), “quando muito, pode admitir-se que as agências independentes desempenham atividades regulatórias, enquanto aquelas executivas geralmente não são independentes”.

Feita esta inicial digressão, passemos, então, os critérios de classificação, preambularmente arrolados, nos termos da sistematização elaborada por Marçal Justen Filho (2002, p. 64/69):

- a) *Classificação segundo o critério do âmbito de atuação* (natureza da finalidade):
  - a.1) *agências de serviços administrativos*: são encarregadas de desempenhar serviços administrativos e burocráticos, peculiares à ideia de função administrativa, refletindo a complexidade do próprio conceito. Exemplos: *Internal Revenue Service* (IRS), *General Services Administration*, *Office of Personnel Management*, *Office of Management and Budget* e *National Security*, abrangendo, inclusive, as três Armas (*Army*, *Navy* e *Air Force*);

---

<sup>45</sup> Confira-se, também nesse sentido, as classificações elaboradas por Ángel Manuel Moreno Molina (1995, p. 62 e ss.) e Leila Cuéllar (2001, p. 68 e ss.).

- a.2) *agências de desenvolvimento*: comporta diversas categorias, em face do nível de atribuições a elas reservado. É possível diferenciar agências que desempenham funções que meramente consultivas, como as que produzem pesquisas econômicas, das que atuam diretamente no domínio econômico, como as encarregadas de promover a implantação de obras de infraestrutura. Exemplos: *National Oceanographic and Atmospheric Administration, National Science Foundation, Federal Highway Administration, National Park Service*;
- a.3) *agências de bem-estar social*: dedicadas à diferentes e variadas atribuições no âmbito daquilo que, entre nós, caracteriza-se como *seguridade social*. Podem incluir-se as entidades encarregadas de segmentos específicos. Exemplos: *Social Security Administration, Family Support Administration, Department of Veteran Affairs*;
- a.4) *agências de regulação econômica*: importa inúmeras modalidades de intervenção no domínio econômico. Podem indicar-se, por exemplo, os órgãos encarregados de condução das políticas macroeconômicas (tal como *Treasury Department* e o *Federal Reserve Board*), bem como aquelas agências que atuam no âmbito de setores econômicos específicos, tal como a *Securities and Exchange Commission*, encarregada de disciplinar as bolsas de valores;
- a.5) *agências de regulação social* (proteção da saúde e segurança): não se confundem com as agências de bem-estar social e tampouco com as agências de regulação econômica. São instrumento, em parte, do que se costuma denominar de regulação social. Exemplos: *Food and Drug Administration, Occupational Safety and Health Administration, Environmental Protection Agency e Nuclear Regulatory Commission*;
- b) *Classificação segundo o critério da natureza da atividade*:
- b.1) *agências executivas*: são encarregadas de competências para desempenho direto de atividades administrativas, inclusive com

atribuição de tarefas materiais, principalmente no desempenho de funções públicas e serviços econômicos, mas também no tocante a atividade econômica propriamente dita. Nesse quesito, a Lei de 06 de setembro de 1966 (5 USC 105) prevê que “*Executive agency’ means an Executive department, a Government corporation, and an independent establishment*”, ao passo que a Lei de 03 de Agosto de 1993 (5 USC 306) determina que “*the term ‘agency’ means an Executive agency defined under section 105, but does not include the Central Intelligence Agency, the General Accounting Office, the Panama Canal Commission, the United States Postal Service, and the Postal Rate Commission*”;

- b.2) *agências regulatórias*: Dispõe de competência normativa, com poderes para disciplinar a prestação de serviços públicos por particulares ou o desempenho de atividades econômicas privadas, mas de interesse coletivo. Segundo Bernard Schwartz (1997, p. 11), as *agências regulatórias (regulatory agencies)* são aquelas

*“with authority to regulate the economic activities of the individuals and business. They have the power to describe generally what shall or shall not be done in a given situation (just as legislative do) to determine whether the law has been violated in a particular case and to proceed against violators (just as persecutors and Courts do); and even to impose fines and render what amount to money judgements. Agencies vested with these powers are usually called regulatory agencies because their activities impinge upon the rights of private individuals and regulate manner in which such rights may be exercised”.*

- c) *Classificação segundo o critério da autonomia*:

- c.1) *agências independentes*: a despeito do que o termo pode inicialmente fazer inferir, tais *agências* não são absolutamente autônomas (já que todas as *agências* estão vinculadas a algum poder superior). Na verdade, a qualificação como independente se refere, *in origine*, ao regime jurídico dos ocupantes dos cargos de direção das *agências*, que não podem ser livremente destituídos pelo Poder Executivo. Exercem função regulatória, razão pela qual se pode afirmar, com ressalvas, que, a rigor, as

agências independentes são reguladoras, ao passo que todas as agências executivas são não independentes. Exemplos: *Civil Aeronautics Board (CAB)*, *Federal Communications Commission (FCC)*, *Federal Maritime Commission (FMC)*, *Federal Trade Commission (FTC)*, etc.;

- c.2) *agências não-independentes*: A não independência é comum à todas as agências executivas, em virtude da natureza das competências de que são titulares, já que lhes incumbe prover, material e juridicamente, a satisfação do interesse público; por isso, submetem-se à regra geral de atividade submissa às determinações hierárquicas das autoridades de maior hierarquia;
- d) *Classificação segundo o critério do nível federativo*: Admite-se a criação de agências nos diversos níveis federais dos Estados Unidos, admitindo-se a existência de *agências federais* e *agências estaduais* – o que suscita grandes problemas quanto à delimitação de competências dos entes reguladores da federação. De qualquer modo, *generaliter*, as agências regulatórias federais sejam competentes para disciplinar questões que ultrapassem o interesse de um único Estado-membro. Ainda, incumbe destacar que a constituição de agências a nível municipal é teoricamente possível, embora de árdua ocorrência prática, já que, a rigor, existem comissões locais (especialmente em metrópoles) encarregadas de funções executivas e regulatórias que muito as assemelham à ideia de agências.

#### **4.1.2 O modelo francês de agências (reguladoras): *les Autorités Administratives Indépendantes***

O fenômeno das agências reguladoras independentes, que implica em um pluricentrismo administrativo, alcançou até mesmo a França (onde recebem o nome de *Autorités Administratives Indépendantes*, como se verá abaixo), país que,

segundo aponta Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 237), “[...] tradicionalmente sempre zelou pela unidade e organização hierárquica da sua Administração Pública”.

Com efeito, por tradição, a França representa um modelo, basicamente formado entre 1880 e 1945, de administração pública unitária, pautada na ideia de “unidade de direção”, consistente na “subordinação da administração às diretrizes do governo e a existência de uma estrutura recursal administrativa centralizadora” (CAVALCANTI, 2000, p. 261). Segundo Jean-Claude Ricci (1988, p. 85), esta subordinação tem origem na rigidez do sistema constitucional francês, assinalando que:

*“La France est un État parlementaire régi par une Constitution rigide. Dans ce cadre, le gouvernement, chef de l’Administration est responsable de la politique devant le parlement, et donc nécessairement, de la politique en matière administrative. C’est le pouvoir législatif dans le cadre trace par la Constitution, qui ordonne l’action gouvernemental et par voie de conséquence directe celle de l’administration”.*

Com efeito, contemporâneo da instituição dos entes reguladores franceses, Michel Gentot (1994, p. 19) apontava que

*“[...] la création et le développement des autorités administratives indépendantes sont souvent expliqués par un souci de pragmatisme s’opposant aux traditions de juridisme, d’égalitarisme et de rigueur cartésienne par lesquelles on définit souvent l’administration française, par la recherche d’une capacité d’expertise d’innovation et d’adaptabilité dont seraient dépourvus les structures classiques et par une défiance à l’égard d’un État bureaucratique et routinier qui tiendrait in compte insuffisant des libertés individuelles. Cette triple justification conduittout naturellement à rechercher un modele de référence dans la tradition anglo-saxonne”.*  
(grifo nosso)

De fato, a questão da das agências reguladoras se reporta a autonomia dos serviços públicos na França, que foi destacada no preâmbulo da Constituição de 1946, sob influência do ambiente do pós-guerra na Europa – trata-se de uma declaração de princípio que acabou por influenciar todo o direito público europeu, bem como da América latina, incluído também o do Brasil, até os anos 1980 (CASTRO, 2011, p. 427), a par da formulação contida no preâmbulo da chamada

Constituição da 4ª República, que dispõe que “todo bem, toda empresa cuja exploração tenha ou venha a adquirir caracteres de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato deve tornar-se propriedade da coletividade, portanto do Estado”.

Este princípio preambular expressa a ideia de que serviços, bens e equipamentos que sejam alvo de interesse coletivo ou que constituam monopólio de fato devem, por essas mesmas razões, incluir-se sob a administração do Estado – este foi o modelo de administração pública francesa, que, segundo Carlos Roberto Siqueira Castro (2011, p. 427/428), foi marcadamente estatizante e cuja consequência maior, no campo do sistema jurídico, “[...] foi estabelecer a separação entre o domínio do direito público e o domínio privado, com fronteiras muito bem demarcadas”. Na lição do mesmo autor (2011, p. 428), tal concepção, no entanto,

“[...] cedeu o passo à interação das esferas públicas e privadas e ao regime de parcerias institucionais que marca o Direito Constitucional e Administrativo nas duas últimas décadas do século XX, abrindo o horizonte para o processo de privatização e, em seu bojo, para a criação das agências reguladoras brasileiras”.

Pois bem. Na França, as agências reguladoras recebem a denominação de *Autorités Administratives Indépendantes*, isto é, “autoridades administrativas independentes”, segundo o título da obra clássica da doutrina especializada francesa na matéria, de autoria de Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit. Em termos legais, a expressão apareceu pela primeira vez na Lei nº 78-17 de 06 de janeiro de 1978 (modificada pela Lei nº 2004-801 de 06 de outubro de 2004), relativa à informática, arquivos e liberdades, cujo art. 8º trata da *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), com competências arroladas no art. 25 do mesmo diploma. *In verbis*:

*Article 8º*

[...]

III - *Si les données à caractère personnel visées au I sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, celle-ci peut autoriser, compte tenu de leur finalité, certaines catégories de traitements selon les modalités prévues à l'article 25.*

*Article 25*

*[...]*

*I. - Sont mis en oeuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, à l'exclusion de ceux qui sont mentionnés aux articles 26 et 27 :*

*1° Les traitements, automatisés ou non, mentionnés au 7° du II, au III et au IV de l'article 8 ;*

*2° Les traitements automatisés portant sur des données génétiques, à l'exception de ceux d'entre eux qui sont mis en oeuvre par des médecins ou des biologistes et qui sont nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements ;*

*3° Les traitements, automatisés ou non, portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté, sauf ceux qui sont mis en oeuvre par des auxiliaires de justice pour les besoins de leurs missions de défense des personnes concernées ;*

*4° Les traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire ;*

*5° Les traitements automatisés ayant pour objet :*

*- l'interconnexion de fichiers relevant d'une ou de plusieurs personnes morales gérant un service public et dont les finalités correspondent à des intérêts publics différents ;*

*- l'interconnexion de fichiers relevant d'autres personnes et dont les finalités principales sont différentes ;*

*6° Les traitements portant sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire sans inclure le numéro d'inscription à celui-ci des personnes ;*

*7° Les traitements automatisés de données comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ;*

*8° Les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes.*

*II. - Pour l'application du présent article, les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être autorisés par une décision unique de la commission. Dans ce cas, le responsable de chaque traitement adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci à la description figurant dans l'autorisation.*

*III. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés se prononce dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande. Toutefois, ce délai peut être renouvelé une fois sur décision motivée de son président. Lorsque la commission ne s'est pas prononcée dans ces délais, la demande d'autorisation est réputée rejetée.*

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 238), a doutrina gaulesa costuma conceituar as autoridades administrativas independentes a partir

de seus próprios conceitos. Com efeito, segundo o experiente autor (baseado na lição de Jacqueline Morand-Deville e Jean-Louis Quermonne), tais entes

“[...] seriam (a) *autoridades*, no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) *administrativas*, ‘exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as ‘regras do jogo’ entre os atores socioeconômicos – missão mais ampla que aquela de comando’; e (c) *independentes*, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo Central, ‘apesar de serem desprovidas de personalidade jurídica, sendo orçamentariamente ligadas às estruturas ministeriais, escapam a todo poder hierárquico ou de tutela’”.

Isto posto, temos que as autoridades administrativas independentes possuem algumas peculiaridades em relação aos entes reguladores dos demais países, notadamente a ausência de personalidade jurídica, isto é, não possuem personalidade jurídica autônoma do Estado Francês <sup>46</sup> e também não constituem poderes orgânicos da soberania (CASTRO, 2011, p. 428), conforme disciplinado pela Lei nº 93-949, de 26 de julho de 1993 (que revogou a antiga Lei nº 83-66, de 21 de Julho de 1983), que trata da *Commission de la sécurité des consommateurs* (CSC) <sup>47</sup> – tal nos faz constatar a “prescindibilidade desta para a concepção de organismos autônomos dado o próprio relativismo da importância da personalização jurídica no Direito Público” (ARAGÃO, 2004, p. 238) <sup>48</sup>.

Doutro modo, tais autoridades também possuem poderes que os aproximam do modelo de agências que floresceu nos Estados Unidos, tais como: poder normativo, poder de controle, poder de convocação de autoridades e de membros da sociedade civil, poder de realizar audiências públicas (chamadas *audiences publiques*, convocadas para discussão de determinada matéria, com vista

<sup>46</sup> Diversamente do que se dá no Brasil, já que o STF, no julgamento da ADIN nº 1717-6 consagrou entendimento de que a personalidade jurídica atribuída a um ente é indispensável para que este possa exercer potestades de autoridade pública.

<sup>47</sup> Trata-se de decorrência, como visto, da subordinação rígida que caracteriza a Administração Pública francesa.

<sup>48</sup> Apesar disso, a tendência na doutrina gaulesa é qualificar as *autorités administratives indépendantes* como *Órgãos especiais (Organes spéciaux)*. Nesse sentido, destaca-se a lição de Jean-Louis Autin (CAVALCANTI, 2000, p. 263), no sentido de que “*il est sûr en tout cas que, privées de la personnalité morale, elles (as autoridades administrativas independentes) doivent être considérées comme des prolongements de l'État, même si la loi du 11 juin 1983 les définit comme des 'institutions administratives spécialisées de l'État [...] Ce qui n'enterdut pas à certaines (la COB, par exemple) d'ester en justice, ou de participer (elles sont plus nombreuses) à élaboration de règlements par l'État. Elles sont souvent investies de pouvoir de prendre des décisions individuelles, elles sont en tout cas des instances de régulation, pour l'heure manquant d'homogénéité, mais efficaces et reconnues*”.

à edição de uma norma reguladora), bem como autonomia financeira e administrativa em relação ao ente político e estabilidade dos integrantes do órgão de direção, dentre outros (CASTRO, 2011, p. 429). Conforme resume Paul Sabourin (1988, p. 100/103 apud SIQUEIRA, 2011, p. 843):

*“Les autorités administratives indépendantes représentent l’État parce qu’elles sont privées de la personnalité juridique [...]. Le législateur vise les autorités administratives indépendantes [...] en les qualifiant d’institutions administratives spécialisées de l’État, dotées par la loi d’un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission [...]. Les autorités administratives indépendantes partagent avec le gouvernement un pouvoir législatif secondaire: celui de participer à l’élaboration des règlements d’abord”.*

#### **4.1.2.1 Classificação das autoridades administrativas independentes segundo Alexandre Santos de Aragão**

Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 241/243), baseado na classificação constante da obra de Michel Gentot (1994, p. 99/100) e René Chapus, divide as autoridades administrativas francesas nos seguintes grupos:

- a) *Autoridades Administrativas Independentes de Regulação de Atividades Econômicas e Financeiras: Commission des Opérations de Bourse (COB)*, dirigida, a exemplo das demais autoridades, por um órgão colegiado composto por membros designados pelo Conselho de Ministros, pelo Conselho de Estado, pela Corte de Cassação, pelo Tribunal de Contas, pelo Banco da França e pelos profissionais do setor (Lei de 02 de Agosto de 1989); *Conseil de Discipline des Organismes de Placement Collection en Valeurs Mobilières (OPCVM)* (Lei de 02 de Agosto de 1989); *Commission Bancaire* (Lei de 24 de janeiro de 1984); *Commission de Contrôle des Assurances* (Lei de 31 de dezembro de 1989); *Conseil de la Concurrence* (Decretos de 29 de dezembro de 1986 e de 02 de maio de 1988), incumbido da manutenção das regras do livre mercado e do controle das concentrações do poder econômico,

exercendo fortes poderes sancionatórios através do colegiado que o dirige, composto de 16 membros, advindos do Conselho de Estado, da Corte de Contas e da Corte de Cassação; *Commission des Clauses Abusives* (Lei de 10 de janeiro de 1978); *Commission de la Sécurité des Consommateurs* (Lei de 21 de julho de 1983), que, desprovidas de poderes coercitivos, são destinadas à proteção dos direitos dos consumidores. Além destes, destacam-se o *Médiateur du Cinéma* (Lei de 29 de julho de 1982), que, sem poderes de decisão, vela pela manutenção da livre concorrência na indústria cinematográfica <sup>49</sup>, e a *Autorité de Régulation des Télécommunications* (Lei de 26 de julho de 1996), dotada de poderes regulamentares e sancionatórios.

- b) *Autoridades Administrativas Independentes de Regulação da Informação e da Comunicação: Conseil Supérieur de l'Audio-visuel* (CSA) (Lei de 17 de janeiro de 1989), composto de membros indicados pelo Presidente da República, pelo Senado e pela Assembleia Nacional, e dotado de poderes autorizatórios e sancionatórios sobre o setor televisivo e radiofônico, anteriormente monopolizados pelo Estado; *Conseil Supérieur de l'Agence France-Presse* (Lei de 10 de janeiro de 1977); *Commission Paritaire des Publications et des Agences de Presse* (Decreto de 1950), destinada a proteger os benefícios e imunidades fiscais dos órgãos de imprensa; *Commission des Sondages* (Lei de 19 de julho de 1977), encarregada da deontologia dos institutos de pesquisa; *Commission Nationale des Comptes et des Financements Politiques* (criada em janeiro de 1990);
- c) *Autoridades Administrativas Independentes de Proteção contra a Administração Pública: Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL) (Lei de 06 de janeiro de 1978), que controla as aplicações da informática às informações pessoais; *Commission d'Accès aux Documents Administratifs* (CADA) (Lei de 17 de julho

---

<sup>49</sup> O *Médiateur* é a versão do *Ombudsman* (ou Ouvidor Geral) adotado pela França. Sobre o *Ombudsman*, instrumento de participação social no controle das agências, reportamo-nos ao capítulo sobre controle social, onde tecemos breve estudo a respeito.

de 1978), que vela pelo direito de acesso aos documentos e dados pessoais e que possui alguns pontos de conflitos de competência com a CNIL; *Médiateur de la République* (Leis de 03 de janeiro de 1973 e de 13 de janeiro de 1989)<sup>50</sup>, desprovido de poderes decisórios; *Commission des Infractions Fiscales* (Lei de 29 de setembro de 1977), que tem por objetivo assegurar os contribuintes contra os abusos da persecução penal em matéria tributária;

- d) *Autoridades Administrativas Independentes de Avaliação da Administração Pública: Comité National d'Évaluation des Établissements Publics à Caractère Scientifique, Culturel et Professionnel* (Lei de 22 de Janeiro de 1990), em cujo colegiado participam diversos representantes das universidades.

Conforme se vê, nem todas as autoridades administrativas independentes podem ser incluídas no conceito de autoridades reguladoras, “[...] o que pressupõe a elaboração de regras e/ou aplicação de sanções incidentes sobre setores não integrantes do próprio Estado” (ARAGÃO, 2004, p. 243). Mas, de qualquer modo, podemos dizer que o conceito das agências reguladoras (independentes) nacionais está contido na acepção das *autorités administratives indépendentes*. Isto posto, cabe-nos, portanto, passar ao estudo das agências reguladoras existentes no Brasil, nos moldes e termos adotados pelo legislador e definidos pela doutrina especializada. É o que se fará a seguir.

#### **4.1.3 As Agências Reguladoras no Brasil: o modelo regulatório independente**

Pode-se dizer que a admissão das agências reguladoras na estrutura organizacional da Administração Pública brasileira deveu-se a um processo de abertura econômica e de mudança do perfil intervencionista do Estado, creditadas à reforma estrutural empreendida a partir dos anos 1990, a partir da qual se privilegiou a interação com a iniciativa privada no exercício da atividade maior de produção de

---

<sup>50</sup> Também este uma forma de *Ombudsman*.

riquezas, mediante exploração, controlada, dos setores econômicos ditos de interesse público <sup>51</sup>. Cabe, portanto, dedicar espaço para esclarecer o contexto histórico-econômico no qual se sucedeu tal reforma, já que indispensável ao estudo da formação das agências reguladoras no Brasil.

#### **4.1.3.1 Os precedentes nacionais das agências reguladoras e a reforma do Estado brasileiro**

No Brasil, as agências reguladoras são tidas por instituto novo no Direito Público, inédito até a década de 1990, quando se sucedeu o processo de desestatização e a reforma administrativa do Estado. Tal, contudo, não corresponde inteiramente à verdade, já que, segundo aponta Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 261), “[...] a divisão da Administração Pública em mais de um único centro de poder é um fenômeno muito mais amplo do que o surgimento das recentes agências reguladoras”, embora não se deva, segundo o mesmo autor, “menosprezar a importância destas, principalmente diante do contexto de desestatização e desregulamentação em que surgiram”. Assim, temos que, apesar de não se tratar de instituto propriamente inédito, o estudo das agências reguladoras (sua natureza jurídica, poderes e atribuições) não deixa de ser notadamente polêmico, tendo em vista que implica na retomada de antigos institutos de regulação ainda não resolvidos e no conhecimento de fenômenos normativos que ainda não se consolidaram completamente.

Nesse quesito, cabe destacar a sempre pertinente lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 144), para quem

“[...] a transformação das estruturas administrativas hierarquizadas e piramidais em estruturas administrativas e piramidais em estruturas em rede, acompanha a evolução da própria sociedade, ao passar das tradicionais formas estamentais e hierarquizadas, monoclasses ou biclasses, às modernas conformações mutáveis e flexíveis, pluriclasses, de modo que estas só podem ser concebidas em função da cambiante

---

<sup>51</sup> Tal contexto histórico-econômico já foi objeto de análise no capítulo inaugural do presente estudo, ao qual reportamo-nos.

multiconfiguração de interesses e de papéis hoje desempenhados pelas pessoas. O intenso dinamismo dessas mutações da sociedade e do Estado contemporâneos tem causado, como é de se supor, inúmeras perplexidades quanto à descrição e explicação do que vem ocorrendo com suas respectivas morfologias, ainda porque faz falta a referida perspectiva histórica para decantar essas observações” (grifo nosso)

Pois bem. Referimos inicialmente que as agências reguladoras, como órgãos independentes da administração pública indireta, não constitui, de todo, fenômeno inédito. Isso porque há algumas décadas, notadamente nos anos sessenta, começaram a ser instituídas, pela via legislativa, uma série de autarquias de regime especial, em relação a cujos dirigentes a lei restringia o poder de exoneração do Chefe do Poder Executivo, prescrevendo sua nomeação por mandato determinado (ARAGÃO, 264). Assim, antes do surgimento das agências reguladoras (independentes) no bojo das mudanças legislativas para reforma do Estado e do processo desestatização deflagrado pelo Plano Nacional de Desestatização <sup>52</sup> (como se verá a seguir), já existiam na estrutura administrativa brasileira uma séria de órgãos e entidades reguladores <sup>53</sup>, a exemplo do Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar (IAA), o Instituto Brasileiro do Café (IBC), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, dentre outros.

A despeito de sua função, a instituição destes entes reguladores encontrou óbice à sua atuação independente, sobretudo por parte da jurisprudência. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, à época de sua (entes reguladores) implantação, considerou inconstitucional este reforço de autonomia, por violar o poder de direção do Presidente da República, sobre toda a Administração Pública – tal entendimento foi consolidado com a edição, pelo Pretor Excelso, da Súmula nº 25, que dispunha que “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Tal entendimento só foi recentemente alterado, a par do julgamento da ADIN nº 1949-0.

---

<sup>52</sup> Instituído, como visto no capítulo primeiro, pela Lei nº 8.031/90, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491/97, esta última modificada pela Lei nº 9.635/98 e pela Lei nº 9.700/98.

<sup>53</sup> Por isso, como já observado, a regulação não é fenômeno exclusivo do “Estado reformado” dos anos de 1990, mas função compósita observada, em maior ou menor proporção, em todas as formas de administração, a depender dos ventos políticos de então. Assim, se todo o Estado é, inexoravelmente, interventor (mesmo o absenteísta ou *laissez-faire* deve, como Estado, intervir d’alguma forma), também o é naturalmente regulador em relação a determinados setores.

Assim, temos que tais instâncias administrativas, embora reguladoras, não gozavam (ou gozam) de independência ou autonomia frente ao Poder Executivo, diversamente do que se dá com as atuais agências reguladoras, ditas independentes.

Nessa linha, cabe voltar nossa atenção ao modelo atual de regulação, através da instituição das agências reguladoras independentes na estrutura da Administração Pública indireta.

Pois bem. As agências reguladoras surgem no Direito Público brasileiro no contexto de reforma do Estado, inaugurado na década de 1990 ao cabo de reformas legislativas e emendas constitucionais, destacado o *Plano Nacional de Desestatização*, que implicou num “esvaziamento” das inúmeras funções antes avocadas pelo *Welfare State* e que significou a transição para um modelo de *Estado Regulador*.

Segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 111), as recentes reformas econômicas brasileiras envolveram três transformações estruturais que se complementam (mas não se confundem): duas delas precedidas de emendas à Constituição e a terceira mediante a edição de legislação infraconstitucional e a prática de atos administrativos. Destacamos, a seguir, cada uma delas, nos termos da sistematização proposta pelo autor.

Para Barroso (2002, p. 111), a primeira transformação substantiva da ordem econômica consistiu na *extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro*, através da Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/1995, que (I) suprimiu o art. 171 da Constituição da República <sup>54</sup>, que previa a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga a ela de proteção, benefícios especiais e preferências, e que (II) modificou a redação do art. 176, *caput* <sup>55</sup>, para

---

<sup>54</sup> Assim dispunha o dispositivo revogado: Art. 171. São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

<sup>55</sup> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede

permitir que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. No mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 7, de 15/08/1995, modificou o art. 178 da Lei Maior, para não mais exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes <sup>56</sup> (BARROSO, 2002, p. 111).

Segundo o mesmo autor (BARROSO, 2002, p. 111), a segunda linha de reformas que modificaram a feição da ordem econômica brasileira foi a chamada *flexibilização dos monopólios estatais*, através da Emenda Constitucional nº 5, de 15/08/1995, que alterou a redação do art. 25, § 2º, da Constituição Federal <sup>57</sup>, “abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado”, que antes só podiam ser delegados a empresa sob controle acionário do Estado. O mesmo se deu em relação aos serviços de telecomunicação e radiodifusão sonora e de sons e imagens, já que a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995 modificou os incisos XI a XII do art. 21 <sup>58</sup>, que, anteriormente, só admitiam a concessão da exploração de tais serviços a empresa estatal. Na área da exploração petrolífera, a Emenda Constitucional nº 9, de 09/11/1995, rompeu, do mesmo modo, com o monopólio do Estado, “[...] facultando à União Federal a contratação com empresas

---

e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa da fronteira ou terras indígenas.

<sup>56</sup> Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

<sup>57</sup> Art. 25

[...]

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

<sup>58</sup> Art. 21

[...]

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

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

privadas de atividades relativas à pesquisa e à lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos”, bem como “[...] a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos do petróleo” (BARROSO, 2005, p. 04) – anteriormente vedados *ex vi* do art. 177, *caput* e § 1º, da Constituição Federal e pela Lei nº 2.004/1951.

A terceira transformação econômica substantiva consistiu na denominada *privatização*, que se sucedeu a com a edição da Lei nº 8.031, de 12/04/1990 (posteriormente substituída pela Lei nº 9.491/97, do PND), com a instituição do *Programa Nacional da Privatização*. Nos termos do art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.031/90, os objetivos fundamentais do Programa (incorporado pelo Plano Nacional de Desestatização) eram:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa. (grifo nosso)

Segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 112), o programa de desestatização tem sido levado a efeito por mecanismos como

“[...] (a) a alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas, como as que prestam serviços públicos e (b) a concessão de serviços públicos a empresas privadas. No plano federal, inicialmente foram privatizadas empresas dos setores petroquímico, siderúrgico, metalúrgico e de fertilizantes, seguindo-se a privatização da infraestrutura, envolvendo a

venda da empresa com a concomitante outorga do serviço público, como se tem passado com as empresas de energia e telecomunicações e com rodovias e ferrovias”.

Além das alterações legislativas e constitucionais mencionadas, cabe especial destaque à profícua produção legislativa empreendida nos últimos anos da década de 1990, igualmente focadas no setor econômico, tais como: a Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630, de 25/02/1993), a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884, de 11/06/1994), a Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13/02/1995) e Permissões (Lei nº 9.074, de 07/07/1995), a Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16/07/1997), com a instituição de sua agência reguladora (ANATEL), bem como as leis que disciplinam o setor de energia elétrica (Lei nº 9.247, de 26/12/1996) e de petróleo (Lei nº 9.478, de 06/08/1997), com a criação das respectivas agências reguladoras (ANEEL e ANP, respectivamente).

Pois bem. Após as aludidas alterações legislativas, “liberalizando o a economia e diminuindo o tamanho do Estado, optou-se pela adoção do modelo de agências reguladoras para se estabelecer o novo modelo regulatório brasileiro” (OLIVEIRA, 2010, p. 08).

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 174, já previa a atuação do Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, exercendo, na forma da lei, “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Do mesmo modo, após as alterações providas pelas Emendas Constitucionais nº 08 e 09 de 1995, os arts. 21, XI e 177, § 2º, III, da Lei Maior também passam a prever, de forma expressa, a criação de órgãos reguladores para o setor de telecomunicações e petróleo, bem como a definição de sua estrutura e atribuições. A par de tais previsões, portanto, temos que as agências reguladoras brasileiras gozam de previsão constitucional *de facto*, com inafastável presença na estrutura da Administração pública nacional, já que sua instituição e disciplina são asseguradas pelo Poder Constituinte (Originário<sup>59</sup> e Decorrente). *In verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

---

<sup>59</sup> Considerando o caráter originário do art. 174, da Carta da República.

planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (grifo nosso)

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (grifo nosso)

Art. 177

[...]

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

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

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.  
(grifo nosso)

Tal como ressalta Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p. 08), cabe destacar que, apesar da previsão da criação de órgãos reguladores, “[...] a Constituição Federal não exigiu ou optou expressamente pelo modelo de agências norte-americanas, mas abriu a possibilidade dessa adoção pelo legislador”. É o que ocorreu no plano infraconstitucional, nos final da década de 1990, com a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/1996), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/1997), Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/1999), Agência Nacional de Saúde (Lei nº 9.961/1997), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233/2001) e Agência Nacional de Cinema – ANCINE (Lei nº 10.453/2002).

Tal tendência legislativa, a adoção do direito norte-americano para instituição de órgãos reguladores, confirma aquilo que Mário P. Chiti (1997, 110) aponta como o fenômeno da *agencificação*, que corresponde, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 463),

“[...] à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a Administração Indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no direito brasileiro; ele vem se difundindo pelo mundo, dentro do já referido movimento da globalização, ainda que no direito brasileiro não haja grandes justificativas para a adoção dessa terminologia”.

No mesmo sentido, Joaquim Barbosa (2005, p. 48) também observa que o ímpeto legislativo tendente à criação das agências reguladoras, observado no final da década de 1990, prenuncia

“[...] a exemplo do que ocorreu no EUA e em outros países, um movimento de expansão dessas entidades, que passam a ter poder de intervenção nos mais diversos setores em que se faz necessária a presença reguladora e disciplinadora do Estado, e não apenas nas áreas de atividade econômica outrora monopolizadas pelo poder público”. (grifo nosso)

Cabe aqui, contudo, a advertência de Nino Longobardi (1995, 389) acerca da criação de autoridades de regulação, tecida no contexto dos entes reguladores independentes gauleses, mas igualmente aplicáveis à realidade das agências reguladoras brasileiras:

*“les risques liés a la creation d'autoritès de ce type dans notre ordonnancement pourraient être nombreux et graves – on les imagine facilement – si cette création n'était pas accompagnée par une demande exigeance de garanties de procédure d'organisation et de participation, de transparence de l'action, de au de degré minimum, pourrait, em revanche, amorcer un cercle vertueux pour l'ensemble de notre administration”.*

Feita esta breve digressão histórica, cabe-nos, então, analisar os aspectos especificamente atinentes às atuais agências reguladoras independentes.

#### **4.1.4 A competência das agências reguladoras para a regulação setorial: precedentes do Superior Tribunal de Justiça**

Segundo observa Marçal Justen Filho (2012, p. 665), a agência reguladora (independente) detém competência regulatória setorial. Significa dizer que é dotada do poder para editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos em um dado setor econômico regulado – que pode abranger serviços públicos e/ou atividades econômicas propriamente ditas (2012, p. 665). Além disso, as decisões adotadas por estes reguladores são vinculantes para os diversos setores estatais e não-estatais regulados, ressalvada a revisão jurisdicional (conforme analisado neste estudo).

Nesse quesito, cabe trazer à baila relevante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a competência regulatória setorial das agências reguladoras (independentes) no cenário nacional, bem como a instrumentalidade conferida ao seu exercício (poder normativo, autonomia político-administrativa, poder de polícia, dentre outras atribuições administrativas especiais). Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS E INTERMUNICIPAIS. LEI N. 9.472/97. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL RECONHECIDA. OFENSA DOS ARTS. 458, II e 535, DO CPC. NÃO CARACTERIZADA.

1. Os atos das Agências Reguladoras, enquanto não declarados inconstitucionais, ostentam presunção de legitimidade e obrigam as empresas que atuam no setor regulado.

2. As ações judiciais versando sobre a delimitação da cognominada "área local" para fins de cobrança de tarifa dos serviços de telefonia comutada, como soem ser aquelas atinentes às ligações de telefonia fixa entre localidades do mesmo município, revela notório interesse da ANATEL em prol dos consumidores, impondo, a fortiori, a sua atuação como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se serviço de utilidade pública mediante pagamento de tarifa, cuja fixação e modificação se subsume à autorização do poder concedente. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 977.690/PR, DJ 17.12.2007 e REsp 572906/RS, DJ 28.06.2004.

3. In casu, a CRT – BRASIL TELECOM, sendo concessionária de serviços públicos de telecomunicações, tem como órgão regulamentador e fiscalizador a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, a quem incumbe a delimitação das concessões e o estabelecimento das políticas tarifárias, como soe ser a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas (Emenda Constitucional nº 8, que alterou os incisos XI e XII, a, do art. 21 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 9.472/97).

4. As Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um

funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.

5. Consoante assentado nesta Corte: "(...) 2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.(...)" (REsp 572.070/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 14.06.2004).

6. A violação dos arts. 458, II e 535, I e II, CPC, não se revela na hipótese em que o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração, estando o decisum hostilizado devidamente fundamentado. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu no voto condutor do acórdão do recurso se apelação (fls. 950/952), além de a pretensão veiculada pela parte embargante, consoante reconhecido pelo Tribunal local, revelar nítida pretensão de rejuízo da causa (fls. 983/987). (REsp nº 757.971/RS, STJ, Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. J. em 25/11/2008) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR PRÉ-PAGO. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA UTILIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO

PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A regulação das atividades pro populo exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

2. Sob esse enfoque leciona a abalizada doutrina sobre o thema: "(...) Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades há de cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir, as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial" (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15 ) ...." Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2006, p-172.

3. A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos.

4. As Resoluções não são consideradas "lei federal" para os fins de conhecimento de Recurso Especial e a não incidência de seus ditames somente pode operar-se por declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou concentrado.

5. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias.

6. O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente do STJ: AgRg na MC 10915/RN, DJ 14.08.2006.

7. O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia entre os poderes. Consectariamente, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação prima facie dos deveres do consumidor.

8. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como soem ser os direitos dos consumidores do serviço de telefonia celular pré-pago, ante a ratio essendi do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes do STF (AGR no RE 424.048/SC, DJ de 25/11/2005) e S.T.J (REsp 799.669/RJ, DJ 18.02.2008; REsp 684712/DF, DJ 23.11.2006 e AgRg no Resp 633.470/CE, DJ de 19/12/2005). 9. In casu, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública ab origine, qual seja, o reconhecimento da ilegalidade do item 4.6 (e subitens 4.6.1 e 4.6.1.1) da Norma 03/98 da ANATEL, notadamente no que pertine à restrição de prazo de validade de 90 dias para a utilização de créditos, adquiridos mediante cartões pré-pagos, imposta aos consumidores/usuários do serviço de telefonia celular pré-pago, bem como a condenação das empresas demandadas à reativação do serviço aos usuários que, em razão da não reinserção dos créditos remanescentes após o escoamento do lapso temporal in foco, sofreram interrupção na prestação do mencionado serviço, revela hipótese de interesse nitidamente coletivo e por isso apto à legitimação do Parquet 10. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

11. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.

12. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

13. Em conseqüência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial. (REsp nº 806.304/RS, STJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. J. em 02/12/2008) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. (REsp nº 572.070/PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. em 16/03/2004) (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que o exercício de competência regulamentar atribuída às agências reguladoras brasileiras não se confronta com a tripartição dos poderes e que sua materialização, através do poder normativo, regulamentar, compositório, etc., não pode ser tida como inconstitucional, desde que, evidentemente, observados os limites da lei e o balizamento da Constituição.

#### 4.1.5 A natureza e o regime jurídico das agências reguladoras (independentes)

Segundo definição já consagrada pela doutrina publicista (e pela legislação correlata <sup>60</sup>), a agência reguladora *independente* é uma *autarquia* <sup>61</sup> (de regime) *especial*, sujeita a regime jurídico que assegura a *autonomia* em face da Administração direta e que é investida de *competência* para a regulação setorial (JUSTEN FILHO, 2012, p. 664).

Para compreensão desta definição, cabe-nos deitar específica análise sobre cada elemento que lhe compõe, o que nos permitirá, ao final, compreender, cientificamente, a natureza e o regime jurídico das agências reguladoras independentes.

*Primo*, cabe já destacar que a condição de independência das agências reguladoras decorre do fato de que os entes atuais – assim entendidos como aqueles instituídos no contexto da reforma do Estado e do processo de desestatização pós-Constituição de 1988 – gozam de autonomia no exercício de sua função reguladora setorial, diversamente do que se dava com as antigas entidades autárquicas que as precederem, que se encontravam atreladas ao arbítrio da Administração direta (vide item 4.1).

##### 4.1.5.1 A natureza autárquica das agências reguladoras

Etimologicamente, o termo *autarquia* é, pacificamente, de origem grega, divergindo, entretanto, os autores (notadamente os italianos) em relação às raízes que contribuíram para a sua formação.

---

<sup>60</sup> Com efeito, a qualificação legal expressa voltou à tona quando da instituição das agências reguladoras, considerando que a Lei nº 9.427/1996 declara, em seu art. 1º, que a ANEEL é “autarquia sob regime especial”; nos mesmos moldes, o art. 8º da Lei nº 9.472/97, registra que a ANATEL é submetida a “regime autárquico especial”, ao passo que a Lei nº 9.478/97 define, em seu art. 7º, que a ANP é sujeita a “regime autárquico especial”; finalmente, o art. 3º da Lei nº 9.782/99 refere-se à ANVISA como autarquia “sob regime especial” (art. 3º).

<sup>61</sup> As agências reguladoras também são definidas como *autarquias de controle*.

Assim, há quem defenda (a exemplo de Cino Vitta e Claudio Biondi) que a palavra autarquia, no sentido administrativo, deriva do grego “*αυταρχία*”, palavra de acepção econômica, significando “bastar-se a si próprio”; doutro modo, parte da doutrina especializada (a exemplo de Arturo Lentini), refere a origem do termo na composição de “*αυτός*” + “*αρχω*”, que significaria “comandar a si próprio” – encara-se, portanto, a existência de divergências em relação às raízes gregas que compõem a palavra, “[...] embora seja indiscutível a significação das diversas palavras – autonomia – autarquia, em sentido econômico e autarquia, empregada como administração própria” (CAVALCANTI, 1960, p. 105).

Segundo observa Themistócles Cavalcanti (1960, p. 105),

“uma pesquisa pelos dicionários revela que, em grego, o verbo bastar é *αρχω-ω* e bastar-se a si próprio, *αυταρχη-ε* – enquanto que administração, administradores, é *αρχαί-ων*, substantivo que nenhuma relação aparente tem com o verbo acima citado, senão a semelhança na grafia. Em vernáculo, porém, ‘autarquia’ tem a dupla significação, econômica e administrativa, sendo que geralmente no primeiro sentido emprega-se a denominação de autarquia econômica”.

Calha consignar que o termo foi usado, pela primeira vez, em 1897, por Santi Romano, preclaro jurista italiano, ao escrever para a “Enciclopédia Italiana” sobre o tema “*decentramento amministrativo*”. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 426)

“com o vocábulo autarquia, ele fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários; dessa forma, ele substitui a expressão ente autônomo, que é contraditória, porque “autonomia” designa o poder de estabelecer o próprio direito (autós = próprio e nómos = lei), poder esse de que não desfrutam os entes locais senão a título de delegação do poder central”.

Cientificamente, adotando a definição elaborada por Celso Antonio Bandeira de Mello em sua notável obra “Natureza e Regime Jurídico das Autarquias”<sup>62</sup> (1968, p. 226), autarquia “[...] é a pessoa de direito público exclusivamente

<sup>62</sup> Cuida-se de uma das maiores obras do Direito Administrativo nacional e, sem dúvida, a mais elaborada acerca das autarquias.

administrativa”<sup>63</sup>. Quer isto dizer que é pessoa jurídica, uma vez que só para esta ordem de pessoas se coloca a personalidade pública, ao passo que, por ser exclusivamente administrativa, “consiste em entidade criada para secundar os entes políticos aos quais competiria, em princípio, desenvolver as atividades conferidas à titularidade das autarquias” – distingue-se, portanto, das *pessoas políticas*, “[...] porque estas últimas dispõem de capacidade mais ampla, não se limitando ao campo da administração” (MELLO, 1960, p. 226).

Mais atualmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 429) conceitua autarquia como a “[...] pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”.

Ainda sobre questões de definição, calha destacar que o legislador também optou por consagrar definição específica de autarquia, ao encontro das postulações clássicas da doutrina administrativista. Com efeito, o art. 5º, I, do Estatuto da Reforma Administrativa (Decreto-Lei nº 200/1967) define que autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

De seu turno, Santi Romano (1937, p. 86)<sup>64</sup> entende por autarquia “[...] uma forma específica da capacidade de direito público, ou melhor, a capacidade de dirigir os seus próprios interesses, não obstante a intervenção do Estado”. Segundo o mestre italiano, a autarquia pressupõe, necessariamente, a relação de um inferior com um superior, donde não se aplica esta designação ao Estado que, na esfera do próprio ordenamento, não tem acima dele nenhum outro sujeito (ROMANO, 1937, p. 84).

Pelas definições alinhavadas, temos que a capacidade pública da autarquia restringe-se à ordem administrativa, cabendo-lhe, apenas, o desempenho desta função, razão pela qual atua na conformidade da ordem jurídica estabelecida pela pessoa política que visa auxiliar (MELO, 1960, p. 226).

---

<sup>63</sup> Tanto o é que Santi Romano (1937, p. 86) ensina que a autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público, definindo-a como “[...] uma forma específica da capacidade de direito público, ou melhor, a capacidade de dirigir os seus próprios interesses, não obstante a intervenção do Estado”.

<sup>64</sup> Que cunhou o termo.

Sobre a personalidade jurídica das autarquias, Tito Prates da Fonseca (1935, p. 72), saudoso mestre publicista, em festejada monografia sobre o tema, já apontava que:

“[...] (a) autarquia nasce da concessão de sua personalidade jurídica pelo poder público – Estado federal ou Estado federado – que destaca de si mesmo, por assim dizer, por assim dizer, de sua substância administrativa, um departamento, ou organiza um serviço a que confere essa personalidade. As atividades a que a lei confere essa personalidade. As outras entidades a que a lei civil confere personalidade criam-se pela vontade de um ou mais indivíduos que, se intentam á realização de algum fim de ordem pública, e não privado, só o podem conseguir por uma concessão, por uma delegação, por um reconhecimento do poder público. E essa concessão, essa delegação, esse reconhecimento não constituem personalidade. A personalidade jurídica destas últimas entidades é um pressuposto”. (grifo nosso)

Do visto, temos que, a despeito de seu caráter auxiliar, as autarquias não são simples delegados de funções públicas. Na verdade, dispõem de titularidade sobre os interesses e atividades que lhe foram outorgados pela ordem jurídica, razão pela qual não exercem administração em nome do Estado, mas administram em nome próprio; quer isto significar que, no exercício da função administrativa setorial que lhe é conferida <sup>65</sup>, a autarquia “[...] explicita direitos seus, prosseguindo interesses que a lei atribui como pertinentes à sua capacidade” (MELLO, 1960, p. 228).

Tendo em conta a personalidade jurídica “especial” das autarquias e o exercício da função administrativa *de per si* que a ordem jurídica lhes confere, Celso Antônio Bandeira de Mello (1960, p. 228) analisa que,

“sendo pessoa pública e especificamente preordenada a fins administrativos, só se diferencia do corpo orgânico central da Administração pelo fato de usufruir de personalidade jurídica. Este procedimento técnico-jurídico em nada diminui sua natureza estatal, pelo que, em face dos administrados, sua ação se apresenta como ação do próprio Estado. Eis a razão pela qual lhe é possível agir em nome próprio, como senhora dos interesses e da atividade prosseguida, sem que se possa reputar excluído o Estado da titularidade dos interesses que lhe deveriam assistir”.

---

<sup>65</sup> Tal qual, por exemplo, a regulatória, como se analisa no presente estudo.

Setorialmente, as autarquias, sendo resultado do fenômeno da descentralização administrativa, inserem-se na estrutura da Administração pública *indireta*<sup>66</sup>, assim entendida, convencionalmente, como “[...] o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público” (MEIRELLES, 2011, p. 747/748)<sup>67</sup>.

A diferenciação da Administração Federal (em *direta* e *indireta*) decorre de classificação adotada pelo Estatuto da Reforma Administrativa (Decreto-Lei nº 200/67), cujo art. 4º, II, “a”, expressamente indica que as autarquias, dotadas de personalidade jurídica própria, integram a Administração Pública Indireta. Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo reza que “as entidades compreendidas na Administração Indireta (entre elas, as autarquias) vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”<sup>68</sup>. *In verbis*:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade

<sup>66</sup> Sobre a etimologia do vocábulo *administração*, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 33/34), já lecionava que, para certos autores, o termo decorre da proposição *ad*, acrescido de *ministro*, *as* e *are* (verbo traduzido como servir); outros, a seu turno, atribuem a origem ao termo *ad manus trahere*, que refere à noção de gestão.

<sup>67</sup> Calha aqui consignar a crítica formulada por Hely Lopes Meirelles (2011, p. 747) em face do emprego dos termos *direta* e *indireta* para distinguir a Administração *centralizada* ou *descentralizada*, pois, segundo o autor, a Administração, centralizada ou descentralizada, é exercida diretamente. Registra-se, nessa toada, que ao tempo da elaboração do Decreto-Lei nº 200/67, a Constituição ainda vacilava quanto à terminologia (arts. 48 a 65), mas a que se lhe seguir firmou definitivamente a expressão “administração indireta”, a que se contrapõe, naturalmente, “administração direta” (MEIRELLES, 2011, p. 747).

<sup>68</sup> Sobre este controle ministerial sobre as agências reguladoras – que são, como visto, formas de autarquias (embora especiais) – reportamo-nos ao capítulo específico dedicado ao tema.

Com base no exposto e de acordo com as observações formuladas por Themistócles Brandão Cavalcanti (1960, p. 93/94), que se baseou, a seu turno, nos preceitos firmados por Rafael Bielsa (1965, p. 241), podemos tecer as seguintes conclusões atinentes às autarquias (que são igualmente e na mesma medida aplicáveis às agências reguladoras, já que estas se incluem como entidades autárquicas)<sup>69</sup>:

- a) a administração autárquica é administração indireta do Estado, porque a realiza não o Estado, mas uma pessoa jurídica pública, criada pelo Estado em virtude de um direito subjetivo, mas dentro das normas de direito objetivo;
- b) a entidade autárquica não se acha subordinada hierarquicamente a nenhum outro órgão administrativo (Ministério, etc.); ela recebe as suas atribuições diretamente da lei e não de um superior hierárquico. Exerce, assim, as suas atribuições sob sua exclusiva responsabilidade;
- c) a entidade autárquica exerce funções de Estado – este é o seu elemento característico – e assim tem direitos e deveres peculiares, que têm esse caráter, a saber: *Direitos* de exercer certos atos de império, *impor* taxas, ditar ordenanças e regulamentos, etc. e *Deveres* de realizar serviços de interesse público, subordinando-se à tutela jurídica e econômica do Estado;
- d) a entidade autárquica exerce como funções do Estado as que lhe são próprias, isto é, dirige em primeiro lugar os seus próprios interesses, que são, igualmente, interesses indiretos do Estado.

Sem prejuízo de tais preceitos – que, embora clássicos, são ainda aplicáveis em relação a atual ordem jurídica – cabe aqui uma ressalva do próprio autor (CAVALCANTI, 1960, p. 94):

---

<sup>69</sup> Com efeito, cada uma destas precisas conclusões do mestre publicista aplica-se, *in totum*, às agências reguladoras, o que auxilia na compreensão do regime jurídico e autonomia destas entidades autárquicas, que gozam de igual personalidade jurídica e independência (por isso chamadas de agências reguladoras independentes, ao reverso do que ocorria outrora no Brasil, onde tal não era admitido pela jurisprudência).

“É preciso, entretanto, aceitar com restrições os princípios acima firmados, que não se podem aplicar com rigor a todos os países – e aqui a observação é uma ressalva do próprio autor (qual seja, Rafael Bielsa). As modalidades que se verificam em todas as legislações, inclusive na do Brasil, não permitem que se lhes fixe um tipo único, dentro do qual se ajustem todas as entidades de administração autônoma. Mesmo entre nós, elas revestem-se das formas mais variadas, desde as organizações em que o Estado intervém dentro das fórmulas de direito privado, como nas sociedades anônimas, até aquelas em que ele exerce apenas uma tutela, ou mesmo intervém diretamente na organização, na administração e no funcionamento do serviço”.

Antes de prosseguir na análise dos caracteres das agências reguladoras, cabe, preliminarmente, estabelecer relevante diferenciação entre estas e as agências executivas.

#### **4.1.5.1.1 Agências reguladoras x agências executivas**

A despeito da semelhança gráfica, cuidam-se de institutos diversos e que não se confundem – reiterando-se novamente a necessidade de delimitação dos conceitos administrativos (e jurídicos, em geral), que deve respeitar a especificidade exigida pelo Direito na condição de Ciência – o que deve ser destacado, tendo em vista o crescimento experimentado por estas instituições no Brasil, bem como pelo largo uso do termo *agência*. Nesse quesito, cabe destacar o que aponta Jean Rivero (1981, p. 529), para quem

“[...] a seguir de 1919 surge a preocupação de tornar mais flexíveis, por meio da personalização, os métodos administrativos: os estabelecimentos criados nessa altura tomam muitas vezes o nome de ‘ofício’, que, aliás, não tem qualquer significado jurídico, tal como de ‘agência’, em voga desde há alguns anos”.

Pois bem. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 291), sob a denominação de *agências executivas* “englobam-se àquelas espécies autárquicas que executam atividades administrativas cometidas por lei e explicitadas por regulamentos editados nas respectivas entidades matrizes”. Trata-se de “*qualificação* dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o

órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos” (DI PIETRO, 2009, p. 464).

Não se trata, portanto, de entidade instituída *ab origine* com a denominação de agência executiva, mas, tal como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “de entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a *qualificação* de agência executiva, podendo perdê-la, se deixar de atender aos mesmos requisitos”.

A qualificação de entidade (preexistente) como agência executiva encontra-se disciplinada (adquirindo *status* legal, portanto) na Lei nº 9.649, de 27/05/1991 (que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios) que tratou da matéria em seus arts. 51 e 52 <sup>70</sup>. A teor destes dispositivos, a qualificação de “agência executiva” será feita por ato específico do Presidente da República – “o que permitirá que ela ingresse em um regime especial, usufruindo de determinadas vantagens previstas em leis ou decretos” (MEIRELLES, 2011, p. 362) – para autarquias e fundações que: (I) “tenham um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento” e (II) hajam “celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor”, caso em que “o Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas”, para “assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão”, que serão “celebrados com periodicidade mínima de um ano”.

*In verbis:*

Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1º. A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§ 2º. O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos

---

<sup>70</sup> A despeito de tal diploma ter sido substituído pela Lei nº 10.683, 28/05/2003, os arts. 51 e 52 não foram revogados, pois, *ex vi* do art. 59 da novel lei, só foram excluídos as disposições com ela incompatíveis.

orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Art. 52. Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

§ 1º. Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

§ 2º. O Poder Executivo definirá os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

O objetivo da qualificação de uma entidade autárquica ou fundacional preexistente como agência executiva é aumentar sua eficiência, através da ampliação de sua autonomia, na mesma proporção da responsabilidade de seus administradores. Segundo Hely Lopes Meirelles (2011, p. 362), o controle destas entidades será realizado através do *contrato de gestão*, “que deverá prever a fixação de metas de desempenho para a entidade, estabelecendo os prazos de sua realização e os critérios de avaliação de desempenho”, conforme previsto no § 8º do art. 37 da Constituição Federal.

Nesse quesito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 182) salienta que

“[...] se as competências da entidade, se sua liberdade, ‘autonomia’, decorrem de lei e não podem ultrapassar o que nela se dispõe, resulta óbvio que a autoridade supervisora não tem qualquer poder em relação a isto. Quanto aos aspectos infralegais de sua organização e funcionamento, isto é, os que constam de atos subalternos, regulamentos expedidos por decreto do Presidente da República, só ele, unilateralmente, poderá modificá-los ou, mediante delegação aos Ministros, com base no art. 84, da Constituição Federal, ensejar que estes o façam. Competência não se transacionam, e muito menos por contrato. Pelo Decreto 2.488, de 2.2.98, o Presidente delegou aos Ministros competência para aprovar ou readequar estruturas regimentais e estatutos das agências executivas afetas às respectivas pastas”.

Do exposto, temos que, embora também instituídas sob a forma de autarquia, as agências executivas se distinguem, como resume José dos Santos

Carvalho Filho (2010, p. 533) “pela circunstância de não terem, como função precípua, a de exercer controle sobre particulares prestadores de serviços públicos”. Conforme explica o mesmo autor (CARVALHO FILHO, 2010, p. 533), tais entidades

[...] destinam-se a exercer a atividade estatal que, para melhor desenvoltura, deve ser descentralizada e, por conseguinte, afastada da burocracia administrativa central. A base de sua aplicação, desse modo, é a operacionalidade, ou seja, visam à efetiva execução e implementação da atividade descentralizada, diversamente da função de controle, esta o alvo primordial das agências reguladoras. Com isso, não se quer dizer que não possam ter, entre suas funções, a de fiscalização de pessoas e atividades, mas sim que tal função não constituirá decerto o ponto fundamental de seus objetivos”.

Feita esta diferenciação, impõe prosseguirmos na análise dos traços específicos das agências.

#### **4.1.5.2 O regime especial das agências reguladoras**

Segundo Marçal Justen Filho (2002, p. 664), a agência reguladora independente não é apenas uma autarquia. Na verdade, complementa o autor, trata-se de uma *autarquia especial* ou *autarquia de regime especial*, o que significa que a lei instituidora “prevê algumas peculiaridades no regime jurídico aplicável à entidade, propiciando uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas”, o que envolve a “redução do grau de subordinação da entidade em face da Administração direta” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 664).

Conforme explica Luís Roberto Barroso (2002, p. 296),

“a instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo [...] 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-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira”.

Considerável parcela da doutrina publicista (a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, Alexandre Santos de Aragão, dentre outros), entende, com certas variações semânticas, que os elementos definidores do regime especial das agências reguladoras correspondem às seguintes características: (I) *poder normativo técnico*; (II) *autonomia econômico-financeira*; (III) *autonomia político-administrativa*.

#### **4.1.5.2.1 Poder normativo técnico**

As agências reguladoras recebem das respectivas leis instituidoras *delegação* para editar normas técnicas, complementares e de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, já que tais normas são introduzidas no ordenamento jurídico como direito novo (CARVALHO FILHO, 2010, p. 518).

Tal fenômeno tem sido denominado de *deslegalização* ou *deslegifização*, considerando, como aponta José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 518), “que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na própria lei”. E argumenta o mesmo autor (2010, p. 518/519):

“Na verdade, não há, como supõem alguns estudiosos (equivocadamente, a nosso ver), transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão-somenteo poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei. Por conseguinte, nenhuma ofensa está sendo perpetrada ao princípio da reserva legal contemplado em âmbito constitucional. Em nssso entender, trata-se de exigência de tempos modernos e, por refletir inovação, não surpreende a reação oposta por alguns setores jurídicos, costumeira em semelhantes situações”.

O poder normativo das agências reguladoras será objeto de análise mais específica no capítulo seguinte. Quanto ao poder de polícia, tal já foi objeto de análise no capítulo anterior, para o qual reportamo-nos.

Além destes, as agências reguladoras gozam de outros poderes, a exemplo da mediação entre os setores regulados e os usuários dos serviços por eles prestados, o que é analisado, sucintamente, no tópico atinente às atribuições de cada agência reguladora federal, mas que, por não constituir objeto central deste estudo, não será objeto de análises mais complexas.

#### **4.1.5.2.2 Autonomia econômico-financeira e as taxas regulatórias**

A autonomia econômico-financeira das agências reguladoras demonstra que estas entidades autárquicas dispõem de recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos, de acordo com finalidade que a lei as determinou. Disto decorre a instituição das denominadas *taxas regulatórias* ou *taxas de regulação*, prestadas pelas pessoas jurídicas exercentes da atividade econômica sob regulação da agência.

A real natureza de tais contribuições é objeto de polêmica doutrinária, o que é de grande relevância, já que se as taxas regulatórias não constituírem verdadeiros tributos, livres estarão das limitações constitucionais ao poder de tributar, especialmente previstas nos arts. 150/152 da Constituição Federal (ARAGÃO, 2004, p. 332).

*Ad exemplum*, José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 521) entende tratar-se de *taxa de fato*, na acepção tributário do termo, haja vista que, segundo o autor: (I) o fato gerador é o exercício do poder de polícia, materializado na fiscalização do setor (art. 145, II, CF); (II) é tributação compulsória e não constitui sanção de ato ilícito (art. 3º, CTN); (III) é instituída por lei, além de ser cobrada por atividade vinculada (art. 3º, CTN); (IV) visa custear os serviços despendidos pela agência.

A seu turno, Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 332) entende que a questão da natureza jurídica das taxas regulatórias não pode ser solucionada de forma genérica, mas apenas tendo em consideração a natureza da atividade regulada e a disciplina específica de cada agência.

Assim, no entender do autor (ARAGÃO, 2004, p. 332), em relação às agências reguladoras de serviços públicos ou de exploração privada de monopólios ou bens estatais, as “taxas regulatórias” não constituam taxas propriamente ditas, já que, nesse caso, as agências não exercem poder de polícia sobre os concessionários, mas, na verdade, um dever de fiscalização, lastreado no contrato de concessão; doutro modo, segundo o experiente publicista, as “taxas regulatórias” cobradas pelas agências reguladoras em virtude de atividades próprias da iniciativa privada são taxas propriamente ditas, notadamente quando “sua exação visar somente à realização da justiça fiscal correspondente a atividade de fiscalização desempenhada pela agência (v.g., art. 7º, VI, Lei nº 9.782/1999 <sup>71</sup>)” ou quando se tratar de “contribuições de intervenção no domínio econômico, instituíveis apenas pela União (art. 149, CF), nas hipóteses em que se destinarem ao fomento e à conformação do próprio setor regulado <sup>72</sup>” (ARAGÃO, 2004, p. 331/332).

Quando à *autonomia orçamentária* propriamente dita, Edmir Netto de Araújo (2002, p. 46), aponta que tal não pode implicar que a agência reguladora possa realizar despesas não previstas na lei geral orçamentária do Estado, que também abrangerá o orçamento das autarquias de controle. O mesmo se aplica em relação à *autonomia financeira*, já que a execução do orçamento tem regras próprias de controle, que também se aplicam às autarquias.

Pelo que se vê, embora todas as agências reguladoras gozem de autonomia orçamentário-financeira, tal não implica em independência ou soberania, em decorrência do *Princípio da Unidade Orçamentária*, “que impõe contingencionamentos orçamentários até mesmo aos Poderes da República e a outros órgãos constitucionais autônomos, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público” (ARAGÃO, 2004, p. 333).

A despeito disso, Fernando Herren Aguillar (1999, p. 239) observa que “ainda não se desenvolveu mecanismo que permita uma autonomia orçamentária

---

<sup>71</sup> Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[...]

VI - administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo art. 23 desta Lei;

<sup>72</sup> A exemplo das contribuições para o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL) e para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), instituídas, respectivamente, pelas Leis nº 10.052/2000 e 9.998/2000.

mais sólida, porque, na prática, o Executivo pode cortar as propostas elaboradas pelas autarquias”<sup>73</sup>.

#### 4.1.5.2.3 “Autonomia” político-administrativa

Conforme resume Edmir Netto de Araújo (2002, p. 49), a *autonomia administrativa* significa que, “dada a personalidade jurídica própria, a autarquia contrata e administra em seu próprio nome, contrai obrigações e adquire direito, mas dentro das regras do ordenamento vigente” (grifos do autor)<sup>74</sup>. A *autonomia política*, doutro modo, é “apenas a estrutura própria de seus órgãos e agentes públicos, mas admitidos, nomeados e estruturados de acordo com as normas legais e regulamentares em vigor” (ARAÚJO, 2002, p. 50).

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006, p. 09), a autonomia político-administrativa se manifesta através do estabelecimento, pela lei instituidora de cada agência, um “conjunto de procedimentos, garantias e cautelas”. Conforme explica a eminente autora (GROTTI, 2006, p. 09), é a partir deste conjunto

“[...] que os dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República, e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, não podendo ser exonerados pelos Presidente da República discricionariamente, porque eles exercem mandato fixo, a prazo certo e só podem perdê-lo antes do seu término por processo administrativo disciplinar, isto é, se cometerem faltas funcionais, o de condenação judicial transitada em julgado. Portanto, eles têm algo parecido com a estabilidade temporária, durante o período que exercem a função. A rejeição pelo Senado ao nome indicado pelo Presidente acarretará o não-aperfeiçoamento da investidura”.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 24/25) já destacava que

---

<sup>73</sup> O que uma forma de controle *narcisista* ou de *patrulha de polícia*, tal como explicado no capítulo destinado a tratar do “Controle Social pelo Ombudsman”, ao qual reportamo-nos.

<sup>74</sup> Assim, v.g., lhes é defeso contratar servidores com salários diversos dos pagos pela União (no caso das agências federais) pela mesma função ou, ainda, implementar novos casos de dispensa de licitação, não previstos na Lei nº 8.666/1993.

“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”.  
(grifo nosso)

Assim, temos que a independência político-administrativa se manifesta pelo fato de que alguns dos dirigentes das agências reguladoras (notadamente os membros da Diretoria Colegiada <sup>75</sup>) têm *investidura a termo*, isto é, são nomeados para prazo determinado fixado em cada lei instituidora (a rigor de 04 anos), não ficando a mercê do *critério político* do Ministério supervisor, nem da nefasta prática da *descontinuidade administrativa*, gravemente prejudicial à agenda regulatória <sup>76</sup> (CARVALHO FILHO, 2011, p. 520).

A despeito disso, há autores que entendem pela inconstitucionalidade da estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras, a par dos princípios estampados na Constituição da República. Este o entendimento de Leila Cuéllar (2001, p. 99/100) <sup>77</sup>, para quem

[...] 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”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 469/470) observa o que sistema de autonomia das agências reguladoras nacionais deriva do modelo adotado em relação às *agencies* e *comissions* norte-americanas, mas deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. Quer isto

<sup>75</sup> Entre eles, o Ouvidor, que, em alguns casos, também é Diretor.

<sup>76</sup> Prática, infelizmente, recorrente em “governos de coalização” (termo eufêmico de “populista”), onde o Executivo exerce funções praticamente imperiais, com verdadeiro controle napoleônico em relação às demais estruturas da Administração (direta e indireta) – quadro que, progressivamente, corre o risco de sedimentar-se no Brasil dos “donos do poder”. A tal conjuntura fazemos referência no capítulo atinente ao “Controle social”, ao qual, novamente, reportamo-nos.

<sup>77</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello também é crítico do modelo de estabilidade dos Diretores das agências reguladoras, já que entende que “a garantia dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental” (MELLO, 2008, p. 153/154).

dizer que em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe autonomia (ou independência, como prefere a autora) por parte das agências reguladoras, já que, da mesma forma que se dá em relação aos outros órgãos administrativos, é possível o controle das suas decisões pela Jurisdição, a par do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>78</sup>. Segundo explica a experiente publicista (DI PIETRO, 2009, p. 470):

“Esse dispositivo (art. 5º, XXXV, CF) significa a adoção, no direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição, ao contrário de outros países que seguiram o direito francês e adotaram o sistema da dualidade da jurisdição, que, admite, ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, com competência para dirimir conflitos de interesse envolvendo a Administração Pública, com força de coisa julgada. Essa impossibilidade não existe no direito brasileiro. Qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário”.

Ainda, pode-se dizer que também não existe completa autonomia das agências em relação ao Poder Legislativo, tendo em conta que seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais, *ex vi* do princípio da legalidade. Além disso, as agências reguladoras também estão sujeitas ao controle pelo Congresso Nacional, na forma do art. 49, X, da Constituição Federal, bem como ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunais de Contas, a par dos arts. 70 e ss. da Lei Maior (DI PIETRO, 2009, p. 470).

Vê-se, portanto, que a maior autonomia das agências reguladoras reside em sua relação com o Poder Executivo e, mesmo assim, nos limites estabelecidos pela lei, já que, na condição de autarquias, compõem a Administração pública indireta, sendo-lhes aplicável, por conseguinte, as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Congresso Nacional, na forma do art. 49, X, da Constituição e não podendo se esquivar da “direção superior da administração federal”, assegurada no art. 84, II, também da *Lex Mater*. A ressalva, portanto, é que, na condição de autarquias de

---

<sup>78</sup> É que o se verá no capítulo destinado a tratar do “Controle Jurisdicional”, ao qual reportamo-nos.

regime especial, os atos das agências não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo (DI PIETRO, 2009, p. 470).

De qualquer modo, à guisa de conclusão, cabe destacar, nesse quesito, a sempre oportuna preleção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 159):

“Quanto à autonomia, embora se deva reconhecer que se trata de um conceito polissêmico, como tantos outros no Direito, parece suficiente lembrar que, *no caso das agências reguladoras*, além das tradicionais características autonômicas de que gozam as autarquias, em geral, há essa outra e com dimensão de autodeterminação que resulta da abertura, pela lei, de um espaço decisório deslegalizado em seus respectivos setores de atuação”. (grifo nosso)

Traçado este brevê panorama geral das agências, impõe analisarmos, também de formas sucinta, as agências reguladoras atualmente existentes na estrutura da Administração Pública federal.

#### **4.6 As agências reguladoras em espécie**

Neste tópico, trataremos de elencar as agências reguladoras federais atualmente existentes na estrutura administrativa brasileira, destinando, a cada uma delas, sucinta análise sobre seu caráter instrumental. Antes, porém, cabe-nos elencar algumas das atividades afetas à disciplina e controle das agências reguladoras (federais) brasileiras, socorrendo-se, para tanto, da ordem elaborada por Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 170/171):

- a) *Serviços públicos propriamente ditos*: É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.437, de 26/12/1996; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), ambas criadas pela Lei nº 10.233, de

05/06/2001; Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182, de 27/09/2005;

- b) *Atividades de fomento e fiscalização da atividade privado*: É o caso da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória 2.281-1, de 06/09/2001, alterada pela Lei nº 13/05/2002;
- c) *Atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*: Competem a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 06/08/1997;
- d) *Atividades que o Estado também protagoniza (em sede de serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares*: É o que se dá nos serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (antes denominada ANVS e hoje intitulada ANVISA, por força da Medida Provisória 2.190-34, de 23/08/2001), criada pela Lei nº 9.782, de 26/01/1999 e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28/01/2000;
- e) *Regulação do uso de bem público*: É o caso da Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17/07/2000.

Salienta-se, nessa toada, que a *Comissão de Valores Mobiliários* (CVM), criada pela Lei nº 6.385, de 07/12/1976, a quem compete a disciplina do funcionamento do mercado de valores mobiliários e a atuação de seus protagonistas (companhias abertas, intermediários financeiros e investidores, dentre outros), também pode ser classificada como *autarquia de regime especial*, com função regulatória; contudo, não recebeu a designação de *agência*, uma vez que optou-se por manter seu nome original *ex lege*<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> O que ressalta, uma vez mais, que as entidades reguladoras não constituem a “novidade” propalada por alguns (incentivada pela adoção do termo *agência*, de origem norte-americana, o que confere sendo de ineditismo infundado), mas encontra relevantes precedentes na ordem jurídica nacional. O que as diferencia, no entanto, é a questão da independência, assegurada às atuais agências reguladoras, o que antes não era admitido pela jurisprudência.

Feita esta inicial digressão, vejamos, especificamente, cada uma das agências reguladoras atualmente existentes no âmbito da Administração Pública (indireta), em ordem cronológica de instituição.

#### **4.6.1 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**

Criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) encontra-se vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal. Vê-se que foi instituída após o início da reestruturação do setor elétrico nacional, objeto das Leis nº 8.031/1990, 8.631/1993, 9.074/95 e Decretos nº 1.117/1995 e 2.003/96, o que é considerado “uma das razões para os problemas que o país vem enfrentando no setor” (ARAGÃO, 2004, p. 275) <sup>80</sup>.

A Lei nº 9.427/96 foi regulamentada pelo Decreto nº 2.235/1997, sendo o Regimento Interno da Agência aprovado pela Portaria nº 349/1997, do Ministério de Minas e Energia.

A teor do art. 3º, incisos I a XVIII, da Lei nº 9.427/1996, à ANEEL compete as seguintes atribuições, sem prejuízo de outras incumbências previstas em lei:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995;

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

---

<sup>80</sup> Cabe, por isso, a sempre atual constatação de Tácito: *Corruptissima republica plurimae leges*.

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do artigo 15 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondentes aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por período inferior a doze meses;

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500 (quinhentos) GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;

XII - estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica;

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato;

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre;

XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado;

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo;

XVII - estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de

comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes:

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica;

b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão;

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação

XX - definir adicional de tarifas de uso específico das instalações de interligações internacionais para exportação e importação de energia elétrica, visando à modicidade tarifária dos usuários do sistema de transmissão ou distribuição.

A ANEEL é dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado (art. 4º, Lei nº 9.427/96), nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos (art. 5º). Além disso, “um dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários” (art. 3º-A, § 1º).

A nomeação dos membros da diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal (art. 5º, parágrafo único), sendo vedada sua exoneração *ad nutum*. Na verdade, “os Conselheiros e os Diretores da ANEEL somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar” (art. 9º, Lei nº 9.986/2000).

Recentemente, em virtude da crise elétrica que assolou a nação na primeira metade desta década, as atribuições da ANATAL foram consideravelmente fracionadas pela Medida Provisória nº 2.198-5/2001, que criou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – o que contraria, pelo que se vê, o discurso da autonomia e tecnicidade que nortearam a instituição legislativa destas autarquias de controle, tendo em vista que sua *ratio essendi* é justamente dar conta da regulação de setores de interesse público (como o energético), dispondo, para tanto, de estrutura e conhecimentos técnicos em tese suficientes para este desiderato.

#### 4.6.2 Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

Criada pela Lei nº 9.472/1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/1997 e com Regimento Interno aprovado pela Resolução ANATEL nº 270/2001, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) encontra-se vinculada ao Ministério das Comunicações, com sede e foro no Distrito Federal.

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 277), a ANATEL é a agência reguladora “que recebeu o arcabouço institucional mais apurado [...], prévio à desestatização do setor e com uma definida divisão de competências entre os diversos agentes e órgãos públicos com competências na área” (arts. 10, 18 e 19, Lei nº 9.472/1997).

A teor do art. 19 da Lei nº 9.472/1997, à ANATEL “compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações”, “atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente”:

- I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;
- II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;
- III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;
- IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
- V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;
- VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;
- VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;
- VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
- IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

- X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
- XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;
- XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
- XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
- XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;
- XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;
- XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;
- XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;
- XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;
- XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;
- XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;
- XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;
- XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
- XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens;
- XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;
- XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento;
- XXVII - aprovar o seu regimento interno;
- XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;
- XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;
- XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;
- XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.

Quanto aos membros de seu Conselho Diretor (arts. 20/32, Lei nº 9.472/97), aplica-se a mesma disciplina prevista em relação à ANEEL, tendo em vista a revogação das disposições específicas a respeito (arts. 12/14, Lei nº 9.472/97) forma revogadas pela Lei nº 9.986/2000.

#### **4.6.3 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)**

Criada pela Lei nº 9.478/1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.455/1998, que também aprovou o seu Regimento Interno, a Agência Nacional de Petróleo (ANP) submete-se ao Ministério de Minas e Energia. Possui sede e foro no Distrito Federal “e escritórios centrais na cidade do Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais” (art. 7º, parágrafo único, Lei nº 9.478/97).

Na forma do art. 8º da Lei nº 9.478/1997, “a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe”:

- I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
- II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão ou contratação sob o regime de partilha de produção das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;
- III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;
- IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;
- V - autorizar a prática das atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento;
- VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei;
- VII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do

petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;

VIII - instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente;

X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento;

XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades reguladas da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis;

XII - consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação;

XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

XIV - articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE;

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios;

XVII - exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação;

XVIII - especificar a qualidade dos derivados de petróleo, gás natural e seus derivados e dos biocombustíveis;

XIX - regular e fiscalizar o acesso à capacidade dos gasodutos

XX - promover, direta ou indiretamente, as chamadas públicas para a contratação de capacidade de transporte de gás natural, conforme as diretrizes do Ministério de Minas e Energia;

XXI - registrar os contratos de transporte e de interconexão entre instalações de transporte, inclusive as procedentes do exterior, e os contratos de comercialização, celebrados entre os agentes de mercado;

XXII - informar a origem ou a caracterização das reservas do gás natural contratado e a ser contratado entre os agentes de mercado;

XXIII - regular e fiscalizar o exercício da atividade de estocagem de gás natural, inclusive no que se refere ao direito de acesso de terceiros às instalações concedidas;

XXIV - elaborar os editais e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários para a exploração das atividades de transporte e de estocagem de gás natural;

XXV - celebrar, mediante delegação do Ministério de Minas e Energia, os contratos de concessão para a exploração das atividades de transporte e estocagem de gás natural sujeitas ao regime de concessão

XXVI - autorizar a prática da atividade de comercialização de gás natural, dentro da esfera de competência da União;

XXVII - estabelecer critérios para a aferição da capacidade dos gasodutos de transporte e de transferência;

XXVIII - articular-se com órgãos reguladores estaduais e ambientais, objetivando compatibilizar e uniformizar as normas aplicáveis à indústria e aos mercados de gás natura

Deve-se salientar que as competências do setor energético são compartilhadas pela Agência, pela Presidência da República e pelo Conselho Nacional de Política Energética. Assim, em traços gerais, ao passo que ao Conselho Nacional de Política Energética e à Presidência da República compete a fixação de políticas públicas gerais do setor energético, à ANP é atribuída a competência para expedição de normas e atos concretos para sua implementação<sup>81</sup> (arts. 1º, 2º e 7º, Lei nº 9.478/1997), ressalvados os casos em que lei confere, diretamente, ao Presidente da República certas competências específicas, a exemplo da definição dos critérios para cálculo do valor dos royalties, na forma do art. 47 e ss. da Lei nº 9.478/97 (ARAGÃO, 2004, p. 278). É de se notar, portanto, que a competência do Conselho Nacional de Política Energética quanto ao estabelecimento das diretrizes da política energética nacional se limita à atividade de proposição e consulta em relação a Presidência da República (art. 2º, caput).

Nesse quesito, cabe destacar o que observa Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 386) sobre os regulamentos da política energética nacional:

“[...] o papel dos regulamentos presidenciais ficou reduzido, em função da outorga de parte dos poderes normativos à Agência<sup>82</sup>. Mesmo assim, há regulamentos sobre a estruturação e funcionamento da Administração (o Conselho Nacional de Política Energética é objeto do Decreto nº 2.457; e a

<sup>81</sup> Cuida-se, portanto, de legítimo exercício de poder normativo.

<sup>82</sup> Em decorrência, podemos dizer, que se trata de expressão do fenômeno da *deslegalização* das competências normativas setoriais.

Agência Nacional do Petróleo do Decreto 2.455, ambos de 1988; o procedimento sancionatório da ANP no exercício da regulação é tema do Decreto nº 2.953, de 1999), sobre as participações financeiras governamentais na exploração do petróleo e gás (Decreto nº 2.705, de 1988) e sobre a exportação do petróleo, derivados e gás (Decreto nº 2.705, de 1988)”.

Os demais regulamentos, afirma o eminente autor,

“[...] são portarias da ANP, editadas com o poder normativo para regulação conferido pela Lei do Petróleo e versando assuntos como a licitação de blocos para exploração de petróleo, a construção e operação de refinarias, as instalações de transporte, o dinheiro do uso de gasoduto alheio, e assim por diante”.

Quanto ao seu Conselho Diretor, aplicam-se à ANP as mesmas disposições relativas ao seu regime jurídico já assinaladas anteriormente, sendo igualmente vedada a exoneração *ad nutum* dos membros desta Diretoria Colegiada (arts. 12/14, Lei nº 9.478/97).

#### **4.6.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)**

Criada pela Lei nº 9.782/1999, regulamentada pela Decreto nº 3.029/1999 e pela Portaria ANVISA nº 53/2000, que aprovou seu regimento interno, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) encontra-se vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal.

Embora a atribuição para estabelecer a política nacional de vigilância sanitária seja de competência da União, através do Ministério da Saúde (art. 2º, § 1º, Lei nº 9.782/99), tal atribuição também será exercida através de proposta da ANVISA (art. 15, I). Cabe a Agência, ainda, amplas competências, na medida em que ela deve, conforme dispõe o art. 7º da Lei nº 9.782/99, “proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo”:

- I - coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;
- II - fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições;
- III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;
- IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;
- V - intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional, obedecido o disposto no art. 5º da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998;
- VI - administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo art. 23 desta Lei;
- VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos;
- VIII - anuir com a importação e exportação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei;
- IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;
- X - conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação;
- XIV - interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;
- XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;
- XVI - cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;
- XVII - coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde;
- XVIII - estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica;
- XIX - promover a revisão e atualização periódica da farmacopéia;
- XX - manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar;
- XXI - monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde;
- XXII - coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no art. 8º desta Lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde;

XXIII - fomentar o desenvolvimento de recursos humanos para o sistema e a cooperação técnico-científica nacional e internacional;

XXIV - autuar e aplicar as penalidades previstas em lei.

XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto:

a) requisitar, quando julgar necessário, informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados, em poder de pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

b) proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

c) quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocar os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta;

d) aplicar a penalidade prevista no art. 26 da Lei no 8.884, de 1994;

XXVI - controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária;

XXVII - definir, em ato próprio, os locais de entrada e saída de entorpecentes, psicotrópicos e precursores no País, ouvido o Departamento de Polícia Federal e a Secretaria da Receita Federal.

Em síntese, tems que cabe à Agência amplas competências, inclusive notmativas, em largos setores econômicos privados que geram potencial de risco à saúde pública, como medicamentos, tabaco, alimentos, bebidas, equipamentos médicos e similares (*ex vi* do art. 15 c.c. Anexo Anexo II, da Lei nº 9.782/99); além disso, também lhe é atribuída uma série de competência de poder de polícia, em exercício autorizativo e repressivo (ARAGÃO, 2004, p. 279/280).

Quanto ao Conselho Diretor, a teor do art. 15, da Lei 9.782/99, compete à Diretoria Colegiada da ANVISA:

I - definir as diretrizes estratégicas da Agência;

II - propor ao Ministro de Estado da Saúde as políticas e diretrizes governamentais destinadas a permitir à Agência o cumprimento de seus objetivos;

III - editar normas sobre matérias de competência da Agência;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas relativas à vigilância sanitária;

- V - elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades;
- VI - julgar, em grau de recurso, as decisões da Agência, mediante provocação dos interessados;
- VII - encaminhar os demonstrativos contábeis da Agência aos órgãos competentes.

Ainda sobre o regime jurídico da Diretoria colegiada da ANVISA, os membros do Conselho Diretor da Agência “serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do art. 52, III, “f”, da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução” (art. 10, parágrafo único, Lei nº 9.782/99). Além disso, é vedada a exoneração ad nutum dos membros da Diretoria, nos mesmos moldes analisados, sendo que a exoneração imotivada de Diretor da Agência somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, “findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia” (art. 12).

#### **4.6.5 Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**

Criada pela Lei nº 9.961/2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.327/2000 e pela Resolução RDC (ANS) nº 593/2000, que aprovou o seu Regimento Interno, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) encontra-se vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal.

À ANVISA compete promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, “regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadoras e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país” (ARAGÃO, 2008, p. 272). Para esse fim, lhe são assegurados amplos poderes normativos, inclusive sobre as relações contratuais, assim como competências de polícia administrativa, especialmente de cunho sancionatório e autorizativo (art. 4º, Lei nº 9.961/2000).

Na forma do art. 4º da Lei nº 9.961/00, Art. 4º Compete à ANS:

- I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;
- II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
- III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;
- IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;
- V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;
- VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;
- VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;
- VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;
- IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;
- X - definir, para fins de aplicação da Lei no 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;
- XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei no 9.656, de 1998;
- XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 1998;
- XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei no 9.656, de 1998;
- XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;
- XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;
- XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;
- XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;
- XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994;

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras;

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos;

XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira;

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo:

- a) conteúdos e modelos assistenciais;
- b) adequação e utilização de tecnologias em saúde;
- c) direção fiscal ou técnica;
- d) liquidação extrajudicial;
- e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras;
- f) normas de aplicação de penalidades;
- g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados;

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde.

Cabe observar que a legislação da Agência Nacional de Saúde representa um forte traço de intervenção estatal sobre a atividade econômica privada dos planos de saúde, o que, segundo observa Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 281), “demonstra que a criação de agências reguladoras no Brasil não se deu somente na senda de uma desestatização/desregulação”, já que “a instituição da Agência propiciou, exatamente, um grande aumento da intervenção e regulação estatal sobre a atividade da iniciativa privada.

Quanto ao Conselho Diretor, é igualmente vedada a exoneração *ad nutum* de seus membros, sendo que, ex vi do art. 8º da Lei nº 9.961/00, após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de: I - condenação penal transitada em julgado; II - condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa; III - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e IV - descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão de que trata o Capítulo III da lei.

#### 4.6.6 Agência Nacional de Águas (ANA)

Criada pela Lei nº 9.984/200 e regulamentada pelo Decreto nº 3.692/200, inserindo-se no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997), a Agência Nacional de Águas vincula-se ao Ministério do Meio Ambiente, com sede e foro no Distrito Federal. Tem por finalidade precípua implementar, na medida de suas atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, juntamente com diversos órgãos e entidades federais, estaduais, municipais, governamentais, semigovernamentais e da sociedade civil (arts. 32/48, Lei nº 9.433/97).

A quantidade de órgãos e entidades envolvidos na implantação dos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos é um dos fatores que faz com que a Agência Nacional de Águas tenha, em comparação com as demais autarquias de controle, o arcabouço institucional mais intrincado, sendo que, não bastasse, sua atuação também restou consideravelmente prejudicada pelo retardo na aprovação dos Planos Nacionais de Recursos Hídricos previstos nos arts. 6º/8º da Lei nº 9.433/1997, condição necessária para o exercício de várias de suas competências regulatórias (ARAGÃO, 2004, p. 282).

A teor do art. 4º da Lei nº 9.984/00, a atuação da ANA obedecerá aos “fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”, cabendo-lhe, em específico:

- I – supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos;
- II – disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;
- IV – outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5o, 6o, 7o e 8o;
- V - fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União;

VI - elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inciso VI do art. 38 da Lei no 9.433, de 1997;

VII – estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica;

VIII – implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União;

IX – arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, na forma do disposto no art. 22 da Lei no 9.433, de 1997;

X – planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios;

XI - promover a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água, e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos;

XII – definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas;

XIII - promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias;

XIV - organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos;

XV - estimular a pesquisa e a capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos;

XVI - prestar apoio aos Estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos;

XVII – propor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos;

XVIII - participar da elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos e supervisionar a sua implementação;

XIX - regular e fiscalizar, quando envolverem corpos d'água de domínio da União, a prestação dos serviços públicos de irrigação, se em regime de concessão, e adução de água bruta, cabendo-lhe, inclusive, a disciplina, em caráter normativo, da prestação desses serviços, bem como a fixação de padrões de eficiência e o estabelecimento de tarifa, quando cabíveis, e a gestão e auditoria de todos os aspectos dos respectivos contratos de concessão, quando existentes;

XX - organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB);

XXI - promover a articulação entre os órgãos fiscalizadores de barragens;  
XXII - coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), de forma consolidada.

Trataremos, seguida, das agências encarregadas da regulação do setor de transportes, ANTT e ANTAQ.

#### **4.6.7 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)**

Criadas pela Lei nº 10.233/2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), cada qual com competências específicas (porém, paralelas), observadas as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes (arts. 20 e 21, § 2º). Ambas vinculam-se ao Ministério dos Transportes, com sede e foro no Distrito Federal.

Ao passo que a ANTT “tem por esfera de atuação o transporte terrestre de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação”, a ANTAQ tem por finalidade “regular a navegação fluvial, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, bem como verificar portos, terminais portuários privativos e o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas” (LEHFELD, 2008, p. 273).

Na forma do art. 24 da Lei nº 10.233/2001, cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, as seguintes atribuições gerais:

- I – promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;
- II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;
- III – propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre;
- IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à

prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;

VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública;

X – adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados;

XI – promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;

XII – habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes;

XIII – promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário;

XIV – estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

XV – elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.

XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais.

XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas

A seu turno, o art. 27 do mesmo diploma instituidor prevê que Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

I – promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários;

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III - propor:

a) ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária fluvial e lacustre, excluídos os portos outorgados às companhias docas, e de prestação de serviços de transporte aquaviário; e

b) à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas;

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

V – celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos art. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes;

VII - aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;

VIII – promover estudos referentes à composição da frota mercante brasileira e à prática de afretamentos de embarcações, para subsidiar as decisões governamentais quanto à política de apoio à indústria de construção naval e de afretamento de embarcações estrangeiras;

X – representar o Brasil junto aos organismos internacionais de navegação e em convenções, acordos e tratados sobre transporte aquaviário, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais;

XII – supervisionar a participação de empresas brasileiras e estrangeiras na navegação de longo curso, em cumprimento aos tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

XIV – estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, nos termos da Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

XV – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

XVI – cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições avençadas nos contratos de concessão quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União e arrendados nos termos do inciso I do art. 4o da Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

XVII - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública;

XIX – estabelecer padrões e normas técnicas relativos às operações de transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas;

XX – elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.

XXI - fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre;

XXII - autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei no 8.630, de 1993;

XXIII - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito das outorgas;

XXIV - autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei no 9.432, de 8 de janeiro de 1997;

XXV - celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

XXVI - celebrar atos de outorga de autorização para construção e exploração de Estação de Transbordo de Carga;

XXVII - celebrar atos de outorga de autorização para construção e exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte.

Os membros dos Conselhos Diretores da ANTT e da ANTAQ (arts. 52/62, Lei nº 10.233/01), “serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal” (art. 52, § 1º), para o cumprimento de um mandato, vedada a recondução (art. 54). Além disso, os membros da Diretoria não podem ser exonerados ad nutum, sendo que só perderão o mandato “em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições” (art. 56).

#### **4.6.8 Agência Nacional de Cinema (ANCINE)**

Criada pela Medida Provisória nº 2.219/2001 – antes, portanto, da Emenda Constitucional nº 32/2001 – a Agência Nacional de Cinema (ANCINE) encontra-se vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com sede e foro no Distrito Federal e escritório central mantido no Rio de Janeiro/RJ. À Agência compete “regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica em todo o território brasileiro” (LEHFELD, 2008, p. 273).

Nos termos do art. 7º da Medida Provisória nº 2.219/2001, a ANCINE terá as seguintes competências:

- I - executar a política nacional de fomento ao cinema, definida na forma do art. 3º;
- II - fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento;
- III - promover o combate à pirataria de obras audiovisuais;
- IV - aplicar multas e sanções, na forma da lei;
- V - regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação;
- VI - coordenar as ações e atividades governamentais referentes à indústria cinematográfica e videofonográfica, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações;
- VII - articular-se com os órgãos competentes dos entes federados com vistas a otimizar a consecução dos seus objetivos;
- VIII - gerir programas e mecanismos de fomento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional;
- IX - estabelecer critérios para a aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional;
- X - promover a participação de obras cinematográficas e videofonográficas nacionais em festivais internacionais;
- XI - aprovar e controlar a execução de projetos de co-produção, produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica a serem realizados com recursos públicos e incentivos fiscais, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações;
- XII - fornecer os Certificados de Produto Brasileiro às obras cinematográficas e videofonográficas;
- XIII - fornecer Certificados de Registro dos contratos de produção, co-produção, distribuição, licenciamento, cessão de direitos de exploração, veiculação e exibição de obras cinematográficas e videofonográficas;
- XIV - gerir o sistema de informações para o monitoramento das atividades da indústria cinematográfica e videofonográfica nos seus diversos meios de produção, distribuição, exibição e difusão;
- XV - articular-se com órgãos e entidades voltados ao fomento da produção, da programação e da distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas dos Estados membros do Mercosul e demais membros da comunidade internacional;
- XVI - prestar apoio técnico e administrativo ao Conselho Superior do Cinema;
- XVII - atualizar, em consonância com a evolução tecnológica, as definições referidas no art. 1º desta Medida Provisória.

Pelo que se vê, as competências da ANCINE são mais de fomento do que de regulação propriamente dita, “o que, todavia, não a descaracteriza como

agência reguladora”, já que, para além da expressa qualificação legal como tal (art. 5º), “o fato de possuir menos competências regulatórias que as demais agências reguladoras, não faz que não possa ser considerada como tal, até porque não há agências reguladoras que exerçam apenas competências regulatórias” (ARAGÃO, 2004, p. 286).

Quanto ao seu Conselho Editor, os membros da Diretoria da ANCINE “serão brasileiros, de reputação ilibada e elevado conceito no seu campo de especialidade, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal” (art. 8º, § 1º, MP nº 2.219/01), para mandatos não coincidentes de 04 anos. Apesar do silêncio da Medida Provisória nº 2.219/01, entende-se que também não é possível a exoneração *ad nutum* dos Diretores da Agência, nos mesmos termos já analisados anteriormente.

Finalmente, cabe destacar, de forma sucinta, a controvérsia existente a respeito do modo de instituição da ANCINE, que se deu por Medida Provisória, emanada da Presidência da República, no exercício de sua faculdade constitucional. Certa doutrina, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), considera descabida a criação de uma Agência Reguladora por espécie normativa que não constitui lei federal *de facto*. Doutro modo, há quem, a exemplo de Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 285), que argumenta pela ausência de óbice procedimental, tendo em vista que, já que as medidas provisórias têm força de lei, restou atendido, ao ver do autor, o requisito estabelecido pelo art. 37, XIX, da Constituição Federal<sup>83</sup>, que reza que as autarquias devem ser instituídas por lei.

---

<sup>83</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

#### 4.6.9 Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)

Criada pela Lei nº 11.182/2005, a Agência Nacional de Aviação Civil (a mais recente instituída no âmbito da Administração pública indireta) encontra-se vinculada ao Ministério da Defesa, com sede e foro no Distrito Federal. Tem por finalidade estabelecer medidas necessárias ao atendimento do interesse público, desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária nacionais (LEHFELD, 2008, p. 273).

A par do art. 8º da Lei nº 11.182/2005 <sup>84</sup>, cabe à ANAC adotar as medidas necessárias “ao atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade”, competindo-lhe, para tanto:

- I – implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil;
- II – representar o País junto aos organismos internacionais de aviação civil, exceto nos assuntos relativos ao sistema de controle do espaço aéreo e ao sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;
- III – elaborar relatórios e emitir pareceres sobre acordos, tratados, convenções e outros atos relativos ao transporte aéreo internacional, celebrados ou a ser celebrados com outros países ou organizações internacionais;
- IV – realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil;
- V – negociar o estabelecimento de acordos e tratados sobre transporte aéreo internacional, observadas as diretrizes do CONAC;
- VI – negociar, realizar intercâmbio e articular-se com autoridades aeronáuticas estrangeiras, para validação recíproca de atividades relativas ao sistema de segurança de vôo, inclusive quando envolvam certificação de produtos aeronáuticos, de empresas prestadoras de serviços e fabricantes de produtos aeronáuticos, para a aviação civil;
- VII – regular e fiscalizar a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil;

---

<sup>84</sup> Recentemente modificado pela Lei nº 12.462/2011, no rumo das reformas estruturais do setor aéreo, motivadas pelo constante estado de crise e saturação da parca estrutura aeroviária nacional.

VIII – promover, junto aos órgãos competentes, o cumprimento dos atos internacionais sobre aviação civil ratificados pela República Federativa do Brasil;

IX – regular as condições e a designação de empresa aérea brasileira para operar no exterior;

X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;

XI – expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde;

XII – regular e fiscalizar as medidas a serem adotadas pelas empresas prestadoras de serviços aéreos, e exploradoras de infra-estrutura aeroportuária, para prevenção quanto ao uso por seus tripulantes ou pessoal técnico de manutenção e operação que tenha acesso às aeronaves, de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, que possam determinar dependência física ou psíquica, permanente ou transitória;

XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos;

XIV – conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos;

XV – promover a apreensão de bens e produtos aeronáuticos de uso civil, que estejam em desacordo com as especificações;

XVI – fiscalizar as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas de segurança de vôo;

XVII – proceder à homologação e emitir certificados, atestados, aprovações e autorizações, relativos às atividades de competência do sistema de segurança de vôo da aviação civil, bem como licenças de tripulantes e certificados de habilitação técnica e de capacidade física e mental, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XVIII – administrar o Registro Aeronáutico Brasileiro;

XIX – regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infra-estrutura aeroportuária disponível;

XX – compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária;

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

XXII - aprovar os planos diretores dos aeroportos;

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXV – estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXVI – homologar, registrar e cadastrar os aeródromos;

- XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego;
- XXIX – expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos;
- XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem;
- XXXI – expedir certificados de aeronavegabilidade;
- XXXII – regular, fiscalizar e autorizar os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil;
- XXXIII – expedir, homologar ou reconhecer a certificação de produtos e processos aeronáuticos de uso civil, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
- XXXIV – integrar o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER;
- XXXV – reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis;
- XXXVI – arrecadar, administrar e aplicar suas receitas;
- XXXVII – contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com a legislação aplicável;
- XXXVIII – adquirir, administrar e alienar seus bens;
- XXXIX - apresentar ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República proposta de orçamento;
- XL - elaborar e enviar o relatório anual de suas atividades à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;
- XLI – aprovar o seu regimento interno;
- XLII - administrar os cargos efetivos, os cargos comissionados e as gratificações de que trata esta Lei;
- XLIII – decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência;
- XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União;
- XLV – deliberar, na esfera técnica, quanto à interpretação das normas e recomendações internacionais relativas ao sistema de segurança de vôo da aviação civil, inclusive os casos omissos;
- XLVI – editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos necessários à aplicação desta Lei;
- XLVIII – firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; e
- XLIX – contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória da aviação civil e da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, em cooperação com as instituições dedicadas à cultura nacional, orientando e incentivando a participação das empresas do setor.

Mera constatação é capaz de indicar que a ANAC possui amplas, inúmeras e, *data venia*, demasiadas competências, mesmo após a modificação introduzida pela Lei nº 12.462/2011 que revogou diversos dispositivos. Tal proficuidade legislativa não se compatibiliza com a realidade sensível (notadamente a do usuário da aviação civil), tendo em vista que, a despeito destas largas atribuições, a estrutura aeroviária nacional deixa muito a desejar, o que põe em cheque, infelizmente, a efetividade desta autarquia de controle, apesar de sua recente instituição<sup>85</sup>.

#### **4.6.10 As agências reguladoras estaduais e municipais**

Conforme expõe Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 286), no movimento da desestatização, “os Estados-membros também delegaram uma séria de serviços públicos de sua titularidade, tendo criado, muitas vezes, uma agência para regular a sua exploração pela iniciativa privada.

Assim, segundo a enumeração elaborada pelo então Ministro Nelson Jobim, quando de seu voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0/RS, em 19/09/1999, podemos listar, a título de exemplo, as seguintes agências reguladoras, criadas no âmbito dos Estados da Federação:

- a) Bahia: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, transportes e Comunicações da Bahia (AGERBA), criada pela Lei Estadual nº 7.314/1998;
- b) Ceará: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), criada pela Lei Estadual nº 12.786/1997;

---

<sup>85</sup> Cabe, novamente, a constatação de Tácito de que *corruptissima republica plurimae leges*. Apesar da potencial excessividade do adágio nesse quesito, causa certa espécie verificar que, apesar da legislação instituidora da ANAC datar dos idos de 2005, esta já passou por consideráveis modificações (inclusive em 2006, pela Lei nº 12.192/2006), sem que tal proficuidade legislativa tenha resultado em detectável melhora do (caótico) setor aeroportuário nacional.

- c) Espírito Santo: Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo (AGESP), criada pela Lei Estadual nº 5.271/1998;
- d) Mato Grosso: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (AGER/MT), criada pela Lei Estadual nº 7.101/1999;
- e) Minas Gerais: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais (ARSEMG), criada pela Lei Estadual nº 12.999/1998;
- f) Pará: Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos, criada pela Lei Estadual nº 6.099/1997;
- g) Rio de Janeiro: Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ), criada pela Lei Estadual nº 2.686/1997;
- h) Rio Grande do Norte: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte (ASEP-RN), criada pela Lei Estadual nº 7.463/1999;
- i) Rio Grande do Sul: Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERS), criada pela Lei Estadual nº 10.931/1997;
- j) Santa Catarina: Agência Catarinense de Regulação e Controle (SC/ARCO), criada pela Lei Estadual nº 11.355/2000;
- k) São Paulo: Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), criada pela Lei Complementar Estadual nº 833/1997;
- l) Sergipe: Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe (ASES), criada pela Lei Estadual nº 3.973/1998.

Quanto à instituição de agências reguladoras em âmbito municipal, tal ainda é questão controversa entre os meios doutrinários, apesar do fato de que, v.g., as delegações dos serviços públicos de transportes de passageiros ainda sejam, maciçamente, objeto de regulação centralizada. Ainda assim, pode-se citar, a título de exemplo, a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeira do Itapemirim (AGERSA), criada pela Lei Municipal nº 4.798/1999

daquela urbe – que seguiu os mesmos moldes da Lei nº 9.472/1997, que instituiu a ANATEL.

## 5 O PODER NORMATIVO (TÉCNICO) DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Cabe-nos, nesse capítulo, tratar de forma específica do poder normativo técnico conferido, por força de lei, às agências reguladoras independentes, o que constitui, exime de dúvida, um dos pontos mais controversos da teoria da regulação.

Com efeito, tal como assinala Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006, p. 13), da leitura das leis instituidoras das agências reguladoras, vê-se que tais entidades autárquicas gozam de amplo poder normativo, “que envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo de atividades a elas atribuído e, por outro, a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas pela lei”. Assim, implica-nos questionar se a lei de fato delegou às agências reguladoras “função legislativa”, bem como as matérias e o alcance deste poder regulamentar, sem que isso possa violar o princípio da separação dos poderes ou possa significar usurpação da competência legiferante.

Assim, a admissão de eventual atividade normativa das agências representa o autêntico poder regulamentar destes órgãos reguladores, o que produz relevantes desdobramentos em relação à questão da delegação legislativa, dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e com o próprio Princípio da Legalidade, como se verá adiante.

### 5.1 Precedentes históricos do poder normativo regulamentar: o *rulemaking* das agências norte-americanas e a jurisprudência da Suprema Corte

Como de resto, a atribuição de poder normativo às agências reguladoras brasileiras também é fruto do modelo regulatório dos Estados Unidos da América. De fato, é na função propriamente reguladora, lá denominada de

*regulaking*, mas também chamada (aqui, inclusive) de “quase legislativa”<sup>86</sup>, que reside o cerne das atribuições das agências independentes americanas (GOMES, 2005, p. 52).

No contexto norte-americano, as *regulation agencies*, no exercício de sua função normativa, agem, ora como um típico poder regulamentar, ora optam por utilizar procedimentos usualmente adotados pelo Poder Judiciário.

Segundo observa Joaquim Barbosa (2005, p. 52), o *rulemaking* das agências norte-americanas consiste em editar o que se denomina de *prescriptive formulations* ou *legislative rules*, isto é, normas regulamentares das atividades abrangidas pelo respectivo campo de especialidade de cada agência, de sorte que tais normas, validamente editadas, passam a ter força de lei (*subordinate legislation*, segundo a terminologia britânica), tanto para os agentes econômicos sujeitos à regulação, quanto para os usuários dos dados serviços regulados. Segundo o autor (GOMES, 2005, p. 52):

“Tais normas revestem-se de características que as aproximam das leis. De um lado, o seu descumprimento sujeita o infrator às mesmas consequências jurídicas previstas para a não observância das leis votadas pelo Congresso, como, por exemplo, o pagamento de pesadas multas. Por outro lado, tais normas são bem menos vulneráveis a ataques na via jurisdicional, eis que a tradição do direito público jurisprudencial norte-americano é de outorgar ampla deferência à expertise dos órgãos e entidades especializados”.

As *legislative rules* editadas pelas agências norte-americanas podem ser de natureza substantiva (*substantive rules*), interpretativas (*interpretative rules*) ou procedimental (*procedural rules*). Vejamos:

- a) *Substantive Rules*: Têm considerável força jurídica, já que simbolizam a própria delegação da competência normativa por parte do Congresso. Além disso, são as mais aceitas (ou menos atacadas) pelo Poder Judiciário norte-americano, que, nesses casos, costuma aplicar o chamado princípio da deferência, criado pela Jurisprudência da Suprema Corte no caso “*Chevron Inc. v. National Resources Defense Council*” (um dos *leading cases* em

---

<sup>86</sup> Embora esta identificação não seja adequada, como se exporá mais adiante.

matéria de revisão judicial de atos administrativos) 87. Segundo o princípio da deferência, a análise da atividade normativa exercida pelos órgãos reguladores, quando vinculada por parâmetros de lei genéricos, comportaria um duplo exame: primeiro, na verificação da vagueza do texto legal e, em caso positivo, na análise da interpretação do texto legal, consagrada na ação normativa-administrativa, é razoável ou não (VERISSIMO, 2006, p. 399). Assim, se o texto for vago e a sua aplicação for razoável na norma administrativa, “ela não pode ser substituída por outra tida pela Corte como mais consentânea ao espírito da lei, justificando-se, assim, a deferência à conclusão administrativa”;

- b) *Interpretive Rules*: Tratam-se das *legislative rules* que mais são objeto de reexame judicial, ainda que a intervenção do Poder Judiciário, mesmo nesse casos, seja consideravelmente razoável, já que, segundo adágio consagrado na doutrina norte-americana, “*courts are not supposed to supplant administrative discretion by substituting their judgment for that of an agency on a matter of policy*”. (SCALIA, 1989, p. 511) Com efeito, tal como no caso anterior, a parcimônia do Judiciário norte-americano no reexame das normas administrativas decorre do princípio do *substantial evidence*, criado a partir da Jurisprudência da Suprema Corte quando do caso “*National Labor Relations Board v. Hearst Publications*” 88. Segundo tal princípio, “nas questões de fato, a Corte deve, em princípio, aceitar sem restrições as conclusões tiradas pelo ente administrativo, desde que estejam razoavelmente suportadas em um processo administrativo regularmente formado” (VERISSIMO, 2006, p. 395);
- c) *Procedural Rules*: Referem-se à estrutura organizacional de cada agência, seu modo de funcionamento e sua prática cotidiana – em suma, o seu regimento interno (GOMES, 2005, p. 52).

---

<sup>87</sup> Tal princípio será oportunamente analisado no capítulo atinente ao Controle Jurisdicional.

<sup>88</sup> Idem observação anterior.

Não obstante, outra peculiaridade do processo decisório da atividade normativa das agências norte-americanas – que a aproxima da atuação do Legislativo – é o que se denomina de *notice-and-comment rulemaking*, que é o procedimento legal adotado pelas *regulation agencies* e *commissions* desde a proposição da normatização regulatória até sua final adoção na forma de norma administrativa concreta, tendo como norte a transparência e a interação com a sociedade. Segundo explica Joaquim Barbosa (2005, p. 53), o procedimento da *notice-and comment rulemaking* transcorre da seguinte maneira:

“antes de adotar uma norma destinada a regulamentar algum aspecto da atividade incluída no seu âmbito de atuação, a agência promove estudos, consulta *experts* e prepara um *dossier* acerca da necessidade daquela regulamentação. Em seguida, publica toda a documentação e os planos concernentes à regulamentação almejada no órgão oficial de divulgação governamental (*Federal Register*), conclamando a população, os *experts* e as pessoas interessadas na matéria a emitirem suas considerações sobre o tema dentro de um determinado período de tempo. Ultrapassado o prazo estipulado e examinadas as observações vindas do público, a agência edita a regulamentação”.

As leis criadoras de algumas agências reguladoras (federais) brasileiras tentaram reproduzir (com eficácia questionável) o *notice-and-comment rulemaking* de suas similares norte-americanas. Ad exemplum, o art. 42 da Lei nº 9.472/1997, que institui a ANATEL, prevê que “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. No mesmo sentido, e visando incentivar a participação cidadã no processo decisório daquela Agência, o art. 44 da mesma Lei assegura que “qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias”<sup>89</sup>.

Ao que se vê, pretendeu o legislador, na criação das agências, fomentar a participação da sociedade no processo decisório das agências reguladoras, notadamente em relação ao exercício da atividade normativa destes entes reguladores, considerando que as normas administrativas deles advindas

---

<sup>89</sup> Cuida-se, pelo que se vê, de interposição legislativa tendente a concretizar o direito de petição, assegurado em texto constitucional.

também afetam a população, na condição de usuários de serviços regulados. Assim, temos que a própria Lei consagra o controle social da administração, como se demonstrou no capítulo atinente ao “Controle Social pelo Ombudsman”, ao qual reportamo-nos.

Voltando à questão do “poder normativo-regulamentar” das agências norte-americanas, temos que a competência normativa atribuída a tais entidades se traduz em um “poder regulamentar de 2º grau”, o que, de certa forma, toca diretamente com a tormentosa questão das *delegações legislativas*, que, segundo Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 67), “é um tema de dramática importância no direito público norte-americano”, tendo em vista que o Congresso daquela nação “é o grande eixo de representação popular e o formulador indispensável de políticas públicas, que, por imemorial tradição, detém o predomínio para a edição das leis e controle dos atos normativos infralegais de maior expressão”.

Em razão desta tradição fincada no dogma da separação dos poderes, é impensável ao constitucionalismo norte-americano imaginar a transferência, em favor das agências, de poder normativo e regulatório (difuso), manifestado através da edição de normas e outras deliberações nas diversas áreas da atividade econômica, sem que tal seja acompanhada do controle político-legislativo exercido pelos congressistas validamente eleitos pelo sufrágio popular. Com efeito, o princípio da legalidade e a chamada *reserva legal* são conceitos seriamente conduzidos no sistema jurídico norte-americano, a tal ponto de exigir a intervenção do Congresso em todas as deliberações de tal natureza e importância (CASTRO, 2011, p. 425).

À vista deste quadro, a criação de agências reguladoras, que importaram na transferência ilimitada de competências legislativas destinadas à regulação de setores econômicos de interesse coletivo, foram objeto de relevante discussão constitucional no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Com efeito, a Suprema Corte foi forçada a intervir inúmeras vezes em questões atinentes à atividade normativa de agências reguladoras, para verificar, caso a caso, a constitucionalidade de delegações de competência normativa a organismos e autoridades sediados fora do Congresso Nacional (CASTRO, 2011, p. 426). Segundo observa Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 67):

[...] durante a era Roosevelt e ao tempo da implantação das políticas de recuperação econômica que caracterizaram o New Deal, a Suprema Corte americana, cumprindo seu papel de colocar freios e limites à tendência que então se ia generalizando, no sentido de atribuir poder normativo amplo às agências reguladoras. Tal se deu em meio a uma verdadeira guerra declarada entre aquele histórico tribunal e a presidência de Franklin Roosevelt, em meados da década de 1930, quando mais de duzentos preceitos legais que haviam sido aprovados pelo Congresso Nacional, com a sanção do Chefe do Poder Executivo, foram declarados inconsistentes com a Constituição”.

Podemos citar como casos emblemáticos decididos pela Suprema Corte dos EUA em situações de delegações normativas abusivas e ilimitadas à órgãos do Poder Executivo as seguintes: *Panama Refining Co. v. Ryan* (293 US 388, 1935); *Schechter Poultry Corp v. United States* (295 US 495, 1935); *Carter v. Carter Coal* (298 US 238, 1936). Mediante tais pronunciamentos, a Suprema Corte americana declarou não ser constitucionalmente admissível uma delegação legislativa aberta e irrestrita, “a ponto de permitir que uma autoridade executiva ou uma agência governamental pudesse dispor ou estabelecer regras de direito de caráter primário e com irrefreada discricção político-legiferante”, considerando que tal expediente importaria “numa autêntica *abdicação legislativa*, ou seja, numa renúncia ao poder-dever de legislar com que a Constituição investiu o Congresso Nacional” (CASTRO, 2005, p. 68). Na verdade, conforme observa Carlos Roberto Siqueira Castro (2011, p. 425), a abdicação legislativa não poderia constituir

“delegação legislativa legítima e consentânea com a partilha de competências institucionais, que faz preservar no órgão delegante (Poder Legislativo) a prerrogativa primária de legislar, bem como a consequente prerrogativa de eventualmente reverter a delegação e de controlar o exercício do poder normativo delegado, nos moldes ditados pelo art. 49, inciso V, da vigente Constituição brasileira, ao dispor: ‘É da competência exclusiva do Congresso Nacional: - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”.

Analisados os precedentes histórico-jurídicos da atribuição de poder normativo aos órgãos de competência regulatória, cabe-nos verificar, especificamente, as questões que lhe são atinentes em relação às agências reguladoras brasileiras. É o que se fará a seguir.

## 5.2 O princípio da legalidade e o poder normativo (regulatório): novas perspectivas

A relação entre o Princípio da Legalidade e o poder normativo da Administração Pública (arts. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV e VI, Constituição Federal) é uma das questões mais controversas da Teoria Geral do Estado. Com efeito, já observava Caio Tácito (1997, p. 1.084) que

“[...] é sobretudo no Direito Econômico, área crescente de intervencionismo estatal, que se multiplica a atividade regulamentar exercida pelas agências administrativas incumbidas do controle do Estado sobre a economia. Impõe-se assegurar aos organismos administrativos uma agilidade de adaptação às exigências mutáveis dos fenômenos financeiros e econômicos que leva necessariamente à ampliação do poder de editar normas”.

O princípio da legalidade encontra-se validamente estampado na Constituição Federal de 1998, que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Segundo explica Alexandre de Moraes (2001, p. 67), o princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado, de sorte que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”; assim, “com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei”. Portanto, deve-se ter o princípio da legalidade como mais próximo de uma efetiva garantia constitucional do que um direito individual, já que

“[...] ele não tutela, especificamente, uma bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois, como já afirmava Aristóteles, ‘a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei’”.

Tendo em vista a aparente rigidez do princípio da legalidade, poder-se-ia questionar como ficaria a situação das normas administrativas baixadas pelas agências reguladoras. Em outras palavras: de que sorte seria possível exigir vinculação em virtude da atividade normativa das agências se estas não constituem lei “de fato”, isto é, na acepção formal do termo <sup>90</sup>?

Na verdade, deve-se entender, sem parecer subversivo, que o poder normativo regulatório faz ser inferido um “novo” princípio da legalidade ou, melhor dizendo, uma *nova perspectiva do princípio da legalidade*. Com efeito, impõe-se entender que a visão liberal, oitocentrista, do princípio da legalidade como estreito fruto da “lei do parlamento”, apesar de seus inegáveis méritos no caminho de formação da democracia ocidental moderna, não mais de coaduna com fenômeno da *fragmentação normativa*, pela qual a maioria dos atos-regras não mais provê das Assembleias de representação popular, “mas sim de uma miríade de órgãos e conselhos da Administração pública, com frequência conjugados ou em paralelo com instâncias representativas da sociedade civil”, que evidenciam uma “tendência institucional que consorcia o Poder Público com a coletividade administrada, predicado mais visível da chamada democracia participativa”, traduzida em uma espécie de “reserva normativa do corpo social” (CASTRO, 2005, p. 36/37).

Nessa linha, é de se dizer que um dos grandes pesos a deflagrar a fragmentação normativa é, justamente, a atividade regulatória do Estado, o que empurra o princípio da legalidade, de concepção normativa geral e abstrata de tradições liberais, para uma legislação de caráter administrativo, própria do Estado regulador/interventor, o que evidencia uma tendência à expansão das normatizações setoriais (como o próprio exercício da regulação), fruto de um ordenamento jurídico policêntrico e pluralista (ARAGÃO, 2004, p. 403/404).

Com efeito, J.J. Gomes Canotilho (1987, p. 09 e 22/23 apud ARAGÃO, 2004, p. 403), já na década de 1980 apontava que,

“[...] embora as leis continuem como elementos básicos da democracia política, [...] deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica. [...] A ideia de que a lei é o único

---

<sup>90</sup> Assim entendidas como emanadas do Parlamento e não submetido ao procedimento legislativo constitucionalmente prescrito.

procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinow, N. Achtenberg, U. Karpen, E. Baden). A lei é, ao lado das decisões judiciais e das 'decisões' da administração, um dos instrumentos da regulação social". (grifo nosso)

Tal tendência (de pluralização do ordenamento e das normas de ordenação/regulação político-social), não pode fazer inferir um fim ao Estado *de* Direito, já que este não se confunde, absolutamente, com um Estado legal ou Estado *do* Direito. Conforme observa Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 404), lastreado nas lições de Simone Goyard-Fabre:

“O Estado legal ou DO Direito consiste apenas no estabelecimento de uma regra de competência atributiva de sobrepujança do Poder Legislativo sobre os demais. O Estado DE Direito, ao revés, consubstancia-se numa ordem axiológica da sociedade. Se o Estado DO Direito se caracteriza essencialmente por suas formas e suas estruturas jurídicas, é, no Estado DE Direito, a participação ideológica que prevalece sobre a arquitetônica jurídica e liga a esperança da liberdade à sua realização”.

E conclui o autor (2004, p. 404):

“O que devemos ter realmente em mira, independentemente de qual seja o poder ou a entidade emanadora, é que as normas jurídicas devem, em qualquer hipótese, atender ao devido processo legal, em suas dimensões adjetivas e substantivas, e visar à realização dos valores constitucionais”.

Do exposto, podemos tecer 02 conclusões. Primeiro, é notado que o princípio da legalidade, longe de ter sido *relativizado*, foi, na verdade, ampliado em decorrência da fragmentação normativa gerada pelo aperfeiçoamento (ainda em curso) da teoria da regulação e da atribuição de poder regulamentar aos agentes reguladores de setores críticos da economia, o que faz evidenciar a tendência à formação de um ordenamento jurídico policêntrico ou pluralista; em suma: temos uma reformulação do legalismo oitocentrista, onde a “lei do parlamento” compartilha lugar com a normatização administrativa setorial, na tarefa de ordenação social<sup>91</sup>. Em segundo lugar, temos que, embora não se submetam a um processo legislativo

<sup>91</sup> Apesar disso, deve ser salientado que compartilhamento nd ordenação jurídico-social não implica na extinção da *supremacia do parlamento*, já que ao Legislativo ainda é conferida a primazia da função legiferante, até porque se é das agências que advém a regulação setorial, é da lei (de competência do parlamento) que advém as agências. Além disso, convém notar que a *regulação* não ultrapassa a “*legiferação*”, do contrário, não haveria sentido em falar em controle legislativo, tal como consagrado na jurisprudência norte-americana.

específico (constitucionalmente disciplinado), as normas regulatórias não podem se esquivar da observância do devido processo legal e tampouco podem extrapolar os limites da lei que as permitiu existir (sua função limita-se à interposição dos conceitos jurídicos indeterminados das leis instituidoras das agências), tendo em vista que, conforme salientado, não importa sua origem: todas as normas jurídicas devem limitar-se aos primados do Estado Democrático (DE Direito) e realizar os valores constitucionais.

### **5.3 O objeto e os limites do poder normativo das agências reguladoras: *standards* e conceitos jurídicos indeterminados**

De início, cabe definir como o *poder normativo* das agências reguladoras a competência que lhes é atribuídas por cada lei instituidora para expedir normas *gerais* e *abstratas* atinentes à sua área de controle, isto é, o setor econômico que se destina a regular. Embora as agências reguladoras também possam se valer de normas *individuais* e *concretas* para exercer sua atividade regulatória, Letícia Queiroz de Andrade explica que (2008, p. 01)

“[...] a reserva da expressão ‘poder normativo’ para designar apenas as normais gerais abstratas por elas produzidas, além de estar consagrada pelo uso corrente, justifica-se porque essa é a parcela de normas jurídicas de maior *abrangência* (tanto subjetiva quanto objetiva) e aptidão para *permanência* no sistema jurídico. A maior abrangência e permanência dessas normas no sistema jurídico deriva, justamente, de sua generalidade (capacidade de atingir *número indeterminado de sujeitos*) e abstração (possibilidade de aplicação a um *número indeterminado de casos concretos*), e explica a importância que têm para a atividade de regulação”.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 471), as normas que podem ser baixadas pelas agências reguladoras resumem-se ao seguinte: (I) regular a própria atividade da agência, por meio de normas de efeitos internos ou (II) conceituar, interpretar, explicitar *conceitos jurídicos indeterminados* contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica.

Daí é que temos o objeto e, de certa forma, o limite das normas editadas pela agência reguladoras: a interposição (isto é, complementação ou regulamentação) dos conceitos jurídicos indeterminados expressos nas leis que instituem cada uma destas entidades autárquicas de controle, observados os *standards* que estes mesmos diplomas preveem.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados estes devem ser como apreciações de conteúdo técnico, cujo sentido dever ser definido pelos órgãos especializados, o que explica a natureza técnica e especializada das agências. Por serem providas de conceitos indeterminados, as leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras são dotadas de *baixa densidade normativa*, com o fito de propiciar, em certo grau, a edição de normas setoriais aptas a regular, com autonomia e eficiência, a dinâmica e complexa realidade do setor subjacentemente regulado.

A título de exemplo desta atividade de complementação dos conceitos jurídicos indeterminados pelas agências, podemos citar o art. 7º, IV da Lei nº 9.782/1999, que atribui à ANVISA a competência para “estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde” – pelo que se vê da redação legal, esta encontra-se provida de termos de natureza técnica e aplicabilidade, cabendo à respectiva Agência, por sua atuação técnica e especializada, determinar o seu conteúdo, garantindo eficiência ao comando legal vago. Assim, nessa hipótese, a Agência, dentro de seus conhecimentos técnicos, poderá, lícitamente, (mas sem inovar na ordem jurídica), baixar ato normativo definindo o que seriam os “contaminantes”, os “resíduos técnicos”, os “desinfetantes”, etc., bem como estabelecendo os respectivos padrões e limites (DI PIETRO, 2009, p. 471).

Pelo que se vê, o poder normativo das agências reguladoras se manifesta, também, pelo processo de *determinação de conceitos jurídicos antes indeterminados*, sem que tal implique em inovação na ordem jurídica, já que os entes reguladores se limitarão a explicitar o sentido dos vocábulos contidos em cada lei instituidora; do contrário, se, exercendo esta atividade normativa de determinação, as agências extrapolarem os limites contidos na acepção legal, restarão infringindo o princípio da legalidade – e é nesse ponto que se insere a

questão (e a função) dos *standards*, que adéquam o exercício do poder normativo destes entes autárquicos.

Conforme se vê, é amplo o espectro de incidência das normas regulatórias e nem poderia ser de outra maneira, como argumenta José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 86):

“Como o legislador não tem qualificação para dispor sobre matérias de grande especialidade e complexidade, como é o que sucede, para exemplificar, em setores como os de energia elétrica, telecomunicações e petrolífero, toda a disciplina de ordem técnica fica a cargo das agências e, é claro, tem caráter *erga omnes*, como o teria se a disciplina fosse instituída por lei”.

Assim, dada a amplitude normativa conferida às agências reguladoras, esta atividade, como de resto, deve observar certos balizamentos que lhe garantam a licitude e evitem descompassos nos sistema, consistentes na observância dos parâmetros estabelecidos pela respectiva lei atributiva de poder normativo; em outras palavras, a delegação de poder normativo, embora válida (e necessária), não é ilimitada e deve, obviamente, respeitar as normas e princípios previstos na dada lei. Tais balizamentos constituem justamente o que se denomina de “*delegação com parâmetros*” (“*delegation with standards*”), através da qual “ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 87).

Em razão desta forma de delegação, pode-se dizer que as leis instituidoras das agências reguladoras compõem a categoria denominada de “leis-quadro” (*lois-cadre*) ou “standartizadas”, “próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas” (ARAGÃO, 2004, p. 408).

Tal como complementa Lúcia Valle Figueiredo (2003, p.141)

“No Direito Brasileiro, obrigações somente se criam por lei e o poder regulamentar do Presidente da República limita-se a fixar os parâmetros e os standards para a execução da lei, atribuição específica do Executivo. É certo, todavia, que se deve tentar entender os textos das emendas constitucionais, precisamente as que se referem expressamente a órgãos reguladores, como sendo a ele cometidas as funções de traçar os parâmetros dos contratos concessão, sempre submissos à lei”.

À guisa de exemplo, podemos destacar os seguintes *standards*, observados no âmbito das leis instituidoras das agências reguladoras federais:

a) ANEEL: Segundo o art. 3º, VIII da Lei nº 9.427/1996, compete à Agência

“estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si”;

b) ANATEL: Na forma da Lei nº 9.472/1997, compete-lhe “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras” (art. 19, caput), inclusive para “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (art. 19, IV), “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (art. 19, X) e “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” (art. 19, XII);

c) ANA: Segundo o art. 4º, II da Lei nº 9.984/1997, compete à Agência “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”;

d) ANTT e ANTAQ: Nos termos do art. 24, IV da Lei nº 10.233/01, à ANTT compete

“elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição”.

Segundo o art. 27, IV do mesmo diploma, compete à ANTAQ

“elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores”;

- e) ANCINE: Na forma da Medida Provisória nº 2.219/2001, a ANCINE é habilitada para “garantir a participação diversificada de obras cinematográficas e videofonográficas estrangeiras no mercado brasileiro” (art. 6º, IX), bem como “estimular a capacitação dos recursos humanos e o desenvolvimento tecnológico da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional” (art. 6º, X);
- e) ANVISA: Nos termos da Lei nº 9.782/1999, compete à Agência, dentre outras atribuições, “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária” (art. 7º, III) e “estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde”;
- f) ANS: Na forma da Lei nº 9.961/2000, compete à Agência estabelecer “as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras” (art. 4º, II), as “normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde” (art. 4º, VII) e os “critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde” (art. 4º, XIV). Além disso, o art. 8º da Lei nº 9.656/1998 prevê que para obter autorização de operação, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os requisitos ali enumerados, “independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS”;
- g) ANP: A Lei nº 9.478/1997 prevê parâmetros e objetivos gerais de regulamentação a ser dispensada pela ANP, que deverá, na sua

atividade regulatória, “preservar o interesse nacional (art. 1º, I), “valorizar os recursos energéticos” (art. 1º, II), “promover a livre concorrência” (art. 1º, IX), “atrair investimentos” (art. 1º, X), “ampliar a competitividade no país” (art. 1º, XI), “promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País (art. 2º, I), “assegurar o suprimento de insumos energéticos” (arts. 2º, II e 8º, I), bem como garantir a “proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos” (art. 8º, I, *in fine*).

As questões jurídicas atinentes aos limites do poder normativo das agências reguladoras foram objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 1.668-DF, tendo por objeto dispositivos da Lei nº 9.472/1997 (“Lei Geral de Telecomunicações”), instituidora da ANATEL, inclusive aqueles que atribuem poder normativo àquela agência reguladora.

No julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade, o Pretor Excelso deferiu o pedido cautelar formulado para dar interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução do texto, aos incisos IV e X do art. 19 da Lei nº 9.472/97,

[...] 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”. (grifo nosso)

Calha destacar, como fundamento da decisão sobre a liminar formulada na ADI nº 1.668, o elaborado voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, que na ocasião firmou entendimento de que

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde que, porém, 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 possa 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”. (grifo nosso)

Comentando a decisão referida, Marçal Justen Filho (2002, p. 539) observa que:

“Este precedente (da ADI nº 1668-DF) apresenta relevância marcante, eis que a Lei da ANATEL é a mais completa e exaustiva, dentre as que introduziram as agências modernas no Brasil. Fez referência explícita a competências regulatórias. O STF teve oportunidade de examinar, ainda que com a sumariedade inerente ao julgamento de liminares, o tema da competência normativa abstrata reconhecida a uma agência reguladora. A conclusão do julgamento, por apertada maioria, indica a complexidade do tema. Mas se pode assinalar que a orientação consagrada foi a de que a Constituição impõe limitação à competência normativa abstrata das agências, que se pode desenvolver apenas como manifestação de cunho regulamentar *não autônoma*”.

Deve-se entender que tais proposições são igualmente aplicáveis para apoiar a legitimidade das agências reguladoras no exercício de seu poder normativo, já que a decisão firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1668-DF, assim como nos já mencionados precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 757.971/RS, REsp nº 806.304/RS, REsp nº 572.070/PR, dentre outros) também sufragam este entendimento (vide, nesse sentido, item 4.1.2, que trata da competência setorial das agências).

#### **5.4 A problemática do poder regulamentar das agências e das diversas espécies de regulamentos**

Segundo José Cretella Júnior (1997, p. p. 151), o poder regulamentar é “a faculdade que tem o Executivo, para tornar mais tangível a regra jurídica geral, de editar outras regras jurídicas que facilitem a aplicação da lei”, sendo a vantagem dos regulamentos “‘facilitar a aplicação das leis’, fazendo com que sejam fielmente executadas”.

Assim, ao passo que o *poder regulamentar* é a faculdade reconhecida aos Chefes de Governo de baixar *atos normativos*, com eficácia imediatamente *infralegal*, prevista, originariamente, no art. 84, IV da Constituição Federal e, derivadamente, nos dispositivos específicos das Constituições Estaduais e Leis

Orgânicas (do Distrito Federal e Municípios), o *regulamento* se coloca, a seu turno, na cúpula de uma “nova hierarquia de atos”, que envolve tanto os atos *normativos* como os *concretos*, praticados pelos demais órgãos subordinados da Administração pública, “dispostos em escala interna própria, não importando as denominações específicas que recebam, pois não há padronização rígida” (MOREIRA NETO, 2009, p. 130).

Esteados na experiente lição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 130), podemos dizer que no poder do Executivo central de chefiar a Administração pública está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que se encontraram alcançados por sua alçada. Os vazios da lei reclamam providências imediatas da Administração, impondo que se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de *regulamentar*, através de *decreto*, as normas legislativas incompletas ou mesmo de prover situações não consagradas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa (MEIRELLES, 2008, p. 130).

No entanto, apesar de atribuição original do Executivo central, já na reordenação da Administração Pública ocorrida após a Constituição Federal de 1937, era reclamada a necessidade de conferir a órgãos da administração – além do Chefe do Poder Executivo, a quem geralmente compete expedir regulamentos de leis – a competência para expedir normas regulamentares relativas a matérias disciplinadas em leis ordinárias (DUTRA, 2000, p. 241). A expectativa, nessa ordem, era a de que o Estado devia se sofisticar, em especial com a elaboração de normas expedidas por órgãos da administração pública que disciplinassem a intervenção estatal no domínio econômico através da fiscalização dos agentes privados que prestassem serviços ou exercessem atividades de produção que afetassem diretamente o interesse público (DUTRA, 2000, p. 241).

Oliveira Viana (1938, p. 50), assim resumiu a paisagem que se delineava, atentando-se para a questão do desenvolvimento das entidades autárquicas:

“[...] este movimento no sentido da descentralização funcional ou institucional que vemos operar-se tanto na Itália como na Inglaterra, nos Estados Unidos como na Alemanha, na Áustria como na Austrália, em suma, em todos os países civilizados e organizados, está importando numa verdadeira descentralização jurídica, como já disse um publicista. Cada organização autárquica que o Estado institui, ou é forçado a instituir, rouba-

lhe, com efeito, um pouco da sua competência legislativa (competência regulamentar); a própria condição autárquica destas organizações implica, logicamente, a competência para a decretação de normas reguladoras das atividades sujeitas ao seu controle, à sua vigilância ou à sua supervisão”.  
(grifo nosso)

A questão do poder regulamentar dos entes reguladores também se apresentou nos Estados Unidos, pátria *par excellence* das agências reguladoras, conforme destaca Bernard Schwartz (1997, p. 168):

*“When the twentieth-century administrative state arrived, its appetite for legislation was of a magnitude of which neither Bentham nor the Founding Fathers could have dreamed. The legislature itself could not directly perform its vast new tasks of regulation and guardianship. Rulemaking came into its own as potent weapon in the governmental arsenal”.*

Também a administração pública francesa, de notável tradição publicista, veio a deparar-se com igual fenômeno. Na ordem jurídica gaulesa (tal como no Brasil) a Constituição vigente delega poder ao primeiro-ministro para editar normas regulamentares, mas a necessidade de a administração pública atender a problemas seus, cuja solução afeta grande parte da população e dos agentes privados, também demandou a extensão do poder regulamentar do Executivo a outros órgãos da administração, atribuição esta reconhecida pelos tribunais daquele país (DUTRA, 2000, p. 242). Conforme resumem Olivier Duhamel e Yves Meny (1992, p. 785):

*“La dévolution exclusive du pouvoir réglementaire au chef de l’Etat et au chef du gouvernement est cependant incompatible avec les necessites administratives qui exigent que d’autres autorités nationales, et notamment les ministres, puis pourquoi le Conseil d’Etat constitutionnel ont contribué à admettre et à définir ce que l’on appelle le pouvoir réglementaire spécial”.*

Pois bem. Doutrinariamente, um dos fundamentos apontados como ponto de legitimação do poder normativo das entidades reguladoras é, justamente, a arguição de que as suas respectivas leis instituidoras teriam lhes conferido autêntica competência regulamentar. A problemática, no entanto, reside em definir qual o tipo

de regulamento de que tal poder é revestido, haja vista a pluralidade destes admitido pela doutrina<sup>92</sup>.

Atente-se, no entanto, para existência de posicionamentos doutrinários opostos à tese de que o poder normativo das agências reguladoras decorre da competência regulamentar que lhe seria *in thesi* outorgada. A título de exemplo, Sebastião Botto de Barros Tojal (2002, p. 160) argumenta que:

“A atividade fiscalizadora tem servido para a meditação doutrinária (Direito Administrativo), especialmente no que se refere ao tema do “Poder de Polícia. Contudo, o mesmo não pode ser sito a respeito da atividade regulatória. É que a regulação como função estatal não se coaduna com a noção clássica de competência regulamentar. [...] O problema, insista-se, repousa na infrutífera tentativa de se aplicar às agências regulatórias categorias jurídicas clássicas que não mais guardam relação com o novo modelo que se avizinha. [...] Como entender as atribuições das agências regulatórias, órgãos que, em apertada síntese, assumem o papel de mediação política e regulação em setores sensíveis à atividade privada, diante do caráter predominantemente executório do poder regulamentar? Estariam as agências regulatórias tão somente explicitando, ou seja, dando mera execução à lei?”

E, concluindo o raciocínio, o mesmo autor argumenta que as competências atribuídas às agências reguladoras

“[...] projetam as iniciativas do Poder Público para o futuro, à medida que dizem respeito a objetivos, diretrizes, metas a serem traçadas com vista em consolidar o processo de intervenção estatal, ao contrário do papel do papel exercido pelos regulamentos administrativos, cuja utilidade consiste, fundamentalmente, em complementar a lei, facilitar a aplicação da lei, em suma, torná-la útil, facilitando sua implementação. A atividade regulatória [...] vai além da mera regulamentação. Isso não implica amesquinhar direitos e garantias individuais consagrados na Constituição e nas leis. Obviamente, existem limites, especialmente de ordem material, de conteúdo mesmo e, portanto, o controle da atividade regulatória deverá zelar para a observância dessa racionalidade material e não apenas formal, como tradicionalmente se estabeleceu” (TOJAL, 2002, p. 161).

Doutro modo e apesar dos posicionamentos contrário, antes de admitir, como inicialmente apontado, que o poder normativo exercido pelas agências lastreia-se em competência regulamentar, bem como que tal competência lhes foi

---

<sup>92</sup> Bem como pelo fato de termos já delineado a necessária diferenciação entre poder regulatório e poder regulamentar.

validamente atribuída pelas respectivas leis instituidoras, cabe, preliminarmente, definir qual a modalidade de regulamento em que esta atribuição efetivamente se insere.

Nos fins deste estudo, podemos destacar a existência de três espécies de regulamentos: (I) os regulamentos de execução, (II) os regulamentos autônomos ou independentes e (III) os regulamentos complementares (também denominados de autorizativos ou delegados).

Os *regulamentos de execução*, constitucionalmente previstos no art. 84, IV da Carta da República, visam complementar a lei, editada pelo Legislativo, para garantir sua fiel execução. Tais atos, manifestados na forma de decretos e vinculativos de todos os demais atos da administração, não podem estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem* e tampouco inovar na ordem jurídica, sendo-lhes defeso criar direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, dentre outras formas de vinculação, já que, segundo o primado do princípio da legalidade, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (art. 5º, II, CF) (DI PIETRO, 2009, p. 90).

Tais regulamentos podem ser objeto de *arguição de inconstitucionalidade em ação direta originária* perante o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ato federal ou estadual face a Constituições Federal ou, caso se trate de atos normativos dos Poderes Legislativos e Executivos e dos Poderes Municipais em face das Constituições Estaduais ou das Leis Orgânicas municipais e distritais, perante os respectivos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (MOREIRA NETO, 2009, p. 649). No entanto, deve-se observar que a ação de inconstitucionalidade por omissão só é cabível nas hipóteses em que a ausência de norma regulamentadora torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas decorrentes da nacionalidade, soberania e cidadania (art. 5º, LXXI, CF).

É possível, ainda, o emprego de mandado de injunção, perante o Supremo Tribunal Federal, para sanar omissão no exercício da competência regulamentar, na forma do art. 102, § 2º da Constituição Federal. Tal remédio será cabível sempre que houver omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional (DI PIETRO, 2009, p. 93).

Em seguida, os *regulamentos autônomos* ou *independentes*, de matriz europeia, são aqueles destinados a prover situações não contempladas na lei, nos limites da competência do Executivo, sendo-lhe defeso invadir as *reservas da lei*, isto é, “suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa”, isto é, a lei em sentido formal e material (MEIRELLES, 2008, p. 184). Portanto, tais regulamentos são assim denominados, pois, ao reverso dos regulamentos executivos, não dependem de lei alguma e expressam um poder autônomo do Executivo (MELLO, 2008, p. 336).

Os regulamentos autônomos (ou independentes) são, exime de dúvida, aqueles que mais suscitam controvérsia nos meios científico, cindindo-se a doutrina publicista entre sua admissão pelo sistema jurídico nacional e sua completa rejeição por incompatibilidade com a vigente ordem constitucional.

Favorável à sua admissão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 650) entende que a Constituição de 1988, que posto fim às dúvidas doutrinárias existentes sobre sua existência na ordem constitucional nacional, em virtude dos arts. 5º, II e 84, III – que suportavam, ao ver do autor, “uma interpretação restritiva na linha do princípio da reserva legal” – a reintroduziu, segundo entende o autor., graças à Edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, já que atribuiu competência ao Presidente da República para dispor, mediante *decreto*, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e a extinção de cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, “a” e “b”, CF).

Doutro modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 91) argumenta que a Constituição Federal de 1988 limitou, consideravelmente, o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos. Quanto à disposição da EC nº 32/01, a ilustre autora aponta que o art. 84, VI, “a” não trata de função regulamentar, mas “de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria” (DI PIETRO, 2009, p. 92). Significa dizer, a par das lições da publicista, que, com a alteração do indigitado do dispositivo constitucional, o regulamento autônomo no direito brasileiro fica restrito (e bastante restrito) à hipótese específica da alínea “a”, de sorte que, “excluída tal hipótese, só

existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia” (DI PIETRO, 2009, p. 92).

Finalmente, os *regulamentos complementares* (também denominados de *autorizativos* ou *delegados*) são aqueles que, segundo Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 603), “desenvolvem a lei, agregando-lhe algum elemento que inova na ordem jurídica, baixados, contudo, em decorrência de habilitação legislativa”. Segundo o constitucionalista, “tais regulamentos nutrem pontos de contato com a lei delegada”, mas “o traço diacrítico de ambos radica-se na amplitude da competência delegada”, já que, “se esta for ao ponto de incluir a habilitação para baixar a própria lei, só será possível, no nosso sistema jurídico, por meio de resolução do Congresso Nacional, satisfeitos é obvio, os princípios atinentes à delegação legislativa” (BASTOS, 2010, p. 603). Assim,

“os regulamentos delegados, diversamente, pressupõem lei anterior, com fundamento na qual dão continuidade à elaboração normativa. Se forem por demais amplos os poderes deferidos pela lei, estar-se-á, na verdade, diante de delegação legislativa implícita, vedada em nosso sistema por força da prevalência da separação de funções”. (BASTOS, 2010, p. 603).

Considerando o regulamento autorizativo ou delegado como aquele “que, por expressa permissão legislativa, disciplina matéria ordinária abrangida pelo princípio da reserva legal”, Sérgio Ferraz (1977, p. 122 apud ANDRADE, 2008, p. 08) aponta o que denomina de “atecnicidade da expressão *delegação*”, tendo em conta que, *in casu*,

[...] não ocorre uma transferência de poderes, mas simples determinação de competência. É de toda relevância ressaltar que o chamado regulamento é: assim, está integralmente limitado ao sistema de legalidade vigente. E nisso diferencia-se da lei delegada e do decreto-lei, categorias hierarquicamente equiparadas à lei formal, podendo, assim, reformá-la ou revogá-la”.

É evidente que a *ratio essendi* dos regulamentos complementares é justamente a predefinição de especialização técnica, já que, pelo próprio nome, complementam a lei, atribuindo-lhe conceituação necessária à sua integração na realidade sensível subjacente. Ora, tendo verificado que a atividade normativa das

agências reguladoras presta-se a interposição de *conceitos jurídicos indeterminados* contidos em suas respectivas leis instituidoras, temos que o poder normativo destas entidades autárquicas manifesta-se, em verdade, sobre a forma de regulamentos complementares, autorizativos ou delegados, elaborados no âmbito de sua discricionariedade técnica (que lhes é atribuída na condição de integrantes da Administração pública indireta).

Com efeito, é o que aponta Letícia Queiroz de Andrade (2008, p. 10):

“Sendo a especialização técnica a razão de ser dos regulamentos de complementação – e será essa a medida da extensão da disciplina normativa que, para nós, pode ser veiculada por esses regulamentos –, não faria sentido que fossem atribuídos ao Chefe do Executivo, que não detém competência especializada, mas sim aos órgãos ou entidades que resultaram dos processos de desconcentração e descentralização operados dentro da Administração Pública, justamente para maior especialização em determinadas matérias”.

Por fim, cabe destacar que, por não se confundirem e em razão de sua própria natureza interpositiva, os regulamentos, qual seja sua espécie, não podem, de modo algum, ultrapassar a lei (formal ou material), mas a ele se submete, nos termos prescritos pelo princípio da legalidade, adotado pela Carta da República. Tratando da submissão do regulamento à lei, o insuperável Pontes de Miranda (1967, p. 314), comentando a “Constituição” de 1969, observou que:

“Regulamentar é edictar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana, [...] Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que passa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr a que o elevem à categoria de lei”.

Assim, verificada a natureza, o objeto e legitimação do poder normativo das agências reguladoras, cabe-nos analisar, como se verá nos capítulos seguintes, as formas de controle desta atividade legalmente atribuída. É o que se fará a seguir.

## 6 CONTROLES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS OU “QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?”<sup>93</sup>

Cuida este capítulo de tentar justificar o tema objeto deste estudo, isto é, as espécies de controle jurisdicional, social e “ministerial” da atividade normativa das agências reguladoras. Para tanto, elencaremos, de forma mui breve, conceitos gerais acerca do controle da Administração pública, com o fim de traçar um panorama geral que nos permita adentrar, de forma específica, nas formas de controle da ação normativa destas entidades autárquicas.

### 6.1 Controle da Administração: vigiando os vigilantes

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com *legitimidade*, isto é, segundo as normas pertinentes a cada ato por ela praticado e de acordo com a finalidade prescrita em lei e o interesse coletivo na sua realização – o que também se estende aos atos ditos como *discricionários*, já que a conduta de que os pratica também deve ser *legítima*, ou seja, conforme as opções admitidas em lei e as exigências do bem comum (MEIRELLES, 2008, p. 671/672). Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 621):

“Tanto na gestão dos *interesses* da sociedade, constitucionalmente cometidos a seus cuidados, quanto na gerência de seus próprios *interesses* estatais, referidos a seu pessoal, bens e serviços, o Estado *age sempre absolutamente vinculado ao que vem definido pela ordem jurídica como interesse público*, desde a Constituição e, a partir dela, nas normas infraconstitucionais”.

---

<sup>93</sup> Embora usualmente associado a Platão, o adágio é extraído das *Sátiras* (VI, linhas 347-8), antologia de poemas de autoria do poeta romano Juvenal. Traduz-se como “quem vigia os vigilantes?” ou “quem guardará os guardas?”.

Assim, infringindo as normas legais ou relegando os princípios básicos da Administração ou, ainda, ultrapassando a competência ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de *ilegitimidade*, o que possibilita sua *anulação* pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada (MEIRELLES, 2008, p. 672).

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele, à medida que pode (e deve) provocar o procedimento de controle, fazendo-o não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas, sobretudo, na proteção do interesse coletivo e, para tanto, a Constituição da República outorga ao particular instrumentos específicos de ação a serem utilizados (DI PIETRO, 2009, p. 724). Na verdade, temos esse é, na atual lógica do Estado Democrático, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular – que deve ser incentivado e eficazmente exercido.

Assim, podemos definir *o controle da Administração Pública*<sup>94</sup> como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa” e que alcança qualquer das esferas de Poder e toda a atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1.021). Em outras palavras, *controle*, no campo do Direito Administrativo, é a “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”, que pode exercida “em todos e por todos os Poderes do Estado, estendendo-se a *toda* a Administração e abrangendo *todas* as suas atividades e agentes” (MEIRELLES, 2008, p. 672) (grifo nosso).

---

<sup>94</sup> Etimologicamente, a palavra *controle* decorre de *contrôle*, termo de origem gaulesa. No Direito Público pátrio o termo foi introduzido por Seabra Fagundes, por ocasião de sua insuperável monografia “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário” (MEIRELLES, 2008, p. 672).

## 6.2 As espécies de controle da Administração Pública segundo Hely Lopes Meirelles

Para situar o leitor, limitaremos-nos a traçar, brevemente, as espécies de controle da Administração admitidas pela doutrina especializada, sem, contudo, adentrarmos de forma mais específica em qualquer deles, já que optamos por traçar, como se fará, adiante, um panorama geral dos controles jurisdicional, social e “ministerial”.

Pois bem. Os tipos e formas de controle (ou tutela, como define, impropriamente, alguns autores nacionais e estrangeiros) da atividade administrativa variam conforme o Poder, órgão ou autoridade que os exerce ou fundamento, o modo e o momento de sua efetivação, razão pela qual deparamo-nos com vários critérios para classificá-lo.

Esteando-nos na classificação elaborada por Hely Lopes Meirelles (2008, p. 673/674) <sup>95</sup> e nas definições por ele adotadas, podemos elencar as seguintes espécies de controle da Administração Pública:

- a) *Controle hierárquico*: É o que resulta automaticamente do “escalamento vertical dos órgãos do Executivo”, em que as instâncias inferiores encontram-se subordinadas às superiores. Daí decorre que os órgãos de cúpula da Administração têm sempre o controle pleno de seus subordinados, independente da norma que o estabeleça;
- b) *Controle Finalístico*: É aquele que norma prevê para as *entidades autônomas* (como as autarquias), indicando a autoridade controladora, as faculdades passíveis de serem exercitadas e as finalidades objetivadas, sendo, por isso, sempre limitado e externo. Não tem fundamento hierárquico, já que não há relação de subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou órgão

---

<sup>95</sup> Até porque, de certa forma, a doutrina publicista diverge, de forma pouco acentuada, no emprego dos termos a definir as espécies de controle, sendo possível encontrar diversas classificações. Optamos por esta, já que consagrada pelos méritos do saudoso mestre administrativista.

controlador. É o “controle teleológico”, “de verificação do enquadramento da instituição no programa geral do Governo e de seu acompanhamento dos atos de seus dirigentes no exercício de suas funções estatutárias”;

- c) *Controle interno*: É todo aquele exercitado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração Pública. Assim, todo controle realizado pelo Poder Executivo sobre seus servidores ou agentes é considerado como interno, “como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e dos atos administrativos que pratique”;
- d) *Controle externo*: É aquele realizado por um Poder ou órgão constitucional dotado de independência funcional sobre a atividade de outro Poder Estranho à Administração responsável pelo ato controlado. É o que se dá, a título de exemplo, na apreciação de contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo, na auditoria do Tribunal de Contas sobre determinadas despesa do Executivo, na anulação de um ato do Executivo por força de decisão do Judiciário, na instauração de inquérito civil público pelo Ministério Público em relação a determinado ato ou contrato administrativo ou na recomendação formulada pelo próprio *Parquet*, dentre outros;
- e) *Controle externo popular*: É o controle previsto no art. 31, § 3º, da Constituição Federal, que determina que as contas do Município fiquem, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, “podendo questionar-lhes a legitimidade nos termos da lei”. Apesar de não instrumentalizado por lei específica, pode ser exercido por “meios processuais comuns, como o mandado de segurança e ação popular”;
- f) *Controle prévio ou preventivo (“a priori”)*: É aquele que antecede a conclusão do ato administrativo, como requisito para sua eficácia. É o que se dá, v.g., na liquidação da despesa, para oportuno pagamento;

- g) *Controle concomitantemente ou sucessivo*: “É todo aquele que acompanha a realização do ato (administrativo) para verificar a regularidade sua formação”. É o que se dá, v.g., na realização de auditoria durante a execução do orçamento;
- h) *Controle subsequente ou corretivo (“a posteriori”)*: É aquele realizado após a conclusão do ato controlado, “visando a corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia”. É o que se dá, a título de exemplo, na homologação do julgamento de uma determinada concorrência. A rigor, o controle jurisdicional do ato administrativo é subsequente ou corretivo, salvo em caso de mandado de segurança preventivo, ação civil pública e ação popular, que, em alguns casos, podem anteceder a conclusão do ato impugnado;
- i) *Controle de legalidade ou legitimidade*: É aquele que visa verificar, unicamente, “a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem”. Por *legalidade ou legitimidade* deve-se entender não apenas a observância de normas legisladas, mas, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato administrativo impugnado. Pode ser exercido tanto pela Administração quanto pelo Legislativo ou Judiciário, divergindo apenas no fato de que o Executivo o exerce *de ofício ou mediante provocação recursal*, ao passo que o Legislativo apenas *nos casos expressos na Constituição* e o Judiciário através de *ação adequada*. Pelo controle de legalidade, “o ato administrativo é anulado e não revogado, como erroneamente se diz”;
- j) *Controle de mérito*: É aquele exercitado para o fim de comprovar a *eficiência* (desenvolvimento da atividade e produtividade dos servidores), o *resultado* (produto final do programa de trabalho, considerando o custo-benefício), a *conveniência ou oportunidade* (avaliação interna da Administração para a prática, abstenção, modificação ou revogação do ato) do ato impugnado. Daí que tal controle compete, a rigor, à Administração e, nos casos

excepcionados pela Constituição Federal, ao Legislativo (art. 49, IX e X), mas nunca ao Poder Judiciário.

Feita esta breve digressão introdutória, cabe-nos tratar das modalidades de controle assumidas, como se fará a seguir.

## 7 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Verificado no capítulo anterior no que consiste a atividade normativa das agências reguladoras, cabe nos analisar se tal competência, atribuída a estas entidades autárquicas por suas respectivas leis instituidoras, podem ser objeto de controle jurisdicional, notadamente em relação ao ato normativo. Em outras palavras, neste capítulo verificaremos se é possível a revisão judicial do ato normativo emanado das agências reguladoras no exercício de sua competência reguladora, como forma de regulamento de complementação dos conceitos jurídicos indeterminados contidos nas leis criadoras destas entidades.

### 7.1 A revisão judicial dos atos das agências na jurisprudência norte-americana: precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos

Durante muito tempo, o principal precedente no direito norte-americano atinente à ao controle judicial de atos administrativos foi o caso conhecido como “*Skidmore v. Swift & Co.*”<sup>96</sup>, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 04 de dezembro de 1944. Tal caso consistiu em uma ação movida por sete empregados da empresa *Swift & Co.*, através da qual pleiteavam o recebimento de horas extras, indenizações diversas e honorários advocatícios, no total aproximado de setenta e sete mil dólares. A razão da cobrança se devia ao tempo em que os empregados permaneciam de prontidão, à disposição da empresa, durante o qual não havia trabalho efetivo ou exercício de tarefa em específico. Na prática, os empregados, usavam boa parte desse tempo em que permaneciam de prontidão para dormir e comer e esta foi, justamente, a razão pela qual a ação foi julgada improcedente em primeiro grau, o que foi mantido pela Corte de Apelações (VERÍSSIMO, 2006, p. 393).

---

<sup>96</sup> 323 U.S. 134 (1944).

O *Office of Administrator*, órgão administrativo norte-americano, atuou no processo “*Skidmore v. Swift & Co.*” como *amicus curiae*, opinando pela improcedência da ação apenas no que se referia ao tempo gasto pelos demandantes com alimentação e sono, já que, à disposição da empresa ou não, eles teriam que despender parte de seu tempo com essas atividades de qualquer forma. No entanto, pelo restante do tempo em que estiveram à disposição da empresa, o órgão administrativo entendeu que eles deveriam ser remunerados.

Apreciando o caso e diante da opinião do *Office of Administrator*, a Suprema Corte reverteu o julgamento da Corte de Apelações e decidiu, incidentalmente, nos seguintes termos

*“There is no statutory provision as to what, if any, deference courts should pay to the Administrator's conclusions. And while we have given them notice, we have had no occasion to try to prescribe their influence. The rulings of this Administrator are not reached as a result of hearing adversary proceedings in which he finds facts from evidence and reaches conclusions of law from findings of fact. They are not, of course, conclusive, even in the cases with which they directly deal, much less in those to which they apply only by analogy. They do not constitute an interpretation of the Act or a standard for judging factual situations which binds a district court's processes, as an authoritative pronouncement of a higher court might do. But the Administrator's policies are made in pursuance of official duty, based upon more specialized experience and broader investigations and information than is likely to come to a judge in a particular case. They do determine the policy which will guide applications for enforcement by injunction on behalf of the Government. Good administration of the Act and good judicial administration alike require that the standards of public enforcement and those for determining private rights shall be at variance only where justified by very good reasons. The fact that the Administrator's policies and standards are not reached by trial in adversary form does not mean that they are not entitled to respect. This Court has long given considerable, and in some cases decisive, weight to Treasury Decisions and to interpretative regulations of the Treasury and of other bodies that were not of adversary origin.”*

*We consider that the rulings, interpretations, and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control.” (323 U.S. 134 (1944)) (grifo nosso)*

Conforme se vê, a decisão da Suprema Corte refletiu naquele case a *deferência* (*deference*) da Jurisprudência norte-americana pela interpretação da lei

formulada pela Administração, em virtude da especialização e conhecimento técnico do órgão administrativo (*in casu*, o *Office of Administrator*) – o que reflete a aplicação, no âmbito da Jurisdição daquele país, do chamado *princípio da deferência*, já analisado. No entanto, conforme acima registrado, a Suprema Corte deixou consignado que tal interpretação, *despite its weight*, não é vinculante para a Corte, mas seu peso dependerá de análise e dos elementos envolvidos, *case by case*. De qualquer modo, tal posicionamento é de extrema relevância para a discussão relativa à atividade normativa dos órgãos administrativos, já que tal boa parte de sua ação (normativa) é feita, justamente, por meio da interpretação de regras legais genéricas, isto é, *conceitos jurídicos indeterminados* (VERÍSSIMO, 2006, p. 395).

Além desta conhecida decisão, pode-se citar, ainda, o julgamento, igualmente célebre, da Suprema Corte no caso “*National Labor Relations Board v. Hearts Publications*”<sup>97</sup>, também em 1944<sup>98</sup>.

Nesse notável caso, determinaram-se os contornos do princípio geral de que aos tribunais cabe, em caráter final, determinar o “final” sentido das regras legais abertas (isto é, dos conceitos jurídicos indeterminados). Contudo, também restou firmado na decisão o princípio do *substantial evidence*, segundo o qual nas questões *de fato*, “a corte deve, em princípio aceitar sem restrições as conclusões tiradas pelo ente administrativo, desde que estejam razoavelmente suportadas em um processo administrativo regulamente formado” (VERÍSSIMO, 2006, p. 395).

Analisando o julgamento proferido nos casos indigitados mais de dez anos após, Bernard Schwartz (1966, p. 369/370) afirmou que os tribunais federais norte-americanos recusavam-se a ampliar o prisma de abrangência de seu sistema de controle de atos administrativos, que recaía, por isso, sobre um conjunto de questões bastante restrito, tudo para evitar intrometer-se na “sabedoria da ação administrativa”. O mesmo autor ainda relatava que a revisão de atos administrativos geralmente limitava-se à questões de direito, notadamente quando a apreciação das questões de fosse prioritariamente atribuída ao ente administrativo pelo legislativo (SCHWARTZ, 1966, p. 370).

---

<sup>97</sup> 322 U.S. 111 (1944)

<sup>98</sup> Já comentado no capítulo referente ao poder normativo (técnico) das agências reguladoras.

Analisando de forma mais ampla os eventos narrados, com a precisão permitida depois de transcorridos mais de sessenta anos após o julgamento dos dois *cases*, Marcos Paulo Veríssimo (2005, p. 396) aponta que as perplexidades com as quais se defrontaram as *Courts* norte-americanas nas últimas décadas não difere muito daquelas que se apresentaram aos tribunais brasileiros nessa matéria, pois, “ainda que mude substancialmente a aproximação conceitual em ambos os países acerca das teorias relativas à possibilidade de revisão dos atos administrativos”, persiste, ao fio do tempo, “a questão prática comum de descobrir em que momentos e em que medida esses atos comportarão ou não reapreciação no âmbito jurisdicional”. Além disso, segundo o autor (VERÍSSIMO, 2005, p. 396), uma mesma análise dessa jurisprudência evidencia

“[...] profundo casuísmo no trato da matéria, inclusive porque as regras de revisibilidade que vieram sendo criadas pela jurisprudência americana fundaram-se geralmente, elas mesmas, em princípios abertos, cuja aplicação a certos casos concretos poderia, em tese, conduzir a resultados muito diferentes, ou mesmo suportar qualquer decisão desejada pela corte, num mesmo caso concreto. A literatura mais antiga refere ter sido comum que as cortes transformassem, mediante jogos de raciocínio, questões de fato em questões de direito, de modo a ampliarem seu poder de revisão para substituírem sua própria visão dos fatos àquela consagrada no órgão administrativo, driblando assim o princípio do *substantial evidence*”.

A corroborar o entendimento do autor, cabe destacar estudo conduzido por Reginald S. Sheehan (1990 apud STRAUSS et al) na década de 1990, denominado “*Administrative agencies and the court: a reexamination of the impact of agency type on decisions outcomes*”, que teve por objeto a análise das decisões administrativas dos órgãos reguladores norte-americanos pela Suprema Corte. Nesse estudo, Sheehan analisou mais de 800 decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos entre 1953 e 1988, em casos que envolveram a *Federal Communications Commission* (FCC), a *Nuclear Regulatory Commission* (NRC), a *Securities and Exchange Commission* (SEC), a *Environmental Protection Agency* (EPA), a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), a *Food and Drug Administration* (FDA), a *National Labor Relations Board* (NLRB) e a *Occupation Safety and Health Administration* (OSHA) – todas agências<sup>99</sup> integrantes da estrutura da administração federal norte-americana, sendo as três primeiras

---

<sup>99</sup> Na acepção *lato sensu* que o sistema administrativo norte-americano impõe.

classificadas como de “regulação econômica” e as demais como de “regulação social”. Além disso, o estudo Sheehan dividiu as decisões da Suprema Corte em dois períodos: o período da denominada *Warren Court*<sup>100</sup> (de viés liberal) e o período da chamada *Burger Court*<sup>101</sup> (de perfil mais conservador).

Restou apurado por Reginald S. Sheehan que, apesar do longo período compreendido pelo estudo e pela multiplicidade de decisões, ambas as Cortes (de Warren e de Burger), tiveram taxas *globais* praticamente iguais de manutenção das decisões administrativas questionadas no âmbito da Suprema Corte, nos dois grupos de agências, mas diferenciaram-se consideravelmente quanto ao *traço conservador ou liberal* destas mesmas decisões. Especificamente, em 72% das decisões, a *Burger Court* manteve as decisões proferidas pelas agências de “regulação econômica”, ao passo que em 76% das decisões, a *Warren Court* manteve as decisões proferidas por agências de “regulação social”. Ainda, em outro prisma, Sheehan verificou que 63% das decisões da *Warren Court* foram de caráter conservador e 86% de caráter liberal, ao passo que 82% das decisões da *Burger Court* foram de viés conservador e 69% de caráter liberal.

Tais números fazem indicar que o que realmente pesa na questão da manutenção ou revisão judicial de atos administrativos é mais a orientação política de um tribunal do que propriamente uma teoria concebida na atmosfera pretoriana – e mesmo no caso da última, conforme já destacado, é possível a incidência de influências políticas, haja vista a prática da Suprema Corte em “adaptar” o princípio do *substantial evidence* a visão então prevalecente.

Finalmente, em 1984 a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou aquele que é considerado, atualmente, o *leading case* da jurisprudência norte-americana em matéria de revisão judicial de atos administrativos. Trata-se do caso “*Chevron Inc v. National Resources Defense Council*”<sup>102</sup>, especialmente aplicável à questão da ação normativa das agências destinada a complementar os *conceitos jurídicos vagos, genéricos ou indeterminados*.

Conforme já referido anteriormente, neste caso a Suprema Corte definiu os contornos daquilo que ficou estabelecido como *princípio da deferência*

---

<sup>100</sup> Sob presidência do *Chief Justice* Earl Warren.

<sup>101</sup> Sob presidência do *Chief Justice* Warren E. Burger.

<sup>102</sup> 467 U.S. 837 (1984)

(*principle of deference*), segundo o qual a análise da atividade normativa dos órgãos administrativos, quando vinculada por parâmetros legais genéricos ou indeterminados, comportaria um duplo teste: (I) primeiro, a Corte deveria verificar se o texto legal é, de fato, vago e (II), em seguida, em caso positivo, analisar se a interpretação do texto legal, conferida pela decisão administrativa do órgão regulador, é *razoável*. Feita esta dupla verificação e constatado que o texto legal é vago e que a interpretação consagrada pela decisão administrativa (leia-se, ato normativo) é *razoável*, à Corte é defeso substituir a interpretação conferida pelo órgão administrativo, ainda que por outra que entenda mais consentânea com o espírito da lei, justificando-se, assim, a *deferência* à conclusão administrativa<sup>103</sup>(VERÍSSIMO, 2005, p. 389/399).

Cabe, nesse sentido, transcrever parte da decisão da Suprema Corte, que denota a clareza e didática que apetece este respeitável Pretório:

*“When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.*

[...]

*If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit, rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency. [...] We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, [...] and the principle of deference to administrative interpretations "has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full*

<sup>103</sup> Para a literatura jurídica norte-americana essa decisão é tida como a antítese do princípio, originariamente formulado pela Suprema Corte no conhecido caso de “*Marbury v. Madison*” (5 U.S. 137 (1803)), segundo o qual “it is emphatically the province of duty of the judicial department to say what the law is”. Não obstante, além dos esperados choques com os postulados positivistas (e com os *legal loyalists*), já foi acentuada a aparente contradição entre o *principle of deference* e o próprio *Administrative Procedure Act* (APA), notadamente em relação ao seu parágrafo 706.

*understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations. See, e.g., National Broadcasting Co. v. United States, 319 U. S. 190; Labor Board v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111; Republic Aviation Corp. v. Labor Board, 324 U. S. 793; Securities & Exchange Comm'n v. Chenery Corp., 332 U. S. 194; Labor Board v. Seven-Up Bottling Co., 344 U. S. 344.*

[...]

*In light of these well-settled principles, it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue. Once it determined, after its own examination of the legislation, that Congress did not actually have an intent regarding the applicability of the bubble concept to the permit program, the question before it was not whether, in its view, the concept is "inappropriate" in the general context of a program designed to improve air quality, but whether the Administrator's view that it is appropriate in the context of this particular program is a reasonable one. Based on the examination of the legislation and its history which follows, we agree with the Court of Appeals that Congress did not have a specific intention on the applicability of the bubble concept in these cases, and conclude that the EPA's use of that concept here is a reasonable policy choice for the agency to make. 467 U.S. 837 (1984) (grifo nosso)*

Verificados os precedentes da jurisprudência norte-americana a sustentar a possibilidade de revisão judicial dos atos normativos das agências, cabe-nos transpor esta mesma possibilidade à realidade nacional. Para tanto, incumbe demonstrar a incidência, *in casu*, da indeclinabilidade da jurisdição, princípio insculpido na Carta da República e vetor a autorizar o controle da atividade normativa das agências reguladoras (independentes) pela jurisdição nacional.

## **7.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição e a inexistência de instância administrativa de curso forçado para revisão dos atos administrativos**

A Constituição de 1988, no embalo da normatização de direitos e garantias fundamentais, adotou, de forma expressa, o dito *princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade da jurisdição*, a par de seu art. 5º, XXXV, que

dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>104</sup>.

Assim, temos que, por imposição constitucional, em caso de violação de direito, mediante violação ou ameaça, o Poder Judiciário será chamado a intervir, devendo, no exercício da jurisdição, aplicar o direito ao caso concreto. Significa dizer que, havendo plausibilidade da ameaça ao direito, o Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a “indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue” (MORAES, p. 2001, p. 101).

Aproximando este vetor constitucional ao objeto de estudo, temos que a moderna supremacia do Estado de Direito e das Constituições escritas sobre todas as espécies de atos normativos impõe a necessidade de acesso total e irrestrito ao Poder Judiciário, cujas garantias possibilitam maior independência e imparcialidade em face da Administração Pública, “respeitando-se a razão do surgimento do Direito Administrativo, qual seja, a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos fundamentais” (MORAES, 2002, p. 31).

No nosso caso, embora com característica de norma (regra de conduta), os atos normativos praticados pelas agências reguladoras – que, como visto, podem ser *abstratos* (regras de conduta gerais) ou *concretos* (decisões sobre conflitos de interesse entre agentes regulados) – não se confundem com produção legislativa (competência regulatória não é competência legislativa, mas delegação legislativa), razão pela qual podem a eles ser aplicados todos os princípios gerais de controle jurisdicional, já que, ainda que aptos a produzirem efeitos, deles não se desvencilha sua natureza constitucional (LEHFELD, 2008, p. 360).

Na verdade, mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização pelo Judiciário. Com efeito, embora o controle jurisdicional não possa invadir o núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade (técnica) das agências, “o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer a impossibilidade de questionamento e exame” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 590). Implica dizer que:

---

<sup>104</sup> A Constituição de 1946 também já assegurava que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, § 4º). A ordem constitucional vigente inova a garantir o acesso à jurisdição também em caso de *ameaça a direito*.”

“O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico. A ausência de procedimento prévio, apto a assegurar a ponderação de todos os interesses submetidos à gestão da agência, pode conduzir à invalidação da decisão adotada” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 590/591).

A vigente Constituição Federal, diversamente da anterior, afastou a necessidade da chamada *jurisdição condicionada* ou *instância administrativa de curso forçado*, inexistindo, atualmente, a obrigatoriedade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, já que excluída a permissão, que a EC nº 7 à Constituição anterior estabelecera, de que “a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário” (MORAES, 2005, p. 33).

Temos, portanto, que, diversamente do que se dá na República Francesa, onde vige o *sistema do contencioso administrativo*, o Brasil adotou o *sistema de jurisdição única* (também chamado de *sistema judiciário* ou *inglês*), tal como ocorre na ordem jurídica norte-americana.

À guisa de explicação, o *sistema do contencioso administrativo* é caracterizado pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no exame dos atos da Administração Pública, que ficam sujeitos apenas à *Jurisdição Especial do Contencioso Administrativo*. Portanto, nos países que, a exemplo da França, adotaram este sistema, subsiste uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, sendo que apenas ao último é conferida a competência para verificar a legalidade dos atos administrativos. No caso Francês, o contencioso administrativo é estruturado com o *Conselho de Estado*, órgão de sobreposição desta jurisdição administrativa, com os demais Tribunais Administrativos, Conselhos do Contencioso Administrativo das Colônias, Tribunal de Contas, Conselho Superior da Educação Nacional e Corte de Disciplina Orçamentária (MORAES, 2005, p. 31).

Doutro modo, o *sistema de jurisdição única* é pautado, ululantemente, pela existência de *jurisdição una*, tendo por característica primal a possibilidade de livre acesso ao Poder Judiciário, competente para dirimir tanto os conflitos de

natureza privada, quando os de cunho administrativo, como, v.g., a revisão de atos exarados da Administração Pública (direta e indireta) e suas autarquias e fundações.

No Brasil, portanto, onde foi expressamente adotado o *sistema de jurisdição única*, o acesso ao Poder Judiciário, para apreciar lesões ou ameaças a direito legítimo, é livre e desembaraçado, ainda que os danos (ou ameaça de dano) a direito individual decorra de ato da Administração Pública (como ato normativo), inexistindo exigibilidade de esgotamento de instância ou contencioso administrativo. Com efeito, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Quanto à alegada preclusão, o prévio uso da via administrativa, no caso, não é pressuposto essencial ao exercício do direito de interposição do mandado de segurança. Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV, da CF.” (STF, Pleno, MS 23.789. Rel. Min. Ellen Gracie. J. em 30-6-2005).

“Recurso administrativo destinado à discussão da validade da dívida ativa da Fazenda Pública. Prejudicialidade em razão do ajuizamento de ação que também tenha por fim discutir a validade do mesmo crédito. Art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980. O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública. É constitucional o art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal – LEF), que dispõe que ‘a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo (ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa) importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto’.” (STF, Pleno, RE 233.582. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. em 16/08/07) (grifo nosso).

“Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário.” (STF, Primeira Turma, RE 549.238-AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. em 05/05/09).

Verificada a possibilidade de controle dos atos normativos (na verdade, de qualquer ato administrativo, mesmo os discricionários) pelo Poder Judiciário, cabe-nos analisar em que hipóteses tal fiscalização será admitida, bem como os instrumentos através dos quais essa atividade será possível. Preliminarmente,

contudo, deve ser salientada a impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração, senão vejamos.

### **7.3 A impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos das agências reguladoras: precedentes do Supremo Tribunal Federal**

A rigor e esteados em jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, temos que não há possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade pelo Pretor Excelso em relação aos atos normativos editados pelas agências reguladoras, tendo em conta que haveria a necessidade de analisar a compatibilidade de tais atos com os *standards* previstos na lei instituidora, para, então, concluir-se pela eventual constitucionalidade (ou não) da *norma secundária* (isto é, do ato normativo). Em tais casos, a jurisprudência da Corte Suprema é clara ao proclamar que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil (e tampouco adequado) para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois “as chamadas crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição” (MORAES, 2002, p. 34).

Com efeito, no julgamento da ADI 708-DF, já em 1991, o então Ministro Moreira Alves registrou que

“[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de rejeitar o controle jurisdicional de constitucionalidade, por via de ação, nas hipóteses em que os atos impugnados ostentam caráter meramente secundário, em função das leis a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar. Assim, as ilegalidades, decorrentes da inobservância do princípio da subordinação normativa à lei, são insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado” (RTJ 142/725).

Também em 1991, no julgamento da ADI 589/DF, de relatoria do então Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se do mesmo modo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO REGULAMENTAR. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. I. Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, e que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade. II. Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não está sujeito a jurisdição constitucional concentrada. Precedentes do S.T.F.: ADINs. n.s 311-DF e 536-DF. III. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida. (STF, Pleno, ADI 589-DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. em 20/09/1991).

No mesmo sentido ainda se situa a atual jurisprudência da Corte Suprema:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 3.721, DE 8.01.2001, QUE ALTERA OS ARTIGOS 20, II E 31, INCISOS IV E V DO DECRETO Nº 81.240, DE 20.01.78. LEI Nº 6.435, DE 15.07.77, QUE DISCIPLINA O FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA FECHADA. DECRETO AUTÔNOMO. INEXISTÊNCIA. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a questão relativa ao decreto que, a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não no da constitucionalidade. No caso, o decreto em exame não possui natureza autônoma, circunscrevendo-se em área que, por força da Lei nº 6.435/77, é passível de regulamentação, relativa à determinação de padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira para os planos de benefícios ou para a preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios isoladamente e da entidade de previdência privada no seu conjunto. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida (STF, Pleno, ADI 2387/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. em 21/02/01).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto nº 2 .208, de 17.04.97 e Portaria nº 646, de 14.05.97. Alegação de afronta aos artigos 6º, 18 e 208, II da Constituição Federal. Lei nº 9.394/96 - Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Ao editarem o Decreto e a Portaria contra cujos dispositivos se insurgem os autores, pretenderam o Presidente da República e o Ministro da Educação conferir maior efetividade aos artigos 36, § 2º e 39 a 42, todos da Lei nº 9.394/96 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional), disciplinando a implementação da educação profissional destinada aos alunos e demais membros da sociedade, como parte da política nacional de educação. Trata-se, pois, de atos normativos meramente regulamentares, e não autônomos, como sustentam os autores. Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal. Precedentes: ADIMC nº 996, Rel. Min. Celso de Mello e ADI nº 1388, Rel. Min. Néri da Silveira. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (STF, Pleno, ADI 1670/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. em 10/10/02).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Decretos de caráter regulamentar. Inadmissibilidade. 3. Não configurada a alegada usurpação de competência privativa da União por Lei estadual. 4. Competência concorrente que permite ao Estado regular de forma específica aquilo que a União houver regulado de forma geral (art. 24, inciso V, da Constituição). 5. Não conhecimento da ação quanto aos Decretos nos 27.254, de 9.10.2000 e 29.043, de 27.8.2001, e improcedência quanto à Lei do Estado do Rio de Janeiro no 3.438, de 7.7.2000. (STF, Pleno, ADI 2334/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. em 24/04/03).

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução do Conselho Nacional de Saúde no 322, de 8 de maio de 2003, que estabelece as diretrizes a serem observadas para a aplicação da Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000. 2. Inadmissibilidade. Resolução expedida com fundamento em regras de competência previstas em um complexo normativo infraconstitucional (Leis nº 8.080/1990 e 8.142/1990). 3. Precedentes. 4. Vencida a tese no sentido do conhecimento da ação, em razão de a Resolução nº 322/2003, do Conselho Nacional de Saúde, objetivar atender à disciplina determinada pelo art. 198 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 29/2000. 5. Ação direta não conhecida (STF, Pleno, ADI 2999/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. em 13/03/08).

A despeito deste cristalizado entendimento, impende registrar nestes mesmos julgados foi ressalva a aplicação desta interpretação restritiva quando ao cabimento do controle concentrado em relação aos regulamentos que não visem apenas à execução de dispositivos legais, como se dá na hipótese dos *regulamentos administrativos*, “expedidos pelas agências reguladoras para a regulação de vínculos especiais” (ANDRADE, 2008, p. 16), como já referido no capítulo atinente ao poder normativo técnico destas autarquias de controle.

#### **7.4 O controle jurisdicional dos atos normativos e a questão da discricionariedade (técnica) das agências reguladoras**

Antonio Carlos de Araújo Cintra (1979, p. 179) indica que “no direito brasileiro, o problema dos limites do controle jurisdicional, à primeira vista, parece colocado de forma mais simples”. Segundo o autor, “de um modo geral, podemos dizer que o Poder Judiciário, no Brasil, aprecia as questões de legalidade, mas não

reexamina o mérito do ato administrativo”, isto é, “a sua oportunidade e conveniência, que se incluem na competência exclusiva do administrador”; tal quatro, no entanto, “está longe de esgotar a riqueza e complexidade da matéria” (CINTRA, 1979, p. 179).

Com efeito, a questão do controle jurisdicional aparentemente embate-se com a noção de poder discricionário da autoridade administrativa, já que, admitindo-se tal forma de fiscalização, poder-se-ia apontar potencial violação à liberdade de conformação dos agentes da administração no exercício de suas atribuições, de acordo com os limites da lei.

#### **7.4.1 A discricionariedade dos entes administrativos e a suposta “discricionariedade técnica” das agências reguladoras**

*A priori*, cumpre-nos compreender, de forma sucinta, a noção do que seja a *discricionariedade* ou o *poder discricionário* da autoridade administrativa no desempenho de sua atividade e na prática dos atos legalmente conferidos. Tomando a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 48), em obra específica sobre o tema, temos que a discricionariedade é

“[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez, das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.

A fonte da discricionariedade é a própria lei, de sorte que no espaço legal, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 213) a discricionariedade geralmente existe quando:

- a) a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da administração;
- b) a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação – nesse caso, a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) a lei prevê determinada competência, mas não prevê a conduta ser especificamente adotada.

Ainda nesse jaez, cabe estabelecer a distinção entre o *poder discricionário* e o denominado *poder vinculado*: ao passo que o primeiro confere ao administrador a prerrogativa de decidir qual a conduta mais adequada à satisfação do interesse público, o segundo reflete uma imposição do legislador ao administrador, “obrigando-o a conduzir-se rigorosamente com os parâmetros legais” – o que mais se caracteriza como *restrição*, com sentido bastante diverso do autêntico poder administrativo (CARVALHO FILHO, 2010, p. 56).

No que tange às agências reguladoras, durante certo tempo, em virtude de influência do direito italiano, costumou associá-las à ideia da chamada *discricionarietà técnica*, “expressão utilizada no passado para indicar as situações em que a lei se vale do conhecimento técnico-científico para disciplinar uma situação” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 217). Atualmente, algumas correntes aludem à *discricionarietà técnica* para indicar determinadas decisões administrativas que se fundam em critérios técnico-científicos (não incorporados no corpo normativo produzido pelo Legislativo), como as decisões normativas produzidas pelas agências reguladoras, dada a especialização técnica destas entidades autárquicas. Segundo Marçal Justen Filho (2012, p. 217):

“Nos casos de *discricionarietà técnica*, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. O silêncio legislativo sobre a solução cabível resulta de outras razões. A norma legal estabelece parâmetros normativos gerais. A Administração disporá de autonomia para decidir, mas a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada”.

Pois bem. Como inicialmente referido, analisando-se friamente o conceito de discricionariedade poder-se-ia concluir pela impossibilidade de revisão judicial dos atos produzidos sob seu apanágio, haja vista o espaço legal de conformação expressamente conferido aos agentes administradores – o que, pela autoridade da lei, suplantaria o poder revisional da jurisdição, conferido a par dos princípios da legalidade e de indeclinabilidade de seu exercício (acima referidos). Tal, contudo, não corresponde integralmente à verdade. É o que será analisado a seguir.

#### **7.4.2 A revisão judicial dos atos normativos (discricionários): controle de legalidade e conformação**

Com relação ao questionamento anterior, podemos dizer, em resposta *todos* os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, haja vista que se originam no corpo normativo produzido legislativamente – a saber: há aqui uma relação de antecedência, o ato só é discricionário porque a lei o admite e a discricionariedade deve, portanto, ser exercida nos seus termos; há espaço para o administrador eleger, nas suas possibilidades, o melhor meio destinado à realização do ato (e o que mais beneficiar o interesse coletivo), mas não pode ele suplantiar as hipóteses que a lei não consagrou.

Quanto ao ato vinculado, não há dúvidas da possibilidade de exame pelo Poder Judiciário, no exercício de juízo de legalidade, tendo em vista que todos os seus elementos encontram-se previstos em lei (*vinculação restritiva do administrador*). Assim, se todos os elementos do ato estão previstos em lei, bastará, para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a lei: havendo adequação entre ambos o ato será válido; do contrário, haverá vício de legalidade, a ser apontado e revisto pela Jurisdição (CARVALHO FILHO, 2011, p. 56).

No que tange aos atos discricionários a situação é mais complexa. Inicialmente, cabe registrar que, segundo entendemos, os atos normativos das agências reguladoras são *discricionários*, tendo em conta que se destinam a complementar (daí que são *regulamentos de complementação*) os conceitos

jurídicos indeterminados contidos em cada lei instituidora (e concessiva de poder normativo), segundo os *standards* por ela estabelecidos.

Isto posto, temos que com relação aos atos discricionários, como é o caso dos atos normativos das agências, o controle judicial é possível, *ex vi* dos princípios da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição (na forma da lei e de acordo com os princípios informadores da Administração, previstos no art. 37 da CF), mas “terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei” (DI PIETRO, 2009, p. 217). Significa dizer que os atos discricionários podem sofrer controle judicial em relação a todos os *elementos vinculados*, isto é, “aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar” (v.g., prática do ato por agente incompetente, de forma diversa da que a lei exige, com desvio de finalidade, com objeto dissonante do motivo, etc.) (CARVALHO FILHO, 2011, p. 56/57).

Conforme resume José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 57):

“O controle judicial [...] não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador”.

A sustentar a lição do eminente publicista, podemos citar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 11.050-RJ, onde a Corte Cidadã entendeu pela impossibilidade de revisão do Decreto Municipal ali atacado, tendo em vista que aquele ato discricionário, sob aspecto formal, não apresentava defeito algum, o que era insuficiente para justificar o reexame pelo Poder Judiciário, que não poderia adentrar nas razões de conveniência acertadamente elencadas pela Administração.

Temos, portanto, que o controle judicial alcançará todos os *aspectos de legalidade* dos atos normativos, mas não pode estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador, sob pena de violação do sistema de *checks and balances*. Com efeito, podemos aplicar, mesmo no caso das agências reguladoras e da revisão de seus atos normativos pela jurisdição nacional, o *princípio da*

*deferência* e o duplo teste constitucional estabelecido no caso “*Chevron Inc v. National Resources Defense Council*”; em o fazendo, entendemos que, a princípio, deve ser aceita a interpretação dada pela agência reguladora aos conceitos jurídicos indeterminados da respectiva lei criadora quando da prática do ato normativo. No entanto, provocada a jurisdição e verificada que o ente regulador ultrapassou suas atribuições (violando os *standards*) ou deu interpretação equivocada, será possível o reexame do ato, quando deverá ser conferida, em substituição, a interpretação acertada ao conceito genérico legal. No entanto, não pode o Judiciário atrever-se a conferir *melhor* interpretação ao dado dispositivo, se a que foi objeto de escolha pela Administração, nos limites de sua discricionariedade, já é *razoável*; deverá conformar-se à opção já realizada, respeitando a “sabedoria da ação administrativa”, (como denomina Bernard Shwartz).

Ainda, deve ser ressaltado que nem mesmo a suposta *discricionariedade técnica* obsta o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos normativos das agências reguladoras, como pretendeu sustentar alguns autores.

Os adeptos da tese da *discricionariedade técnica* pretenderam tornar, com tal atribuição, um grupo de provimentos administrativos tidos como intocáveis, determinado uma esfera de atribuição livre e de escolha exclusiva do agente público. Nessa ordem, “a *discricionariedade técnica* não se trataria propriamente do exercício de uma ‘discricionariedade ordinária’, derivada dos conceitos indeterminados ou de atribuição legal específica”, mas, ao invés disso, de prolação de decisões insindicáveis devido às suas peculiaridades técnico-científicas (MOREIRA, 2006, p. 218). Segundo explica Egon Bockmann Moreira (2006, p. 218):

“O óbice à investigação estaria no conhecimento detido com exclusividade pela Administração Pública. A discricionariedade técnica impediria o controle justamente porque a Administração é titular de uma gama de tarefas práticas de extrema complexidade, dependentes de peculiar conhecimento, oriundo justamente do contacto diário com a matéria. Essa perícia oriunda de determinados órgãos administrativos impediria que um terceiro, estranho e não afeito a questionamentos técnico-científicos (o Poder Judiciário), enfrentasse tais decisões. [...] Para esta, o único controle possível de ser cogitado residiria nos chamados ‘erros materiais’ (‘erros de cálculo’ ou ‘erros grosseiros’)”.

Tal proposta, de forma evidente, não se sustenta – o óbice à revisão chega a ser absurdo, já que, em termos crus, implica em verdadeira *tecnocracia*<sup>105</sup>. Assim, com o fito de desconstituir a proposição da incolumidade da *discricionariedade técnica*, cabe-nos destacar as seguintes ponderações, elaboradas por António Francisco de Sousa (1994, p. 107/109 apud MOREIRA, 2006, p. 219):

- a) a definição do que vem a ser uma “decisão altamente técnica” é subjetiva em sua essência. Não é possível um conceito objetivo, claro e preciso acerca de tal qualificação. Logo, não é um intocável e incontroverso título apriorístico;
- b) o juiz não profere nenhuma decisão técnica sem ouvir peritos, e, depois de produzida a competente prova, pouco importa o grau de tecnicismo. “Trata-se de um direito e de um dever que aquele que julga tem de esclarecer acerca de factos sobre que decide”;
- c) caso apenas se controle o denominado “erro manifesto”, surgem dois problemas: um, porque se coloca à margem da decisão o “erro não manifesto”, outro, porque a definição do que vem a ser “erro manifesto” remete à subjetividade já analisada, pois não se sabe onde começa e onde termina o carácter manifesto do erro. “Ora, tanto é erro o ‘erro manifesto’ como o ‘erro não manifesto’”.

Assim, conforme conclui Egon Bockmann Moreira (2006, p. 219),

“[...] não pode haver dúvida quanto à possibilidade de controle da chamada ‘discricionariedade técnica’. Não existe decisão altamente técnica que não possa imparcialmente avaliada em juízo, nem tampouco existe uma pericie exclusiva, sigilosa, desconhecida dos demais e expertos. Não será essa nomenclatura instrumento hábil a afastar o exame e controle jurisdicional”.

Do exposto, temos que nem a discricionariedade (técnica<sup>106</sup> ou não) e tampouco sua autonomia conferida *ex vi legis*, fazem das agências reguladoras entes absolutamente independentes. Conforme explica Conrado Hübner Mendes (1997, p. 130/131):

<sup>105</sup> Dada, especialmente, a natureza normativa dos atos das agências.

<sup>106</sup> Para os que a admitem.

“Divergem os administrativistas sobre a existência de uma esfera de discricionariedade imune ao controle judicial. A tendência caminha para a máxima limitação de tal esfera (notadamente nos pensamentos de Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello). A contra-argumentação, trazida dos americanos, que identifica tal esfera por se tratar de questões técnicas, não supera ou não consegue ilidir o princípio da inafastabilidade do controle judicial. Isso é pacífico em nossa doutrina processual e mesmo administrativista: para julgar estes tipos de controvérsias o juiz faz uso da perícia judicial, que ao menos em tese, tem a função de trazer ao juiz os dados necessários que o tornem apto a tomar tal decisão. Não é falsa a afirmação da existência de um poder de dirimir conflitos no universo de competências da agência. Isto, porém, de maneira alguma afasta o princípio básico determinante em nosso sistema político democrático, albergado pelo art. 5º, XXXV”.

Assim, podemos dizer que ao Poder Judiciário compete verificar se agência reguladora provocada em juízo preocupou-se em tomar todas as providências exigidas para a concretização de sua competência discricionária, isto é, se deu a interpretação adequada aos conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei, no limite dos *standards* estabelecidos. Isso, conforme explica Lucas de Souza Leffeld (2008, p. 361), deve ser especialmente observado quando a decisão administrativa “depende de cuidados inerentes ao conhecimento técnico-científico da entidade reguladora, sob pena de invalidação do ato pelo fato de não se ter valido de providências prévias destinadas a produzir a melhor solução possível”.

Assim, verificados, de forma superficial, os rudimentos e o cabimento do controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras, lastreado nos primados de legalidade e acesso à jurisdição contemplados em nossa Constituição Federal, cabe-nos verificar a mesma possibilidade em relação ao controle social destas entidades autárquicas, notadamente através das ouvidorias instituídas, especialmente para esse fim, pelas respectivas leis instituidoras.

## **8 O CONTROLE SOCIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O OMBUDSMAN**

Busca-se analisar neste capítulo a viabilidade do controle social da atividade normativa das agências reguladoras, através da participação do cidadão-administrado nos procedimentos decisórios destas entidades autárquicas, notadamente por meio das ouvidorias legalmente instituídas em sua estrutura – o que atende ao comando constitucional contido no art. 37, § 1º, da Lei Maior. Nesse quesito, tratou-se de focar a necessidade de legitimação da atividade regulatória, o que se pode ser alcançado, nas atuais circunstâncias do Estado Democrático, através da participação cidadã, formando, tal como define Georg Jellinek, o “consenso estatal”.

### **8.1 Controle das agências reguladoras: controle político x controle hierárquico**

Como é sabido, a evolução política brasileira produziu um fenômeno local quase único: a de um executivo forte, dominante e com prerrogativas quase “imperiais”. Tal quadro sustenta-se em virtude do modelo de governo chamado de “governo de coalizão”, popularmente conhecido em terras brasileiras como o mecanismo da “governabilidade”, que se traduz no esforço do poder executivo central em angariar o máximo apoio possível do parlamento, a fim de eliminar qualquer oposição doméstica relevante, assegurar a aprovação de decisões e o cumprimento de suas políticas <sup>107</sup>.

Conforme analisa Regina Pacheco (2005, p. 236),

---

<sup>107</sup> Cumpre salientar que tal forma de “fazer política”, para usar expressão corrente do meio, sempre existiu ao longo da evolução democrática, desde os idos da primordial monarquia parlamentarista britânica ou das alas do diretório revolucionário francês; no Brasil, todavia, tal prática foi prejudicial aos ares republicanos, uma vez que se desenvolveu, em crescente, na mesma proporção da alienação política dos cidadãos e no descrédito do parlamento federal local.

*“La tradición de Ejecutivos fuertes (en las esferas federal, estadual y municipal) se ha venido recientemente más compleja con el advenimiento de los gobiernos de coalición y los procesos de formación de majorías parlamentarias, requisitos para la aprobación de las reformas de interes para el ejecutivo, sobre todo em La esfera federal. A pesar de ello, La frágil tradición del Legislativo como ente fiscalizador del Ejecutivo, o La escazes de iniciativas de propuestas de leyes, hacen suponer que habrá dificultades en alcanzar el papel agresivo y simultáneo de estos dos poderes em La supervisión de las agenciais”.*

A imagem de um Executivo forte (*supremus e potens*) fez predominar no Estado brasileiro (especialmente no atual governo, inconformado com a autonomia das agências reguladoras), a noção de *controle hierárquico* das agências reguladoras, em detrimento do (ideal) *controle político* destas entidades.

Para compreendermos tal orientação, deve-se ter em mente que o problema do controle das agências reguladoras no Brasil decorre da oposição entre dois sistemas juspolíticos, que, embora se firmem no mesmo ânimo regular, divergem quanto à forma de fiscalização destas entidades: trata-se dos sistemas norte-americano e o seu equivalente (e dele derivado) brasileiro.

A oposição de valores entre estes dois sistemas pode ser ilustrado por meio da analogia, no caso norte-americano, do dilema do herói mítico *Ulisses* e as sereias encantadoras em seu caminho para Ítaca (comparação idealizada por John Elster) e o mito de *Narciso e Eco*, no caso brasileiro (idealizada por Regina Pacheco).

No caso norte-americano, as *independent regulatory agencies* (fonte das entidades pátrias) foram criadas com base na delegação de competências do Poder Legislativo, para consecução de sua função reguladora (tendo em consideração que a noção de *agency* é mais ampla que nossas agências reguladoras, conforme já acentuado).

Pois bem. A analogia de Ulisses decorre do fortalecimento do controle juspolítico norte-americano das agências, uma vez que a delegação de poderes às *agencies* é acompanhada de um senso de responsabilidade pelos seus atos perante a sociedade. Tem-se, portanto, em relação às *agencies*, a aplicação do chamado princípio do *accountability*, de origem anglo-saxã, uma vez que há preocupação com a responsabilidade da instituição perante o público, seja através do Parlamento, seja por outras vias diretas de participação popular, considerando, nesse cenário, que

todo aquele que exerce competências estatais tem de responder perante outrem pelos próprios atos e por seu desempenho (JUSTEN FILHO, 2002, p. 139)<sup>108</sup>.

Destarte, em virtude desse princípio da responsabilidade (*accountability*), a delegação, em favor das agências norte-americanas, é acompanhada da preocupação de se construir um ambiente de credibilidade e confiança por meio da obediência às regras previamente estabelecidas atinentes à atuação desses órgãos (LEHFELD, 2008, p. 276).

Assim, conforme leciona Marcos André Melo (2001, p. 63),

“[...] da mesma forma que Ulisses amarrou-se ao mastro do navio para não ser seduzido pelo canto das sereias, legisladores racionais podem escolher limitações ao exercício de sua vontade soberana [...]. Ou seja, podem recorrer a delegação através de legislação que exige supermaiorias para ser alterada como um mecanismo de autodefesa, um pré-compromisso que assumem em relação ao futuro. A ‘hora da razão’ pode estar associada a argumentos quanto às conseqüências da adoção de determinadas instituições ou políticas”.

A sistemática *ulissiana*, portanto, retrata uma forma de *controle político* da delegação às agências reguladoras, uma vez que oportuniza a ação de outros órgãos, além do Legislativo, para verificação do *accountability*, a exemplo do Executivo, do Judiciário e, inclusive, dos integrantes da sociedade civil, interessados no cumprimento dos motivos da delegação.

Nesse modelo, portanto, há uma forma de “controle sem controladores diretos”, substituindo-se (conforme a memorável proposição de McCubbins e Schwartz em seu “*Congressional oversight overlooked: police patrol versus fire alarm*”) o controle tipo “patrulha de polícia” pelo “alarme de incêndio”. Conforme explica Marcos André Melo (2001, p. 63),

“o controle tipo ‘patrulha de polícia’ estaria associado ao escrutínio e monitoramento sistemático, de custos elevados, exercidos pelos parlamentares em relação a todo desvio potencial no funcionamento das burocracias e nos programas implementados. Em contraste, o controle ‘alarme de incêndio’ refere-se ao monitoramento seletivo, de custo eficiente, voltado para a identificação dos desvios ou comportamento oportunista da burocracia que são denunciados pela base parlamentar dos congressistas. O controle é exercido a partir do receio que aqueles a quem foram delegados poderes têm de escândalos ou denúncias apontadas por atores

<sup>108</sup> Conforme aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 137/139), na língua portuguesa, *accountability* é ainda um termo de difícil tradução e mesmo na língua inglesa, que a consagrou, o termo é ambíguo. No presente capítulo, opta-se pelo sentido de fiscalização sobre certa entidade ou autoridade pública, abrangendo as noções de *responsabilidade*, *dependência* e *confiabilidade*.

ou constituencies dos parlamentares, em um contexto em que os parlamentares, através dos comitês do Congresso, detêm controle sobre os orçamentos das agências”.

Em suma: no controle político, predomina a exigência de *accountability* das agências (reguladoras), através da fiscalização permanente, porém não ostensiva, de diversos autores (além do Executivo), a fim de que se assegure o cumprimento da delegação legislativa.

Em contraposição ao controle político de “alarme de incêndio”, tem-se o controle hierárquico, que pauta-se na relação napoleônica de autoridade entre o nomeante (*in casu*, Chefe do Executivo) e o dirigente nomeado, que segue uma lógica de mando e controle – notadamente incompatível com a autonomia das agências reguladoras e oposta à lógica de responsabilização (*accountability*) dessas entidades.

De fato, à medida que a Administração Pública direta se fortalece, em detrimento da indireta, o controle hierárquico também prevalece, o que faz por distanciar o sistema regulatório brasileiro da ideal lógica de Ulisses de fiscalização do *accountability*. Ao fazê-lo, assume o Poder Executivo um comportamento narcisista (daí a analogia), uma vez que, preferindo o sistema de mando e controle, recusa-se a ser deslocado pelas novas formas de controle propostas pela reforma gerencial.

Agindo como Narciso, o Executivo nacional parece preferir apenas contemplar suas amplas atribuições e o próprio poder de controle direto e fechado (“patrulha policial”), quando o ideal seria a fiscalização baseada em resultados e no senso de responsabilidade (*accountability*) das agências, através da institucionalização de um sistema instrumental aberto (“alarme de incêndio”), com participação de todos os setores e agentes submetidos à regulação, em busca da consecução dos fins destas entidades e a realização do bem comum.

Deveras, é o que aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 584):

“A concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação [...]. Nesse ponto, é necessário apontar-se uma relevante diferença cultural-institucional subjacente. Não existe, no Brasil, uma sistemática extrajurídica de controle da conduta dos governantes com características similares às existentes numa sociedade como a britânica. Na Grã-Bretanha, admite-se a autonomia extremamente significativa para a agência reguladora, mas isso não se

traduz – de regra – em práticas abusivas, arbitrárias e prepotentes por parte da autoridade reguladora. As diversas instituições políticas e sociais desempenham função de limitação da autonomia formal reconhecida à autoridade reguladora. Daí decorre que a ausência de limites formais ao exercício de poderes não significa autonomia material nem equivale à consagração do arbítrio, pois existem os limites produzidos por processos sociais informais. A situação é diversa no Brasil. É evidente que a organização social brasileira ainda não produziu instrumentos informais de controle da atuação das autoridades estatais. O Direito tem de suprir essa ausência de limites materiais, produzindo institutos jurídicos equivalentes àqueles processos sociais difusos” (grifo nosso).

Nesse sentido, também exorta Agustín Gordillo (2009, p. 82), com a sensibilidade que lhe é peculiar:

*“Ante las deficiencias de regulación y control que se han venido observando a lo largo de estos años, es necesario que los distintos grupos de representación sectorial – aún teniendo intereses diversos –, a través de la participación y concertación social, diriman en el ámbito público acuerdos socio-económicos con el objeto de defender esos intereses que a su vez sean comunes con los de toda la sociedad. Se impone una innovación institucional y política hoy más que nunca cuando nos encontramos sufriendo los efectos de gruesos yerros internos contra la racionalidad económica”.*

A par da necessidade de instituição de instrumentos informais de controle das autoridades estatais, que oportunizem a ampla fiscalização por todos os setores da sociedade, em prol do interesse público, cabe tecer análise acerca da possibilidade de controle social das agências reguladoras, através da participação popular, corolário do controle político.

## **8.2 Controle social da Administração Pública: participação popular na promoção do bem comum**

Segundo Norberto Bobbio *et al* (2004, p. 283), controle social é o conjunto dos meios de intervenção, positivos ou negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

Considerando que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República consagra o princípio democrático, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce de forma direta ou por meio de representantes eleitos, o controle social da Administração desponta como atividade proativa de quem é cidadão e constitui “arma importante da luta contra o desvio do poder, da garantia do exercício do ideal de justiça no Estado onde vive e do almejado desenvolvimento socioeconômico dos participantes desse Estado” (FRANÇA, 2008, p. 98).

Com efeito, a par da lição de Adriana da Costa Ricardo Schier (2002, p. 250) é direito fundamental do cidadão (e administrado) a possibilidade de questionar os atos administrativos que entende como indevido, baseado na dimensão (I) democrática, quando concretiza o princípio democrático e (II) de controle, no qual efetiva o princípio do Estado de Direito. Desta feita, segundo a mesma autora,

“[...] o direito de reclamação, previsto no art. 3º, § 3º, I, da Constituição brasileira de 1988, apresenta-se como uma espécie do direito de participação, especificamente referido à sua dimensão concretizadora do Estado de Direito e, através dele, os cidadãos são legitimados para exercer o controle da atividade administrativa na prestação dos serviços públicos”.

Na mesma toada, John Rawls (2000, p. 200) argumenta que

“podemos partir da convicção de que um regime democrático pressupõe liberdade de consciência e de pensamento. Essas instituições não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas [...] elas são necessárias para que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. Embora a racionalidade não seja garantida por essas ordenações, parece que em sua ausência o curso de ação mais razoável será fatalmente rejeitado, em prol de políticas sugeridas por interesses particulares. Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem participar dele”.

E prossegue o venerável filósofo norte-americano (RAWLS, 2000, p. 200):

“Todos os cidadãos devem ter meios de formar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas

desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação”.

Intimamente relacionado ao controle social, especialmente na fiscalização da moralidade, está o *princípio da publicidade dos atos da administração pública*, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, uma vez que, conforme aponta Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 178) o Estado “tem o dever de agir de modo diáfano, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar” e a “ampla publicidade do aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor do direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos”.

De fato, pode-se dizer a publicidade dos atos da Administração Pública torna o administrado bem informado da condução da *res publica* e “o grau de difusão da informação – qualitativa e quantitativamente – ao cidadão é o meio para aferir a extensão do exercício de controle democrático de determinado Estado” (FRANÇA, 2008, p. 99).

Não obstante, além da publicidade de seus atos, a Administração Pública também deve criar e manter ouvidorias ou centros de atendimento a disposição dos cidadãos, com a finalidade de receber reclamações, investigá-las e, se necessário, aplicar as sanções cabíveis aos entes infratores – ao fazê-lo, argumenta Phillip Gil França (2008, p. 99), o Estado confirma “seu caráter de servidor do povo que lhe conferiu legitimidade e prerrogativas para prestar a regulação esperada”.

Assim, considerando que a publicidade dos atos administrativos e a manutenção de ouvidorias são instrumentos indispensáveis à plena efetivação do controle social da administração pública, imperioso que se deite análise acerca da instituição do *Ombudsman* (também chamado *Ouvidor-Geral* ou *Defensor da Comunidade*), que, nessa linha de argumentação, é capaz de propiciar ao cidadão a participação que lhe cabe na discussão política dos rumos da *res publica*, da realização do bem comum e da fiscalização (através do *controle político*, segundo a lógica *ulissiana*) do *accountability* das agências reguladoras. É o que se verá a seguir.

### 8.3 Ombudsman: ouvidor do administrado e instrumento de controle social das agências reguladoras

Seguindo a linha proposta, o *Ombudsman* (também conhecido como *Defensor do Povo*, *Ouvidor-Geral* ou *Corregedor Administrativo* – este último, criação de Caio Tácito) pode ser considerado como um dos órgãos que tem por finalidade concretizar os direitos constitucionais de participação cidadã na condução da administração do bem comum e de controle dos entes regulatórios, especialmente o direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal <sup>109</sup>, que, na lição de José Afonso da Silva (2008, p. 443), define-se como o direito do cidadão de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma dada questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade.

Conforme Adalberto Cassemiro Alves Braz (1992, p. 19), a tradução vernácula do termo *Ombudsman* sugere a idéia de “procurador”, uma vez que a primeira parte do vocábulo – *ombud* – quer dizer “representar alguém” e o sufixo *man*, que advém do tronco das línguas anglo-saxônicas, significa “homem” – o *Ombudsman* seria, portanto, “o representante de alguém, principalmente quando investido em cargo público”.

Todavia, a figura do *Ombudsman* apresenta diversas denominações, adotadas pelos diferentes países que o instituiu em seus sistemas, tais como: *Il Defensore Civico*, na Itália, *El Defensor del Pueblo*, na Espanha e Argentina, *El Defensor del Ciudadano*, no México, *Provedor de Justiça*, em Portugal, *Le Médiateur*, na França, *State Controller* ou *Comissioner for Complaints from the public*, em Israel, *Parliamentary Comissionary for Administration* (PCA), *Parliamentary Ombudsman* ou simplesmente *Ombudsman*, em diversos países de

---

<sup>109</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

língua inglesa (como Nova Zelândia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e *Justitieombudsman* e *Militieombudsman*, na Suécia (BRAZ, 1992, p. 34).

Segundo Marcos Jordão Teixeira Amaral Filho (1993, p. 21/22), o surgimento do *Ombudsman* remonta à Suécia do século XVI, com o aparecimento do grande senescal (*drotsen*), funcionário do rei encarregado de exercer o controle da atividade dos juízes do Reio Sueco. Posteriormente, tendo criado o *General Inspectoren öffuer ordningarne* (1665-1668), o rei atribuiu a função de controle da administração ao *Justitiekansler*, encarregado da observação do cumprimento das leis pela administração no território do reino – figura que foi afirmada ao longo da chamada “Era da Liberdade” (1719-1771), que compreendeu um longo período de luta entre os estados suecos e o rei.

Com o assassinato do Rei Gustavo III (1792) e a deposição de seu sucessor, Gustavo IV (1809) pelas tropas do general Adlercreutz, o *Riksdag*, o Parlamento Sueco, recuperou parte dos seus poderes perdidos ao fim da “Era da Liberdade”. Com a deposição do rei, convocou-se uma assembleia nacional constituinte, que culminou na promulgação da *Regeringsform* (Constituição) de 1809, que introduziu a figura do *Justitieombudsman* ou *delegado parlamentar*, a quem competiria exercer o controle da administração, nos termos do art. 96 daquela Carta Política (AMARAL FILHO, 1993, p. 22), *in verbis*:

“O Parlamento deve, em cada sessão ordinária, designar um jurisconsulto de provada ciência e de especial integridade para, na qualidade de mandatário do *Riksdag*, encarregado, segundo as instruções que este lhe dará, de controlar a observância das leis pelos tribunais e funcionários e processar junto aos tribunais competentes, conforme as leis, aqueles que, no exercício de suas funções públicas, tenham cometido ilegalidades ou negligenciado o cumprimento adequado de seus deveres de ofício”.

A *Regeringsform* sueca de 1809, ao introduzir a figura do *Ombudsman* (*Justitieombudsman*) assegurou a todos os cidadãos o direito de reclamar contra atos de funcionário do rei, inclusive juízes, consagrando, portanto, o direito de petição, já admitido pela Constituição francesa de 1791 e pelo *Bill of Rights* inglês (BRAZ, 1992, p. 24/25).

Com a implantação do governo parlamentar em 1917 (com a demissão do governo conservador de *Hammarskjöld*), da mesma forma que o rei torna-se submisso à ação política de seus ministros, o *Ombudsman* está submetido apenas

ao Parlamento, por meio da eleição para um mandato de quatro anos, revogável a qualquer tempo, por decisão do parlamento; contudo, nessa nova ordem, ao *Ombudsman* cabe apenas exercer o controle sobre a administração (juízes e funcionários do reino), em virtude do regime sueco de instâncias do poder administrativo (AMARAL FILHO, 1993, p. 23).

Na nova organização, após reforma efetuada em 1956 (de acordo com as diretrizes de uma comissão especial constituída pela Parlamento Sueco), o *Ombudsman* sueco compreende a figura do *Justitieombudsman for domstols-och förvarsväsendet* (*Justitieombudsman* para assuntos militares e judiciários) e o *Justitieombudsman for civil förvaltningen* (*Justitieombudsman* para administração civil). Nessa ordem, a par do que narra Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho (1993, p. 35) o *Riksdag* admitiu, então, a existência de 03 *Ombudsmän*, legando a eles próprios a divisão das seguintes competências:

- a) O primeiro *Ombudsman* fiscaliza a atividade dos tribunais, dos órgãos fiscais, das Forças Armadas e da polícia;
- b) o segundo observa todos os assuntos sociais, a informação, a imprensa e a educação nacional;
- c) o terceiro fiscaliza outros assuntos atinentes à administração (e.g., transportes, contribuições) não controlados pelos demais *ombudsmän*.

Além destes, subsistem no sistema sueco o *Ombudsman* dos consumidores, do *Ombudsman para a liberdade e econômica* e do *Ombudsman da imprensa* – salvo o primeiro, vinculado ao Poder Executivo, todos os demais se submetem ao parlamento sueco.

Pois bem. No esforço de definir o instituto, cumpre-nos socorrer da precisa definição apresentada por G. Caiden, N. MacDermot e A. Sandler (1983 *apud* REIF, 1999, p. 299), senão vejamos:

“O *ombudsman* é um funcionário (ou comitê de funcionários...) independente e apartidário, geralmente previsto na Constituição, que supervisiona a Administração. Ele cuida de reclamações específicas do público relacionadas à injustiça administrativa ou má administração. Tem o poder de investigar, apresentar relatórios e formular recomendações sobre casos individuais e procedimentos administrativos. Não se trata de um juiz ou tribunal, mas tem o poder de ordenar ou reverter atos administrativo. Ele procura soluções através de um processo de investigação e conciliação.

Sua autoridade e influência derivam do fato de ser nomeado e reportar a um dos principais órgãos do Estado, geralmente, o parlamento ou o Executivo-Chefe". (tradução livre)

Hayden Thomas (2003, p. 2), *Ombudsman* de Antígua e Barbuda e Presidente da *Caribbean Ombudsman Association*, aponta que o *Ombudsman* tem o poder de investigar, criticar, recomendar e publicar, mas não de reverter as decisões administrativas, voltando sua atenção contra ilegalidades, violação da justiça natural ou devido processo legal, atraso na resposta ou ação e/ou falta de informação por parte da Administração Pública, por conta própria ou mediante provocação da base parlamentar (tradução livre).

Conforme Linda C. Reif (2011, p. 271), desde 1970, governos ao redor do mundo, tanto a nível nacional quanto subnacional, estabeleceram versões híbridas da instituição do *Ombudsman*, conferindo a uma instituição múltiplos mandados. Estes mandados adicionais incluem, além dos deveres tradicionais, a proteção dos direitos humanos, luta contra corrupção, asseguarção da conduta ética dos funcionários públicos e proteção do meio ambiente (tradução livre).

Todavia, apesar de presente, em algum momento ou atualmente, em diversos países, a exemplo da Finlândia, Alemanha, Nova Zelândia, Grã-Bretanha, países da *Commonwealth*, Canadá, Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Israel, além da Suécia e outros, o *Ombudsman*, na forma de delegado ou comissário parlamentar (nos moldes suecos), não foi expressamente incluído no texto da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a então Assembléia Nacional Constituinte entendeu que esta figura possuiria competências que já são atribuídas ao pátrio Ministério Público, razão pela qual sua positivação seria incompatível.

Com efeito, é o que afirma Marcos João Teixeira do Amaral Filho (1993, p. 125):

"Na Suécia, como vimos, o *Ombudsman* possui competências ora atribuídas ao nosso Ministério Público. O *Ombudsman* sueco pode promover ação penal contra funcionário da administração que considera responsável por ato criminoso. Pode, ainda, intentar ação civil pública para a proteção do patrimônio social e de interesses difusos e coletivos. Tais atribuições, por força de dispositivos constitucionais, são privativas do Ministério Público".

Ainda, segundo o mesmo autor (1993, p. 123), a rejeição à criação do *Ombudsman* também foi provocada pela modificação das atribuições constitucionais

do *Tribunal de Contas da União*, levadas a termo no ânimo de ampliação do sistema de controle da Administração.

Todavia, a despeito da inexistência da previsão expressa, é possível afirmar a possibilidade de instituição do *Ombudsman* a par do que dispõe o art. 37, § 3º, da Lei Maior:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

É de se notar que o dispositivo constitucional, modificado pela *Emenda Constitucional nº 19/98* (Emenda da “Reforma Administrativa”), permite, no nosso caso, que as Agências Reguladoras (administração pública indireta) instituem em sua estrutura a *Ouvidoria*, que é o organismo competente para atender os usuários dos serviços públicos, permitindo que estes formulem à própria agência (ou a outro órgão governamental) críticas e reclamações quanto à sua atuação e demais questões que envolvam direitos e deveres dos agentes submetidos à sua regulação.

Considerando o já exposto acerca da evolução do Estado regulatório, a ouvidoria foi vista como instrumento de efetivação da Política Nacional de Desestatização (PND), conferindo credibilidade aos processos de privatização dos setores estratégicos (antes, monopólio do Estado). De fato, pretendia-se com este instrumento assegurar aos investidores do setor privado que desembarcavam para explorar o mercado recém-aberto que a transição para o processo regulatório (isto é, a desestatização) se daria de forma independente, isto é, abnegada em relação aos jogos políticos de governo. Oportunizando um canal de comunicação com a sociedade (especialmente, a iniciativa privada empreendedora), queria demonstrar o Estado que estava disposto a completar a transição para o modelo regulador (e não

mais interventor), assegurando o cumprimento da “nova” política neoliberal e abandonando, em caráter definitivo, os desmandos do providencialismo estatal.

A título de demonstração da possibilidade de implantação do *Ouvidor* nas agências reguladoras (federais), a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL), prevê em seu art. 4º que aquela agência será “dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado”, sendo que, nos termos do art. 8º, § 1º do Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997 (que regulamenta a ANEEL), um destes diretores se incumbirá “da área de atendimento de reclamações de agentes e consumidores competirá a função de ouvidor, sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento às reclamações” (grifo nosso).

Do mesmo modo, a *Agência Nacional de Telecomunicações* (ANATEL) também prevê a atuação da Ouvidoria em seu quadro organizacional, através da instituição de um Ouvidor <sup>110</sup>. De fato, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que institui aquele órgão regulador (em sua forma originária), prevê em seu art. 45 que “o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução” e, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, “terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar”.

Quanto à sua autonomia e atribuições, o Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, que regulamenta a ANATEL, assegura que “o Ouvidor atuará com independência, não tendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes” (art. 53) e “somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar” (art. 54). Senão vejamos:

Art. 54. O Ouvidor somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

§ 1º Sem prejuízo do que prevêm a lei penal e a lei de improbidade administrativa, será causa da perda do mandato a inobservância, pelo Ouvidor, dos deveres e proibições inerentes ao cargo.

---

<sup>110</sup> Com efeito, trata-se da agência reguladora cuja lei originária e decreto regulamentar mais prestigiam, de forma expressa, a atuação da Ouvidoria, esclarecendo a função controladora do Ouvidor.

§ 2º Caberá ao Ministro de Estado das Comunicações instaurar, nos termos da Lei nº. 8.112, de 1990, processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo do Ouvidor, quando for o caso, e proferir o julgamento.

Conforme o art. 55 do mesmo diploma regulamentador, “é vedado ao Ouvidor ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações”. Nos termos do art. 29, § 1º do mesmo Decreto, considera-se interesse significativo ser sócio ou acionista em empresa relacionada com telecomunicações com participação no capital total superior a:

- a) três décimos por cento, de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito;
- b) três décimos por cento, de controladora, controlada ou coligada de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito;
- c) três por cento, de empresa cujo faturamento dependa diretamente, em mais de dez por cento, de relacionamento econômico com prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito.

Nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, a fim de garantir a transparência e probidade de sua atuação, “os conselheiros serão obrigados a notificar outras situações de interesse que os envolvam direta ou indiretamente e sejam suscetíveis de influir no exercício de suas competências”, sendo que tal notificação “deverá ser feita ao Conselho Diretor, com cópia para o Ouvidor, sendo arquivada em lista própria na Biblioteca”.

Quanto às suas atribuições, o art. 52 do Decreto nº 2.338/1997 prevê que competirá ao Ouvidor produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao seu Conselho Diretor e ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo-as publicar no

Diário Oficial da União e mantendo-as em arquivo na Biblioteca para conhecimento geral. Para tanto, o art. 51 do mesmo diploma (repetindo o art. 45, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997) assegura que “o Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar”, sendo-lhe dado o direito de assistir às sessões e reuniões do Conselho Diretor, inclusive as secretas, bem como de ter acesso a todos os autos e documentos, não se lhe aplicando as ressalvas dos arts. 21, § 1º<sup>111</sup> e 39<sup>112</sup>, da Lei nº 9.472/1997.

Outras agências reguladoras também preveem a instituição do Ouvidor em sua estrutura organizacional, em termos próximos aos destacados quanto a ANEEL e, especialmente, a ANATEL. Para citar, destacam-se a *Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA* (art. 9º, Lei nº 9.782/99 e arts. 25, 26, 27 e 28, Decreto nº 3.029/99), a *Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS* (art. 5º, Lei nº 9.961/00 e arts. 18, 19, 20 e 21, Decreto nº 3.327/00, a *Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT* e a *Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ* (arts. 52 e 63, Lei nº 10.233/01), a *Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC* (arts. 9º e 18, Lei nº 11.182/05) e a *Agência Nacional de Cinema – ANCINE* (art. 8º, § 4º, Medida Provisória nº 2.228-01).

Pois bem. Apesar da previsão legal das Ouvidorias como instrumento de controle das agências reguladoras (note-se que o título IV da Lei nº 9.472/1997, que trata da ouvidoria na ANATEL é chamado “da atividade e do controle”), tais órgãos infelizmente não refletem a atuação ideal do *Ombudsman*. De fato, é de se notar, nas entrelinhas da disciplina legal das agências, que a instituição estrutural deste setor dá-se por verdadeira obrigatoriedade protocolar, não se permitindo que exerça, como deveria fazê-lo, o verdadeiro controle político, com participação do administrado (dá-se o poder, mas antes que se possa exercê-lo, esvazia-o)

De fato, as atribuições legais do ouvidor não apresentam a amplitude e efetividade necessárias ao satisfatório funcionamento daquele que deveria officiar como “Defensor do povo”, no esforço de preservação do *accountability* das

---

<sup>111</sup> Art. 21. As sessões do Conselho Diretor serão registradas em atas, que ficarão arquivadas na Biblioteca, disponíveis para conhecimento geral.

§ 1º Quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do País, ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, os registros correspondentes serão mantidos em sigilo.

<sup>112</sup> Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

agências. Ademais, o fato do ouvidor das agências ser um diretor nomeado pelo Presidente República prejudica a imparcialidade e independência necessárias ao exercício da função, tendo em conta o complexo de Narciso que acomete o (grande) Poder Executivo central, que, nesse modelo de governo de coalizão, tenta (e logra) impor seus interesses políticos em face dos nomeados.

A situação se agrava ainda mais quando se leva em consideração o descrédito de que padece as agências reguladoras em relação do administrado, especialmente os investidores, que enxergam tais entidades como mais uma, da longa escada de poder da grande Administração Pública Brasileira (que ainda não completou a transição para o Estado Regulador e permanece no “meio da ponte”, em face da tentação da intervir, ao invés de regular).

Não obstante, sói acontecer que os ouvidores das agências sejam personagens “experientes” da esfera política, ora titulares sucessivos dos inúmeros cargos de confiança dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, ora funcionários de longa data do aparato estatal e que, em alguns casos, sequer dispõem da formação técnica necessária para compreender o funcionamento e as atribuições das agências que, *in thesi*, haveriam de controlar (é de se perguntar, se os ouvidores desconhecem o próprio ofício, de que modo estarão aptos a “ouvir”?).

Cabe, portanto, uma reformulação da função do ouvidor nas agências reguladoras, conforme aponta Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 302)::

“Torna-se imperioso reformular essa concepção formalizada pelo modelo regulatório brasileiro. A ouvidoria, como órgão independente da agência, com a competência de trazer à tona questões de relevância para o melhoramento da atuação da própria instituição, não pode ser ocupada por alguém que esteja submetido à hierarquia natural entre nomeado e nomeante. A imparcialidade, portanto, inicia-se desde o momento do processo de ocupação do cargo, o qual deve ser preenchido por pessoa estranha, embora qualificada, aos quadros da agência, sem vínculo hierárquico, bem relacionado com os agentes econômicos interessados na regulação e com o dever funcional de prestar contas à Administração Pública, ao Parlamento (Congresso Nacional) e à sociedade”.

No mesmo jaez, cumpre também destacar a preleção de Marçal Justen Filho (2002, p. 587):

“É imperioso adotar uma estrutura orgânica específica encarregada da *defesa da comunidade*, a quem sejam atribuídas competências de fiscalização interna e garantida a autonomia contra injunções provenientes da própria entidade. A função desse sujeito não é de mero *relações*

*públicas*, mas lhe incumbe a função de acompanhamento e fiscalização das atividades desenvolvidas pela agência. Será a via de comunicação com a comunidade. Deverá estar disponível permanentemente para receber queixas e reclamações contra ações e omissões da agência e dos setores regulados”.

Destarte, para o eficaz desenvolvimento da ouvidoria como mecanismo de aproximação entre a sociedade administrada e os entes administradores, impõe-se que o Parlamento (não se podendo olvidar que, apesar da lógica centralizadora do governo de coalizão, o Poder Legislativo é idealmente o “Poder dos Poderes”), sobretudo em sua atividade legiferante, assegure ao Ouvidor os meios necessários para que possa desempenhar sua função representativa da população com abnegação política e independência, para que as sugestões e reclamações a ele encaminhadas sejam de fato *ouvidas*, no sentido de tornarem-se medidas concretas tendentes a melhorar a eficiência das agências reguladoras, favorecendo o processo democrático e promovendo o bem comum (fim maior da administração), tendo em conta que todo o “poder emana do povo”, e em favor dele deve ser exercido.

#### **8.4 O controle social das agências reguladoras como relação de *status activus* entre o cidadão e o Estado**

Como já é cediço na doutrina especializada, os direitos fundamentais apresentam como característica essencial a sua multifuncionalidade, mormente tendo em conta suas perspectivas objetivas e subjetivas. Com efeito, segundo aponta Robert Alexy (2008, p. 254), “o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas”, de sorte que “desse tipo de posições globais concretas é necessário distinguir posições globais abstratas”<sup>113</sup>

Nesse quesito, a doutrina especializada (a exemplo de Robert Alexy, Peter Häberle, dentre outros) é, a rigor, pacífica ao aceitar que o paradigma de uma teoria de posições globais é a teoria dos status ou teoria dos quatro status, de Georg

---

<sup>113</sup> O que não constitui, *data venia*, objeto de análise deste estudo, até em virtude de sua manifesta complexidade e pelos rios de tinta já corridos sobre tão elevado tema.

Jellinek (ALEXY, 2008, p. 254), que, elaborada no final do século, constitui original concepção da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais <sup>114</sup>.

O publicista alemão Georg Jellinek, juiz e professor das Universidades de Basileia e de Heidelberg dos idos do final do século XIV e início do século XX, na sua clássica obra intitulada “Sistemas dos Direitos Subjetivos Públicos” (*System der subjektiv offenlichten Rechte*), formulou concepção original, “de acordo com a qual o indivíduo, como vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente a este cunhada por quatro espécies de situações jurídicas, seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos” (SARLET, 2009, p. 156). A estas situações jurídicas, Jellinek intitulou de *status*, que, segundo a formulação que lhe deu Robert Alexy (2008, p. 255), caracteriza-se como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. Assim explica o renomado jurista tedesco (ALEXY, 2008, p. 255):

“Como uma *relação que qualifica o indivíduo*, o status deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o ‘ser’ e não o ‘ter’ jurídico da pessoa. Alguns exemplos podem esclarecer o que Jellinek entende, nesse caso, por ‘ser’ e ‘ter’. Por meio da concessão do direito de votar e o direito de livremente adquirir propriedade, modifica-se o status de uma pessoa e, com isso, o seu ser, enquanto a aquisição de um determinado terreno diz respeito apenas ao seu ‘ter’”.

Não obstante tal conceituação, o conceito de status é definido com mais acuidade a partir de sua divisão nas quatro “relações de status” originariamente propostas por Jellinek: o *status passivo* ou *status subjectionis*, o *status negativo* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status activus* ou *status da cidadania ativa* – este último que merecerá nossa especial atenção.

Conforme exposto por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, 156/157), apresentamos a seguir sucinta definição atinente às “relações de status” de Jellinek:

- a) *status passivo (status subjectionis)*: No âmbito desta relação de status, o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres, e não de direitos,

---

<sup>114</sup> Com efeito, tal como aponta Alexy (2008, p. 254), “a vitalidade da teoria de Jellinek pode ser percebida em tentativas, como a de Häbere, de, como ele mesmo diz, ‘colocar sua cabeça de absolutismo tardio em pés democráticos’, ou ainda na construção de status concorrentes ou complementares, como o *status constituens*, de Denninger, o status constitucional e o status geral civil-estatal, de Hesse, o *status activus processualis*, de Häberle, e o *status libertatis*, de Grabitz”.

significando, de outra banda, que o Estado possui a competência para vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições;

- b) *status negativo (status libertatis)*: Nesta relação de status, ao indivíduo, por ser dotado de personalidade, é reconhecida uma esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, que, na verdade, é um poder juridicamente limitado;
- c) *status positivo (status civitatis)*: Complementando o *status negativus*, tal relação de status assegura juridicamente ao indivíduo a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e exigir do Estado determinadas ações positivas. É nesse status que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais <sup>115</sup>;
- d) *status ativo ou status da cidadania ativa (status activus)*: Nesta relação de status o cidadão passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto.

Por esta sucinta explanação, temos que o *controle social*, através da legítima participação do cidadão nos procedimentos decisórios das agências reguladoras (e nos da Administração pública em geral, considerando o caráter fundamental do direito de participação e de petição), através do Ombudsman, constitui em clara aplicação concreta do *status activus* de Georg Jellinek, já que permite a participação ativa do administrado na formação da vontade estatal, adequando e controlando, através do consenso setorial, a atividade e concretude normativa da Administração.

Com efeito, pode-se dizer que aquilo que o dever e a obrigação impostos ao indivíduo representam para o *status passivo*, o que a faculdade implica para o *status negativo* e o que o direito a uma prestação estatal representa para o

---

<sup>115</sup> Os direitos prestacionais são aqueles que exigem uma atuação positiva do Estado para libertar os indivíduos das necessidades, sendo indispensáveis ao livre exercício das liberdades individuais, impondo ao Estado uma obrigação de fazer ou de dar (MENDES et al, 2010, p. 335). Pressupõem seja colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, “já que olvidaram a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” (SARLET, 2009, p. 261).

*status positivo*, é representado para o *status ativo* ou *status de cidadania ativa* pelo conceito de *competência*, tendo em conta que para ser devidamente inserido nessa relação status, ao indivíduo “devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural” (JELLINEK, 1905, p. 138 apud ALEXY, 2008, p. 268), como, por exemplo, o direito de votar.

No entanto, faz-se necessária um estreitamento da abrangência do conceito de competência para fins de correta qualificação da relação de status ativo. Com efeito, nem toda competência existente em um dado sistema jurídico deve ser atribuída ao status ativo, do contrário também a competência para, v.g., celebrar um contrato teria de compor esta relação de status. Assim, nas palavras de Georg Jellinek, do status positivo devem fazer parte somente as competências que tenham por objeto uma “participação no Estado”, que tenha por objetivo a “a formação da vontade estatal” (JELLINEK, 1905, p. 138 apud ALEXY, 2008, p. 268) – o que constitui, propriamente, a lógica do controle social da administração, através da atuação (ativa) do cidadão, que forma, com o Estado, uma relação de status ativo.

Além disso, tal como aponta Robert Alexy (2008, p. 269), é de importância significativa para o status ativo sua conexão com as demais posições que pertencem aos outros status, já que “as posições do status ativo estão sempre ligadas às posições dos outros status, pois o exercício de uma competência é sempre obrigatório ou proibido (status passivo) ou facultativo (status negativo)”. Com efeito, segundo o próprio Jellinek (1905, p. 139 apud ALEXY, 2008, p. 268), o indivíduo compõe o status ativo quando sua esfera “não é restringida por uma obrigação e, ao contrário, sua capacidade de agir juridicamente é ampliada”.

No entanto, segundo alerta Alexy (2008, p. 269), “isso não pode ser compreendido como se o status ativo e passivo fossem incompatíveis entre si”, já que

“também àquele que está submetido ao dever de votar é reconhecida a competência ou ‘a capacidade de agir para o Estado’, também ele é ‘incluído como membro da organização estatal’, também ele ‘age para o Estado’. Em geral, contudo, o exercício de uma competência que faça parte do conteúdo do status ativo é algo ‘facultativo ao indivíduo’. Nesses casos, então, o status ativo é combinado com o status negativo. [...] Uma combinação do status ativo é representada pelo direito à capacidade ou competência para votar. Quando Jellinek fala em uma ‘pretensão jurídica a uma posição em um órgão’, a referência é asse tipo de combinação”.

À guisa de conclusão, temos, pelo exposto, que o controle social da administração (e, especificamente, das agências reguladoras e sua atividade normativa) inclui-se no âmbito da relação de status ativo, nos termos da teoria dos status de Georg Jellinek (com as conseqüentes atualizações que lhe cabem), já que circunda a competência relativa ao direito de participação do usuário na administração pública direta e indireta, na forma do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, além do direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, do Texto Maior – o que também depende da garantia, prestação e cumprimento destes direitos, que advém de outros status que com ele (o status positivo) devem combinar-se.

## 8.5 Considerações finais <sup>116</sup>

Pelo quadro que se apresentou é possível inferir que o *Ombudsman* é instrumento ideal de efetivação prática do controle social da administração, uma vez que, aproximando a população da máquina do Estado, permite o efetivo controle político, já que oportuniza a participação constante de todos os atores do cenário democrático, bem como enseja fiscalização do *accountability* (especialmente das agências reguladoras); impondo à Administração Pública a observância dos deveres de transparência, confiança e responsabilidade – esperados daqueles eleitos para condução da coisa pública.

No contexto nacional, pode-se dizer, a par do exposto, que a instituição que mais se assemelha ao *Ombudsman* nórdico, no caso das agências reguladoras, é a figura do ouvidor, encarregado, em tese, de receber as reclamações e sugestões dos setores regulamentados e convertê-las em medidas concretas que possam gerar a efetiva melhoria destes entes – de fato, só é possível o progresso da administração a partir do momento em que seus defeitos se tornam efetivamente conhecidos, mas uma administração “surda” sempre se presumirá perfeita.

Todavia, em razão do “complexo de Narciso” de que padece o Poder Executivo nacional e da prevalência do controle hierárquico (em detrimento do

---

<sup>116</sup> Extraídas do artigo “O Ombudsman e o Ouvidor: pela efetiva participação popular no controle (social) das agências reguladoras”, de lavra deste autor.

controle político, de índole Ulissiana), as funções legais do *ouvidor* acabam esvaziadas e a *ouvidoria* fada a se tornar mais um dentre tantos órgãos sem efetiva participação no processo democrático, tendo em vista que, ao invés de permanecer distante dos jogos políticos e aproximar-se da população, distancia-se da sociedade e curva-se perante os interesses políticos do poder central.

Cabe, portanto, uma reformulação desta instituição, especialmente no que tange ao processo de nomeação do *ouvidor*, que deve ser preenchido por profissional qualificado na área da agência, porém estranho e sem vínculo hierárquico com os quadros da entidade, bem como que se trate de pessoa bem relacionada com os setores econômicos privados, alvo da regulação.

Outrossim, é igualmente necessária a ampliação dos poderes legais do *ouvidor*, à altura da relevância de sua função, sem que se usurpe as atribuições de outras instituições, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas da União ou as Procuradorias de Defesa do Consumidor, mas sim que, num esforço comum em prol da fiscalização dos princípios da administração insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, possa auxiliá-los na defesa dos interesses da sociedade e na fiscalização do *accountability* das agências nesse sentido.

Cabe, nesse sentido, a salutar observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1988, p. 72), fruto da experiência e prudência de uma das grandes mentes da doutrina brasileira:

“O Estado, distintamente do que muitos possam pensar, notadamente sob influência, consciente ou inconsciente das ideologias estatizantes e das tentações totalitárias, não pode nem deve substituir a sociedade, a que deve *apenas servir*, nas ações políticas, econômicas e sociais que necessitam continuar a produzir, livre e espontaneamente, em sua evolução cultural, mas tão somente, em caráter corretivo excepcional e, porque não dizer, transitório, cuidar de eliminar as disfuncionalidades do sistema real, que surjam durante o processo”.

Assim, pelo exposto, concluímos que segundo os novos padrões democráticos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração, cabe à ouvidoria atuar como as novas *satrapias* brasileiras, olhos e ouvidos daquele que é o próprio espírito da República, do qual emana todo o poder e em cujo nome deve ser ele exercido: o povo.

## 9 O “CONTROLE MINISTERIAL” DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Neste capítulo analisaremos, de forma mui breve, a possibilidade de *supervisão ministerial* sobre as agências reguladoras federais, que, por motivos didáticos, optamos por definir, *data venia*, como *controle ministerial* destas entidades autárquicas.

### 9.1 O Parecer AGU nº AC – 051: origem da discussão

Como sabido, as agências reguladoras federais são estruturas de acordo com as pastas dos Ministérios de Estado, mas a eles não se vinculam, tendo em vista a autonomia que lei lhes garante para exercer a atividade regulatória com a abnegação necessária, sendo tais entidades “livres” (na forma da lei) para conduzir as respectivas políticas de regulação setorial, livres de qualquer influência externa (especialmente a político-partidária).

No entanto, a discussão sobre eventual subordinação ministerial voltou à lume com a edição do Parecer nº AC – 051, originário do Parecer nº AGU/MS 04/2006, aprovado Advogado-Geral da União e pelo então Presidente da República. Com o *exequatur* presidencial, o parecer da Advocacia-Geral da União passou a ser dotado de força normativa, na forma do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93<sup>117</sup>, razão pela qual possui a natureza de um ato normativo infralegal, vinculando, por seus efeitos genéricos e abstratos, todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Em aperrada síntese, o aludido parecer estabelece a possibilidade de os Ministérios de Estado reverem os atos das agências reguladoras federais de ofício ou mediante pedido da parte interessada, mediante *recurso hierárquico impróprio*, sempre que a agência ultrapassar os limites de sua competência ou violar

---

<sup>117</sup> Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

as políticas públicas prescritas pela Administração Central (ARAGÃO, 2007, p. 237). No entender da Advocacia-Geral da União, “quando a Agência viola ou formula políticas públicas, estaria agindo fora de suas competências, sendo cabível, portanto, a atuação ministerial revogando ou anulando seus atos” (ARAGÃO, 2007, p. 237).

Para compreensão da tese da Advocacia-Geral da União, trazemos à baila os seguintes excertos, extraídos do Parecer AGU nº AC – 051 (DOU, 19/06/2006, Seção I, p. 01):

“Ainda que não se possa falar em hierarquia propriamente dita entre os ministérios e as autarquias por eles supervisionadas, é certo que a supervisão ministerial pressupõe a existência de instrumentos específicos que garantam aos Ministros de Estado poderes de manter a observância dos princípios constitucionais regedores da atividade administrativa por essas entidades.

[...]

Um dos principais instrumentos de que dispõe nesse sentido o Ministro de Estado responsável pela supervisão de uma autarquia é a exoneração do dirigente da entidade, diretamente, se dele for essa competência, ou indicando essa medida ao Presidente da República, se deste. Com isso, poderá ser nomeado outro dirigente que, considerando a prerrogativa da Administração de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos- (Súmula nº 473/STF), adotará essa providência.

[...]

Há ainda outros instrumentos de supervisão ministerial previstos em lei, alguns gerais e outros específicos a algumas autarquias. Esses instrumentos de controle, ainda que expressem algum nível de subordinação das autarquias, são absolutamente legítimos, porque previstos em lei e respaldados pela Constituição, devendo ser utilizados com o objetivo de garantir a preservação do interesse público, que, como se sabe, extrai-se para o administrador público através da observância do princípio da legalidade, de estatura constitucional e conseqüentemente superior à autonomia administrativa das autarquias, inclusive porque fundamento de validade do próprio Estado Democrático de Direito e do Poder Público, do qual a autarquia detém parcela.

[...]

Então, pode-se afirmar que, via de regra, as autarquias não são subordinadas hierarquicamente a seus ministérios supervisores, embora a legislação possua a previsão de alguns instrumentos de exercício do controle ministerial que impõem alguma subordinação às autarquias, porque voltados à preservação do interesse público, e, em última análise e especialmente, do princípio da legalidade.

[...]

Esses instrumentos devem ser utilizados pelos Ministros de Estado sempre que tiverem conhecimento de ato administrativo de autarquia sob sua supervisão que viole a Constituição ou a legislação em geral, seja de ofício ou mediante a provocação por interessados.

[...]

Inobstante, em razão da supervisão ministerial, e, mais que isso, das competências privativas do Presidente da República expostas na Constituição quanto à direção superior da Administração Federal e do direito constitucional de petição, o recurso contra as decisões das autarquias se mostra mesmo cabível e, diante da ausência de hierarquia propriamente dita nesse ponto, a doutrina convencionou denominá-lo de recurso hierárquico impróprio. (grifo nosso)

Em outra oportunidade, o mesmo Parecer (DOU, 19/06/2006, Seção I, p. 01) passa à seguinte conclusão:

“[...] não há como negar que os atos das agências reguladoras referentes às suas atividades de administração ordinária (atividade meio) estão sujeitos ao controle interno do Poder Executivo, como forma de se garantir a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da Administração, assim como podem ser anuladas as suas decisões de mérito quando a entidade for incompetente para adotá-las, observada a repartição de competências entre os diversos órgãos e entidades federais definida em leis e regulamentos. Não fosse assim, estaria admitido que esses entes pudessem se auto-administrar de forma alheia aos princípios gerais da Administração, e, mais ainda, pudessem avocar para si a decisão administrativa final sobre temas que não são de sua competência, usurpando a competência de outros órgãos ou entidades da Administração Federal direta ou indireta, inclusive do próprio Presidente da República ou dos Ministros de Estado, tornando-se verdadeiras ‘ilhas’ de poder alheias a qualquer controle pela Administração central”.

A par do que já foi analisado sobre as agências reguladoras, entendemos, *concessa venia*, que o entenedimento da Advocacia-Geral da União não se compatibiliza, integralmente, com a lógica ideal das agências reguladoras, notadamente em relação à autonomia destas entidades autárquicas e da impropriedade do *recurso hierárquico impróprio* como forma de controle de sua atividade normativa. Vejamos.

## **9.2 Em prol da preservação da autonomia das agências reguladoras**

Conforme já apontado, as agências reguladoras gozam de regime jurídico especial, consistente, dentre outros caracteres, na autonomia econômica e político-administrativa.

Conforme resume Edmir Netto de Araújo (2002, p. 49), a *autonomia administrativa* significa que, “dada a personalidade jurídica própria, a autarquia <sup>118</sup> contrata e administra em seu próprio nome, contrai obrigações e adquire direito, mas dentro das regras do ordenamento vigente” (grifos do autor). A *autonomia política*, doutro modo, é “apenas a estrutura própria de seus órgãos e agentes públicos, mas admitidos, nomeados e estruturados de acordo com as normas legais e regulamentares em vigor” (ARAÚJO, 2002, p. 50).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 469/470) observa o que sistema de autonomia das agências reguladoras nacionais deriva do modelo adotado em relação às *agencies* e *comissions* norte-americanas, mas deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. Quer isto dizer que em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe autonomia (ou independência, como prefere a autora) por parte das agências reguladoras, já que, da mesma forma que se dá em relação aos outros órgãos administrativos, é possível o controle das suas decisões pela Jurisdição, a par do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ainda, pode-se dizer que também não existe completa autonomia das agências em relação ao Poder Legislativo, tendo em conta que seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais, *ex vi* do princípio da legalidade.

Vê-se, portanto, que a maior autonomia das agências reguladoras reside em sua relação com o Poder Executivo e, mesmo assim, nos limites estabelecidos pela lei, já que, na condição de autarquias, compõem a Administração pública indireta, sendo-lhes aplicável, por conseguinte, as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Congresso Nacional, na forma do art. 49, X, da Constituição e não podendo se esquivar da “direção superior da administração federal”, assegurada no art. 84, II, também da *Lex Mater*. A ressalva, portanto, é que, na condição de autarquias de regime especial, os atos das agências não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo (DI PIETRO, 2009, p. 470) (grifo nosso).

No mesmo sentido, Themistócles Brandão Cavalcanti (1960, p. 93/94), já na década de 1960, apontava, categoricamente, embasado nas lições de Rafael

---

<sup>118</sup> E as agências, como já exaustivamente, são autarquias (de regime especial).

Bielsa que “as entidades autárquicas não se acham subordinada hierarquicamente a nenhum outro órgão administrativo (Ministério, etc.)”; na verdade, apontava o memorável publicista, “ela recebe as suas atribuições diretamente da lei e não de um superior hierárquico”, exercendo, assim, “as suas atribuições sob sua exclusiva responsabilidade”.

Pelo que se vê, o parecer-normativo da AGU coloca em xeque a própria existência das agências, já que impõe uma subordinação que não existe e que não é admitida, de há muito, pela melhor doutrina. Além disso, a despeito das discussões, é cediça a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências, cujos diretores contam com assegurada estabilidade de mandato – o que foi reforçado pela revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, da famigerada Súmula 25, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.949-0, em sede liminar.

Temos, portanto, que admitir esta indigitada subordinação ministerial (que, apesar do eufemismo, está mais para controle), afronta, diretamente, a autonomia decisória, econômico-financeira e, sobretudo, político-administrativa destas entidades autárquicas, que dependem de sua “independência” para que possam exercer sua atividade regulatória adequadamente, livre dos ataques incisivos de um Executivo de perfil “Narcisista”<sup>119</sup> e de ambições napoleônicas. Impoe-se, portanto, uma revisão do Parecer AGU nº AC – 051, pois além de sua patente ilegalidade – já que afronta as leis instituidoras das agências, que expressamente lhes garante autonomia e estabilidade aos seus dirigentes – é, igualmente, um contra-senso, já que se desvia da lógica e dos fundamentos do Estado regulador, que, à tanta custa, é implementado em nosso país (apesar dos governos de coalização, dos partidarismos, das governabilidades e dos vultuosos programas partidário-populistas).

---

<sup>119</sup> Como exposto no capítulo atinente ao “Controle Social”, ao qual reportamo-nos.

## 10 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão e pelo quadro que se inferiu, podemos dizer que árduo ainda é o caminho da regulação no Brasil. As agências reguladoras são, exime de dúvida, um dos mais conhecidos instrumentos (e conquistas) da política de desestatização do Brasil, instituídas (talvez, às pencas) no ânimo da privatização conduzida na década de 1990 e, talvez, no desespero de sanar a caos inflacionários que permanentemente assolava a economia nacional.

Apesar disso, não se pode negar a origem “nobre” destas entidades autárquicas, que nasceram nos dois principais berços da democracia ocidental: os Estados Unidos e a França – essa, quem sabe, pode ser a principal razão pela qual tais órgãos ainda não se encontram totalmente integrados à Administração Pública nacional e sejam objeto de solene desconhecimento da população em geral: depois de mais de duas décadas de governo militar, de presidentes fardados e sonhos populistas, ainda não nos acostumamos totalmente a reduzir a real participação que compete ao Estado na tarefa de produção de riquezas, conceito, por outro lado, muito conhecido nos países com longeva tradição democrática.

A despeito desta constatação, entendemos que a lógica (ideal) de funcionamento das agências reguladoras é a que mais se aproxima das expectativas da economia moderna, que, dinâmica, exige instâncias burocráticas igualmente céleres. As agências compõem instância decisória que goza de dinamicidade não encontrada em qualquer outro órgão da Administração: suas decisões, sejam elas normativas, estruturais ou de condução das políticas públicas estabelecidas em lei, são imediatamente executáveis e dispensam as formalidades encontradas no procedimento legislativo (apesar de guardarem, como em qualquer ato administrativo, essenciais formalidades a serem observadas) – e nesse ponto reside justamente a necessidade de instrumentalização de controles da atividade destas instituições, para que se mantenham no plano da lei que lhes confere existência e atribuições e observem os primados da Constituição e as exigências do bem comum.

Quanto aos controles em específico, até as pedras já sabem que, na atual conjuntura nacional, o Poder Judiciário interpreta papel central no jogo

democrático, ocupando, como aponta Lênio Luiz Streck, o vácuo de poder deixado pelo Legislativo, que acabou engolfado pelo Executivo pátrio, de perfil “narcisista” e ambições napoleônicas. Assim sendo, acaba, em grande parte, legado à jurisdição a tarefa de exercitar o controle da Administração Pública, a par dos princípios da legalidade e da indeclinabilidade da jurisdição, bem como dos demais princípios informadores da atividade administrativa, notadamente o da eficiência.

Salienta-se, no entanto, que ao Judiciário é defeso (ao contrário do que alguns pretendem) substituir o agente administrativo, limitando-se, na sua atividade de revisão dos atos administrativos, a um controle de legalidade e de conformação da atividade impugnada com os parâmetros estabelecidos em lei. No caso da atividade normativa das agências reguladoras, esta forma de controle deve limitar-se à verificar se a interpretação dada pelo agente regulador aos conceitos jurídicos indeterminados contidos em cada lei criadora é razoável e se encontra balizado nos *standards* consagrados no mesmo corpo normativo, sendo-lhe defeso pretender impor interpretação *melhor*, já que está não é sua atividade típica e o contrário atentaria contra os freios e contrapesos do sistema.

Nesse jaez, entendemos ser plenamente possível a aplicação dos princípios de revisão da decisão administrativa consagrados pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, notadamente o duplo-teste, o princípio da deferência e o *soft law*, tal como verificados nos casos “*National Labor Relations Board v. Hearst Publications*” e caso “*Chevron Inc. v. National Resources Defense Council*”. Com efeito, tendo adotado, em grande parte, o sistema de regulação idealizado pela administração norte-americana, é de grande utilidade verificar também as soluções propostas pela madura e especializada jurisprudência deste país no tocante ao desempenho da atividade normativa das agências, apesar das diferenças entre o *common law* e o *civil law* (que tendem a reduzir, haja vista o desenvolvimento crescente do precedente na jurisdição constitucional pátria e o fortalecimento do direito internacional).

Nesse ponto, não se pode olvidar as dificuldades que espreitam a jurisdição no tocante à fiscalização da atividade administrativa, que, no caso das agências reguladoras, é de forte cunho técnico e especializado. Isso porque, na maioria dos casos, aos juízes e tribunais faltam conhecimentos técnicos precisos que lhes permitam conhecer, com propriedade, os procedimentos e as decisões das agências, que são acoimados, na maioria das vezes, de termos técnicos

praticamente indecifráveis aos olhos dos leigos (mesmo os leigos togados). Além disso, assoma-se a quantidade assombrosa de leis, decretos, resoluções e portarias atinentes ao desenvolvimento da atividade regulatória setorial de cada agência, o que dificulta, sobremaneira, a análise da validade ou razoabilidade da interpretação conferida por um agente de conhecimentos especializados por parte de magistrados que, salvo raras exceções, são estranhos à essa realidade.

Verifica-se, portanto, que a máxima latina “*da mihi factum et dabo tibi jus*”, vai, neste novos tempos de avanço tecnológico vertiginoso, perdendo a eficácia que idealmente lhe é atribuída, já que os magistrador veem-se forçados a analisar casos cada vez mais complexos, que envolvem, muitas vezes, fatos que escapam do âmbito de conhecimento do operador e do jurista. De há muito, Karl Larenz já urgia sobre as limitações do silogismo jurídico, pois, na tarefa de dizer o direito aos casos concretos a ele submetidos, o juiz, além de interpretar o Direito posto, se vê obrigado a interpretar os próprios casos concretos.

Finalmente, cabe aqui destacar aquele que consideramos o controle mais efetivo e o meio de fiscalização da atividade administrativa *par excellence*: o controle social pelo administrado. Com efeito, a atual tendência do direito administrativo, como apontado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é desviar, progressivamente, o foco da administração, para centrar suas atenções no administrado. É nele, no cidadão, que repousa a legitimidade por excelência para questionar os atos administrativos, considerando sua condição de titular do contrato social e titular do poder político.

O povo (com o perdão do uso do termo, que, de nobre origem, hoje é tão pejorativamente entendido) é o próprio espírito da República, já que todo o poder dele emana, de sorte que a ele não se pode exigir que se adapte à burocracia, mas é a burocracia que deve a ele amoldar-se. O mesmo se dá com as agências reguladoras: a *ratio essendi* destes órgãos é regular as atividades que envolvam o interesse coletivo, de acordo com as exigências e expectativas do bem comum e, ora, o interesse do povo é o interesse coletivo!

Por tais razões (e por muitas outras, já expostas nesse breve estudo) é que a atual do marcha do Direito deve ser no sentido de aproximá-lo aos ouvidos comuns e, reversamente, aproximar-se dos clamores sociedade e ouvir o *cris de coeur* daqueles que, ao fio dos anos, foram e são excluídos do processo

democrático – disto depende a legitimidade de todo sistema, sem a qual toda intenção é infrutífera e toda ação é infértil.

No nosso caso, a participação do administrado no processo decisório das agências reguladoras, para além de um autêntico direito fundamental (uma relação de *status activus*, segundo a classificação de Jellinek), é indispensável para conferência de legitimidade a estes órgãos reguladores, que padecem, nestes negros tempos de alienação, do que se convencionou denominar de “déficit democrático” – Na verdade, sem parecer fatalista, para além de um mero “déficit democrático” das agências, temos que toda a Administração Pública sofre de uma *crise existentielle*, decorrente da participação de poucos nas decisões que afetam muitos e na exploração de muitos às expensas de poucos.

A solução, portanto, é não olvidar o que a Assembleia Constituinte de 1988 quis fazer constar de nossa Constituição Cidadã: “todo o poder emana do povo”, e em nome dele deve ser exercido.

## 11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. **O Ombudsman e o controle da administração**. São Paulo: EDUSP, Ícone, 1993.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

ANTUNES, José Pinto. **A produção sob o regime de empresa: as razões da iniciativa privada, economia e direito**. São Paulo: J. Bushatsky, 1973.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU n. AC - 51**. Revista de Direito Administrativo, v. 245, p. 237/262, 2007.

ARAUJO, Edmir Netto de. **A aparente autonomia das agências reguladoras** In: MORAES, Alexandre de (organ.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARNAULD, André-Jean. **Critique de La Raison Juridique: 1. Où va La Sociologie du Droit?**. Paris: LGDJ, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. **A autonomia das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, nº 229, jul./set. 2002

\_\_\_\_\_. **Apontamentos sobre as Agências Reguladoras** In: MORAES, Alexandre de (organ.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 01, fevereiro 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2. 12. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2004.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.668-DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.08.1998. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 de setembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU nº AC – 051, de 12 de Junho de 2006**. DOU 19/06/2006. Disponível em: <[www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.

BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. **Corrupção: combate pelo Ombudsman parlamentar; ouvidoria do povo**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOVERO, Michelangelo. **Contro il governo del peggiori. Una grammatica della democrazia**. Roma: Laterza, 2000.

BRODBEKIER, Bruno. **Poder regulamentar da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 233, jul./set. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação**. In: Boletim da Faculdade de Universidade de Coimbra. Ano 63. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (coordenadores). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras e poder normativo** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 219, p. 253/270, jan./mar. 2000.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Vol. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

\_\_\_\_\_. **Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **O devido processo legal e a razoabilidade na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. **Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2003.

CHITI, Mario P. **Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo** In: **Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazione**. Bolonha: Maggiore, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 1979.

COSTA, Armando Casimiro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Encíclicas do Papa João Paulo II: o profeta do ano 2000**. São Paulo: LTr, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras de serviço público e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Salvador: Edições Podivm, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUHAMEL, Olivier; MENY, Yves. **Dictionnaire Constitutionnel**. Paris: PUF, 1992.

DUTRA, Pedro. **O poder regulamentar dos órgãos reguladores**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 221, p. 239/256, jul./set. 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act – APA** (1946). *US National Archives*. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>>. Acesso em: 04/05/2012.

\_\_\_\_\_. **United States Code**. 2006 Edition, Supplement 3, Title 5 – Government Organization and Employees, Part I – The Agencies generally, Chapter 1 – Organization, Sec. 105 – Executive Agency. Disponível em: <<http://www.gpo.gov>>. Acesso em: 03/08/2012.

\_\_\_\_\_. **United States Code**. 2006 Edition, Supplement 3, Title 5 – Government Organization and Employees, Part I – The Agencies generally, Chapter 3 – Powers, Sec. 306 - Strategic Plans. Disponível em: <<http://www.gpo.gov>>. Acesso em: 03/08/2012.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of the United States. **Skidmore v. Swift & Co.** – 323 U.S. 134 (1944). J. em 04/12/1944. Disponível: <<http://supreme.justia.com>>. Acesso em: 12/10/12.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of the United States. **Chevron v. National Resources Defense Council.** – 467 U.S. 837 (1984). J. em 25/06/1984. Disponível: <<http://supreme.justia.com>>. Acesso em: 12/10/12.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FARJAT, Gérard. **Droit Économique.** Paris: PUF, 1982.

FERGUSON, Charles (Dir.). **Trabalho interno.** São Paulo: Sony Pictures Home Entertainment, 2011. 1 videodisco (109 min.)

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONSECA, Tito Prates. **Autarquias administrativas.** São Paulo: Saraiva, 1935 apud CAVALCANTI, Themistócles Brandão. **Tratado de direito administrativo.** Vol. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GELLHORN, Ernst; LEVIN, Ronald M.. **Administrative Law and process.** St. Paul, Minn.: West Publishing, 1997.

GENTOT, Michel. **Les autorités administratives indépendantes.** Paris: Montchrestien, 1994 apud CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 219, p. 253/270, jan./mar. 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, p. 39/74, jan./mar. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 06, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

GORDILLO, Agustín. **Después de la reforma del Estado**. 2 ed. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. 9 ed. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2009, t. 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado**. 9 ed. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2009, t. 2.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2010, t. 3.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2010, t. 4.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LAZZARINI, Álvaro. **Do poder de polícia.** Revista de Jurisprudência do TJSP, v. 98/20 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2008.

LONGOBARDI, Nino. **Autorités Administratives indépendantes et position institutionnelle de l'Administration** In: \_\_\_\_\_. RFD adm. 11(02). Mars-avrs, 1995 *apud* CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 219, p. 253/270, jan./mar. 2000.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAS, Joaquín Tornos. **Las autoridades de Regulación de lo Audiovisual.** Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Natureza e regime jurídico das autarquias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELO, Marcus André. **A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOC, nº 116, 2001. Disponível na Internet: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>. Acesso em: 04/05/2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**, in SUNDFELD, Carlos Ai (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo: antigo e novo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991 apud STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MOLINA, Ángel Manuel Moreno. **La Administración por Agencias em los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MORAES, Alexandre de (organ.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo. 15. ed., rev. e atual.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. APEC, 1989.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho/julho/agosto, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PACHECO, Regina. **El control de las agencias reguladoras em Brasil: ¿Ulises e las sirenas o Narciso? Responsabilización y evaluación de La gestión pública**. Caracas: CLAD, 2005.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIF, Linda C. **The International Ombudsman Anthology: Selected Writings from the International Ombudsman Institute**. Netherlands: Kluwer Law Institute, 1999.

REPÚBLICA FRANCESA. République Française. **Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés**. Version consolidée au 27 août 2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 25/08/2012.

REPÚBLICA FRANCESA. République Française. **Loi n° 83-660, du 21 juillet 1983, relative à la sécurité des consommateurs**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 25/08/2012.

REPÚBLICA FRANCESA. République Française. **Loi n° 93-949, du 26 juillet 1993, relative au code de la consommation (partie Législative)**. Version consolidée au 27 août 2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 25/08/2012.

ROMANO, Santi. **Corso di diritto amministrativo: principii generali**. 3. ed., rev. Padova: A. Milani, 1937 apud CAVALCANTI, Themistócles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Vol. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ROMANO, Santi. **Fragmentos de un diccionario juridico**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1964

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. ed., reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

REIF, Linda C. **Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman**. Boston College Third World Law Journal, Volume 31, 2011. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol31/iss2/3>. Acesso em: 04/05/2012.

RICCI, Jean-Claude. **L'Administration Publique Française**. Paris: Ed. CNBS, 1988 apud CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n° 219, p. 253/270, jan./mar. 2000.

SABORIN, Paulo. **Les autorités administratives indépendantes dans L'État** In COLLIARD, Claude-Albert; TIMSIT, Gérard (coord.). **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 1988 apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SCALIA, Antonin. **Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law**. Duke Law Journal, 1989 apud GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de**

**Direito Constitucional e Comparado**). Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, p. 39/74, jan./mar. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARTZ, Bernard. **Administrative Law**. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1997.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano** (trad. Carlos Nayfeld). Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SHEEHAN, Reginald S.. **Administrative agencies and the court: a reexamination of the impact of agency type on decisions outcomes**. 43 W.Pol.Q.875 (1990) apud VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial das atividades normativas das agências de regulação brasileiras In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações** (trad. Getúlio Schanoski Jr). São Paulo: Madras, 2009.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994 apud MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

STEFANELLI, Maria Alessandra. **La tutela dell'utente di pubblici servizi**. Padova: Cedam, 1994.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: Reconceiving the Regulatory State**. London, Massachussets, Harvard: University Press, 1990.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THOMAS, Hayden. **Ombudsman and Human Rights – Steps forward to Embracing a Human Rights Mandate, Recent Developments**. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/>. Acesso em: 04/04/2012.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras** In: MORAES, Alexandre de (organ.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

TOSI, Vincenzo. **Economia politica: nozioni fondamentali – Produzione e distribuzione**. Milano: Ulrico Hoepli, 1935 apud TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário - a crise regulatória**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial das atividades normativas das agências de regulação brasileiras In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANA, Oliveira. **Problemas de direito corporativo**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938.

VON RAISER, Ludwig. **Il Compito del Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'Economia di Tre Decenni**. Milano: Ulrico Hoepli, 1990.